JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros n. 8/1985
do Supremo Tribunal Federal e 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça.
Ano XXXV – 2º trimestre de 2009 – N. 117 – Florianópolis – SC – 2009

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expendido 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

SUMÁRIO

11 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOUTRINA

27 A tendência sincrética do controle de constitucionalidade no Brasil e o art. 52, X, da Constituição Federal: possibilidade de mutação constitucional – Antônio José Silva Rodrigues.

71 O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social – Cármen Lúcia Antunes Rocha.

108 ICMS – Energia elétrica – Prevalência do princípio constitucional – Iran José de Chaves.

114 Gestão do Poder Judiciário e especialização de câmaras no Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Márcio Schiefler Fontes.

141 Lei n. 11.690/08: sobre a prova criminal e a sentença absolutória – Maurílio Moreira Leite.

152 Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos" – Ricardo Bruno Fontenelle.

173 O acesso à justiça na dimensão do Conselho Nacional de Justiça: uma abordagem garantista – Sérgio Luiz Junkes.

197 A súmula vinculante diante do princípio do livre convencimento do juiz – Valmecir José de Souza.

NOTICIÁRIO

239 Discurso do Dr. Victor José Sebem Ferreira ao tomar posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

252 Discurso de posse da Dra. Rejane Andersen, no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

255 Discurso do Desembargador João Henrique Blasi por ocasião do 117º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

258 Discurso do Conselheiro José Carlos Pacheco no 117º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

265 *Habeas Corpus*
271 Medida Cautelar em Ação Cautelar
278 Reclamação
285 Recurso Extraordinário
289 Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

299 Agravo Regimental no Conflito de Competência
302 Recurso em *Habeas Corpus*
310 Recurso em Mandado de Segurança

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

321 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

341 Apelações Cíveis
361 Embargos de Declaração em Ação Rescisória

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

373 Agravo de Instrumento
389 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

440 Agravo de Instrumento
448 Apelação Cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

468 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

496 Agravos de Instrumento
507 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

528 Agravo de Instrumento
538 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
608 Apelações Cíveis
617 Apelação Cível em Mandato de Segurança

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
622 Apelações Cíveis

JURISPRUDÊNCIA PENAL

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
651 Apelação Criminal
665 *Habeas Corpus*

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
678 Apelações Criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
703 Apelações Criminais
726 Mandado de Segurança

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

759 **ÍNDICE NUMÉRICO**

765 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

791 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(junho de 2009)

Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Primeiro Vice-Presidente
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Segundo Vice-Presidente
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Terceiro Vice-Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Corregedor-Geral da Justiça
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. José GASPAR RUBIK
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
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

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau CLÁUDIO 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

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA – Presidente
Des. VOLNEI Ivo CARLIN – 1º Vice-Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Corregedor-Geral da Justiça
Des. José GASPAR RUBIK – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. SOLON d'EÇA NEVES – 2º Vice-Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – 3º Vice-Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

SEÇÃO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)
Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (substituindo o Des. José GASPAR RUBIK)

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (substituindo o Des. CID José GOULART Júnior)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. ELÁDIO Torret ROCHA

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Des. EDSON Nelson UBALDO

Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Substituindo o Des. José GASPAR RUBIK)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. JAIME RAMOS

Des. NEWTON JANKE

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Substituindo o Des. CID José GOULART Júnior)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. EDSON Nelson UBALDO

Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Cooperador)

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperador e substuindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO Torret ROCHA – Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador e substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARLI MOSIMANN Vargas

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Co-

operador e substituindo o Des. José GASPAR RUBIK)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Des. Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente
Des. REJANE ANDERSEN
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente

Des. NEWTON JANKE

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador e substituindo o Des. CID José GOULART Júnior)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. JAIME RAMOS

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

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Des. EDSON Nelson UBALDO – Presidente

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLAÇO

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI (Cooperador)

SEÇÃO CRIMINAL

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA – Presidente

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Substituindo o Des. SÉRGIO Torres PALADINO)

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Substituindo o Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR – Presidente

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Substituindo o Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI (Cooperador e substituindo o Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA – Presidente

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador e substituindo o Des. SÉRGIO Torres PALADINO)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

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

DOUTRINA

A TENDÊNCIA SINCRÉTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E O ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: POSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Antônio José Silva Rodrigues*

1 Introdução. 2 Objetividade/subjetividade dos sistemas de controle de constitucionalidade. 3 O art. 52, inc. X, da Constituição Federal e o controle difuso de constitucionalidade. 4 Reclamação n. 4.335-5/AC e o Supremo Tribunal Federal: um caso de mutação constitucional? 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O mundo moderno ocidental, em sentido jurídico, filia-se, em regra, à tradição romano-germânica, com a consequente positivação das normas jurídicas *latu sensu* e a existência de uma Constituição como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Contudo, a ideia hoje consolidada de supremacia da Constituição foi construída ao longo das décadas, por meio de um gradual processo de redirecionamento do centro do sistema jurídico, que se deslocou do seio das relações privadas, cujo símbolo era o Código Civil, para o campo do Direito Constitucional, materializado pelas Cartas Constitucionais.

Desse modo, tendo em conta o princípio da supremacia da Constituição, verifica-se que toda a produção normativa infraconstitucional deve guardar compatibilidade formal e material com o Texto Maior, sob pena de ser declarada a sua invalidade.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Oficial de Gabinete da Justiça Federal de Santa Catarina.

A Constituição, portanto, passou a irradiar, com força normativa, seu conteúdo axiológico, tornando-se o sol de todo o sistema jurídico, em torno do qual gravitam os demais ramos do direito; trata-se, enfim, da chamada "constitucionalização do direito".

A Constituição, enquanto norma fundamental e fundadora do Estado sob o aspecto jurídico, traz em seu ventre a pretensão de maior perenidade possível; assim, a ideia de supremacia do Texto Constitucional vê-se atrelada à chamada rigidez constitucional, entendida como a possibilidade de sua alteração tão somente por meio de um procedimento mais dificultoso e solene.

Nesse compasso, exsurge necessária a existência de um efetivo modelo de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais que, no âmbito do Poder Judiciário, pode ocorrer pela via de defesa, denominado controle difuso, que é facultado a todo magistrado por ocasião da análise do caso concreto, ou pela via de ação, denominado controle concentrado, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais modalidades de controle de constitucionalidade, ao longo da tradição constitucional brasileira, possuíram — e possuem — distintas características que, entretanto, se encontram em vias de serem atenuadas pela atual tendência de equiparação de seus efeitos, seja no âmbito legal, seja na esfera jurisprudencial, conforme aponta, entre outras, (I) a criação do instituto da repercussão geral das questões constitucionais, (II) a súmula vinculante e (III) a possibilidade, já externada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no bojo da Reclamação n. 4.335/AC, de concessão de efeito *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso, a partir de uma "releitura" do art. 52, X, da CF.

2 OBJETIVIDADE/SUBJETIVIDADE DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil, quais sejam, difuso e concentrado, possuem notadamente características distintas, que se mostram visceralmente vinculadas às matrizes teóricas em que se basearam, respectivamente, norte-americana e europeia.

Com efeito, o controle difuso, exercido pela via de exceção, é conhecido tradicionalmente por seu caráter subjetivo, tendo em conta que se dá como questão preliminar na análise de um caso concreto; as partes, em face de uma pretensão resistida, que é o núcleo da demanda, suscitam, como matéria de defesa, a inconstitucionalidade do ato normativo, com o fim de afastar a sua aplicação no caso posto em juízo.

Desse modo, o cerne do processo é a discussão acerca do direito subjetivo das partes, sendo a questão da suposta inconstitucionalidade do ato normativo pressuposto necessário para a sua não aplicação — do ato — no caso *sub judice*; de caráter subjetivo, portanto, porque a verificação da compatibilidade da norma com a Constituição somente ocorre com vistas à resolução de uma pretensão individual concreta posta em juízo por um autor e rebatida pela parte contrária.

Diversamente, o controle concentrado é tido como de natureza objetiva, uma vez que o tribunal competente se restringe à verificação, em tese, da compatibilidade do ato normativo questionado com o Texto Maior, sem qualquer vinculação a interesses subjetivos concretos; busca-se, em síntese, a análise direta da sua constitucionalidade, de modo a preservar o ordenamento jurídico de atos porventura incompatíveis com a Constituição.

Destaca Gustavo Binenbojm (2005):

> Costuma-se afirmar, sem que isso provoque maior polêmica, que a fiscalização abstrata da constitucionalidade se perfaz através de um processo objetivo. É que, ao contrário dos processos intersubjetivos, em que as partes contendem em torno de direitos ou interesses em conflito, o processo de controle abstrato da constitucionalidade não envolve pessoas ou interesses concretos, cingindo-se à aferição, em tese, da compatibilidade de uma norma determinada com outra que lhe é hierarquicamente superior. Diz-se, assim, que tal processo é objetivo no sentido de que não envolve situações jurídicas de caráter individual, destinando-se não à solução de litígios intersubjetivos, mas à guarda da Constituição. O Supremo Tribunal Federal adota placidamente a tese acima, não sem algumas mitigações em determinados pontos.

Entretanto, não obstante as peculiaridades de cada sistema de controle, verifica-se, desde há muito, paulatina atenuação das diferenças, sobretudo em face do fenômeno chamado abstrativização/objetivação do controle difuso, de maneira a aproximá-lo, mormente quanto aos efeitos, do controle exercido sob a forma concentrada.

Expressões dessa tendência são, entre outras, a criação, (I) do instituto da repercussão geral das questões constitucionais, (II) da súmula vinculante e (III) a possibilidade, já externada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no bojo da Reclamação n. 4.335/AC, de concessão de efeito *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso, a partir de uma "releitura" do art. 52, X, da CF.

Isso porque a Emenda Constitucional n. 45/2004 possibilita ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional em controle difuso, aprovar súmula que terá efeito vinculante, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal; dessa forma, confere-se, por meio

da súmula, efeito *erga omnes* às decisões proferidas originariamente em controle realizado no caso concreto.

Observa-se, também, a introdução de novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, a repercussão geral da questão constitucional, que se destina a evitar que órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil acabe por se tornar mera instância revisora de julgados; busca-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição que é, dedique-se ao enfrentamento de questões constitucionais que desbordem do mero interesse subjetivo das partes, aproximando-se, pois, da concepção de um efetivo Tribunal Constitucional, nos moldes das Cortes Europeias.

Evidencia-se, ainda, que há nítida tendência, seja em sede legislativa, seja no âmbito jurisprudencial, de valorização do controle de constitucionalidade exercido sob a forma concentrada, em decorrência de sua vocação à produção de efeitos *erga omnes* e vinculante; trata-se, por certo, de característica sedutora e benéfica, que carrega em si uma confortável conotação de isonomia, porquanto a decisão se faz uniforme para todos.

Entrementes, não se pode olvidar que a configuração do modelo de controle de constitucionalidade arquitetado pela Carta Cidadã encontra suas balizas no próprio texto constitucional, cujos comandos hão de ser respeitados em uma dimensão conformadora da democracia, a ser construída dialeticamente no seio de uma sociedade plural.

O poder constituinte originário, responsável pela elaboração da Constituição de 1988, manteve — talvez por influência da tradição constitucional brasileira — a coexistência do sistema difuso, exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, com o sistema concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *a*, da CF.

Não se está a fazer, contudo, — ainda que seja necessário — juízo de valor sobre as alterações ocorridas, se boas ou ruins, mas apenas ressaltando

que qualquer modificação no modelo de controle de constitucionalidade, tal como concebido pelo poder constituinte originário, deve respeitar os próprios comandos estipulados pelo texto constitucional; enfim, ser "bom" ou "ruim" depende, por vezes, de concepções individuais de cada um — o que não significa dizer que não se possa modificar o modelo adotado, mas que se o faça pelo modo previsto constitucionalmente, sem afronta a direitos e garantias fundamentais.

Nessa arquitetura do Estado Constitucional Brasileiro desenhada pela Constituição de 1988, assume o Supremo Tribunal Federal posição de viga de sustentação da própria organização político-social, tendo em conta que a ele foi conferida a função precípua de guardião da Constituição, na literal dicção do art. 102, *caput*, do Texto Maior.

3 O ART. 52, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Temática deveras polêmica reside, já não é de hoje, na competência privativa conferida ao Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (art. 52, X, da CF).

O comando não é novo e encontra seu berço no art. 90 da Constituição de 1934, tendo sofrido pequenas alterações até a sua redação atual.

A preocupação já existente naquela época decorre do fato de que o Brasil, ao importar o sistema difuso de controle de constitucionalidade, encampou a teoria da nulidade do ato inconstitucional, de modo que o reconhecimento de sua incompatibilidade com a Constituição produz efeitos *ex tunc* e *inter partes*; entretanto, não se adotou a força vinculante do precedente jurisprudencial — *stare decisis* —, de tal sorte que, não obstante inconstitucional, a lei continuava eficaz em relação ao restante da sociedade.

Evidenciado o imbróglio, adotou-se, já na Carta de 1934, a solução de se conferir ao Senado a competência para a concessão de eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida no sistema difuso.

Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 204) em contundente crítica:

> E a partir daí fizemos uma emenda que talvez não tenha melhorado muito a questão – a fórmula do Senado Federal, surgida na Constituição de 1934 e reproduzida nas demais cartas, inclusive na Constituição de 1988. Ao Senado foi atribuída a função de emprestar eficácia geral à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> Perdoem-me os senhores, mas esse instituto já nasceu velho. Se considerarmos que já em 1919 já se falava, na Constituição de *Weimar*, na chamada *Gesetzeskraft* (força da lei) e em 1920 a Constituição austríaca já falava na eficácia *erga omnes*, é evidente que em 1934 este instituto já estava obsoleto.

Veja-se, assim, que a controvérsia é antiga e não encontra consenso na doutrina jurídica nacional que, no entanto, se inclina a considerar realmente defasada a solução de envio da decisão do STF ao Senado Federal, sob argumentos variados, entre os quais (I) ser idêntica a mácula de nulidade, ainda que reconhecida em um ou outro sistema de controle (difuso ou concentrado), devendo, assim, produzir os mesmos efeitos; (II) a perda da razão histórica da atribuição da competência ao Senado Federal, tendo em vista a ampla possibilidade de concessão de efeito *erga omnes* no âmbito do controle concentrado; (III) a possibilidade de concessão de efeito contra todos decorrente da própria dinâmica em alteração do controle difuso, por meio de técnicas como a repercussão geral das questões constitucionais e a súmula vinculante; (IV) atenuação do dogma da separação absoluta de poderes; (V) a redefinição do papel da Jurisdição Constitucional e (VI) o arraigar da idéia da força normativa da Constituição.

A questão nebulosa central que subsiste se restringe, assim, à analise dos efeitos emanados pela decisão do STF em controle difuso (tradicionalmente, *inter partes* e *ex tunc*).

A discussão, em verdade, não encontra solução pacífica porque se refere, em última análise, a questões centrais inerentes ao próprio nascimento/evolução do Estado Moderno, tais como divisão de poderes e legitimidade; e nem haveria de ser diferente, uma vez que esse *senhor* de quase oitenta anos (art. 52, X) já conheceu, ao longo de sua existência, cinco diferentes Constituições, até que se assentou no Texto de 1988, no bojo do qual, segundo se prevê, irá definitivamente se aposentar.

Esse *senhor,* a título de ilustração, (I) vivenciou os horrores dos regimes autoritários surgidos na Europa no pós-guerra; (II) presenciou a imposição do Estado Novo no Brasil e a posterior redemocratização do país; (III) chocou-se, juntamente com a nação, com o *suicídio* do então presidente Getúlio Vargas; (IV) maravilhou-se, assim como o mundo, com as três monumentais conquistas de campeonatos mundiais pela seleção *canarinho* (melhor não cogitar/comparar com as conquistas posteriores, sobretudo quanto à *beleza* do futebol exibido); (V) infelizmente, também se remoeu com os anos de chumbo da ditadura militar; (VI) juntou-se aos *caras pintadas* e assistiu a um novo processo de redemocratização, além de (VII) ter visto a queda do muro de Berlim, entre tantos outros notórios acontecimentos que marcaram o mundo.

Natural, portanto, a tendência de que, ao menos, seja repensado o papel do Senado Federal no tocante à atribuição que lhe compete, qual seja, de emprestar eficácia contra todos às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declararem a inconstitucionalidade de ato normativo; trata-se, enfim, de *ver o velho com os olhos do novo* para, ao final, decidir-se pela sua manutenção (ou não) no modelo de controle de constitucionalidade, sobretudo em face do fortalecimento

da Jurisdição Constitucional e de suas funções no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Isto posto, tem-se, então, que não é única, mas, de pronto, ao menos dúplice a questão que se coloca: (I) investigar, a partir de um amplo e sério debate a ser travado pela comunidade jurídica nacional, se a dinâmica prevista no art. 52, X, da CF, realmente se encontra ultrapassada, devendo, portanto, ser reformulada e/ou banida e (II) decidir o modo pelo qual a modificação deve ser executada – cuja resposta constitucional possível deverá, invariavelmente, encontrar amparo na Carta Constitucional vigente.

É preciso, também, que a solução seja pensada com vistas à procura do equilíbrio necessário/desejado entre segurança jurídica e respeito a direitos e garantias fundamentais; o que não mais se admite – e parece ser consenso – é que uma mesma questão constitucional, em situações fáticas idênticas, possa receber, por parte do Poder Judiciário, tratamento diferenciado, de modo a fulminar, logo de partida, o princípio constitucional da igualdade, criando-se, por consequência, uma grande loteria em que o cidadão faz sua aposta e fica no incerto aguardo de seu direito, a depender da concepção jurídica do juiz competente para o caso.

Dito isso, percebe-se que o debate, ao que tudo indica, se volta para uma constatação de que a dinâmica prevista no art. 52, X, do Texto Maior, se encontra substancialmente superada; parte-se, com vigor, da premissa expressa de que ao STF compete a guarda da Constituição, cuja força normativa há de ser respeitada e potencializada pelo exercício da jurisdição constitucional.

Imperioso sublinhar que o STF, conquanto não seja — e nem deve ser — o único legitimado ao exercício da jurisdição constitucional, o é em última instância; vale dizer, cabe a ele, por força do modelo engendrado pelo poder constituinte, a última palavra em questões constitucionais, donde exsurge a necessidade de respeito ao seu posicionamento, o qual

deve ser tomado em uma perspectiva dialética e democrática a ser permanentemente alcançada pela abertura do controle de constitucionalidade à sociedade civil organizada.

É inegável que se caminha – por vontade e/ou necessidade — em direção a uma configuração de paradigma de fiscalização que se mostre apto a disseminar uma cultura de respeito à interpretação constitucional que, mesmo exercida por todos, deverá sê-la em derradeiro pelo Supremo Tribunal Federal.

Estão alteradas, é bom que se diga, as concepções tradicionais que alicerçaram o Estado Moderno até então: (I) o dogma da separação absoluta de poderes já não poder ser entendido tal como pensado por *Montesquieu*, em uma época em que o juiz nada mais era do que mero aplicador mecânico da lei; (II) a legitimidade do *poder,* não obstante pertencer ao povo*,* não mais se sustenta apenas sobre a lógica da maioria, sobretudo no tocante à Função Jurisdicional, que se incumbe da defesa da ordem constitucional.

É nesse norte que, modernamente, têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e com vistas à realidade histórica em que cada Estado se encontra; a própria prática mundial já desmistificou a tese de separação absoluta de poderes e da necessidade de sua total independência, que os tornaria perniciosos e arbitrários, em flagrante oposição com aquilo que se pretende coibir (TAVARES, 1999, p. 66).

Lembre-se de que a dinâmica do art. 52, X, foi prevista em um contexto em que (I) inexistia um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, capaz de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal e (II) imperava com sustança o dogma da separação dos poderes e a necessidade de se conferir ares de legitimidade democrática às manifestações do Estado que produzissem eficácia contra todos.

Explica-se: a Constituição de 1934, ainda que tenha acrescido o *constitucionalismo social*, o fez sobre as bases reais de uma sociedade notadamente individualista, cuja resolução dos conflitos subjetivos possuía posição de destaque na organização da estrutura judiciária; em assim sendo, dirimia-se a lide posta em juízo sem que, no entanto, se atribuísse eficácia contra todos no tocante à decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade do ato normativo, porquanto faltava o atributo da legitimidade popular.

O dilema, enfim, encontrou razoável solução na fórmula introduzida em 1934, por meio da qual se resguardava a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade, cuja decisão valeria entre as partes; concomitantemente, a fim de que houvesse, de algum modo, a expansão da eficácia da decisão, enviava-se ao Senado — órgão responsável pela coordenação dos demais poderes e composto por cidadãos eleitos pelo povo —, o pronunciamento de inconstitucionalidade para que o ato normativo atacado fosse suspenso em relação a toda a sociedade.

A questão da legitimidade do poder, pois, é o pano de fundo da discussão: como se imaginar, no começo do século passado, que um órgão, cujos representantes não haviam sido eleitos pelo voto popular, pudesse tomar uma decisão que, na prática, equivalesse à manifestação do poder legislativo? Ora, prevalecia a noção idônea de que as conquistas jurídicas decorreram, em boa parte, da inversão da lógica do fundamento do poder, que saiu de uma perspectiva divina e foi transferido para o povo, o qual passou a exercê-lo por meio de representantes eleitos pelo *sufrágio universal*.

Cuidado: não se quer dizer que a soberania popular é questão defasada; pelo contrário, se tenciona demonstrar que a soberania popular constitui ponto central na conformação do Estado Democrático de Direito, ainda que tenha que ser relida sob a luz do novo constitucionalismo vigente e da própria noção de democracia substancial.

O juiz, destarte, não poderia – e não pode —, em tese, revogar a lei elaborada pelo legislativo, em virtude do princípio da separação de poder; por isso que, no caso concreto, o magistrado apenas protege as partes do processo, sem que sua decisão angarie efeito *erga omnes,* pois carece de legitimidade, entendida como a participação popular, ainda que indiretamente por meio do parlamento; a atuação do juiz no caso real, assim, ocorre no plano da não aplicação do ato normativo inconstitucional, a partir da verificação da incompatibilidade com o Texto Maior, ou seja, a inconstitucionalidade, em suma, é premissa para a não aplicação, mas não o objetivo específico do processo.

Nessa perspectiva pujante de separação de poder presente no início do século passado, o modelo encontra um ponto de equilíbrio: o juiz não aplica o ato normativo inconstitucional, mas respeita o poder do parlamento de suspendê-lo/revogá-lo; não é ele, juiz, isoladamente, que toma a decisão com eficácia geral, pelo contrário, encaminha-a ao Parlamento – leia-se Senado – para que promova a suspensão.

É bem por isso que o reconhecimento da inconstitucionalidade não faz coisa julgada com eficácia para todos, tendo em conta que apreciada como questão prejudicial.

Longos anos se passaram desde o nascimento do *instituto* do art. 52, X, da CF; veio à luz em um momento em que o sistema de controle concentrado, de recente criação europeia, sequer era conhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos não nos moldes em que hoje existe, e decorreu da necessidade de se evitar injustiças e solavancos na própria estrutura do Estado — o que demandava a aplicação isonômica e geral de uma decisão acerca da inconstitucionalidade de um ato normativo.

Pois bem: a sociedade mudou; igualmente, o modelo de controle de constitucionalidade se transformou, de maneira a contemplar o sistema de verificação difuso, em coexistência com o concentrado.

O sistema de controle concentrado, paulatinamente elaborado, passou a possibilitar a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade; a legitimidade de suas decisões em controle abstrato passou a decorrer não do quesito da maioria — que ainda se aplica ao parlamento – mas da *(re)*construção/*(re)*definição do papel do Supremo Tribunal Federal, diretamente vinculado ao fortalecimento da ideia de força normativa da Constituição; ampliou-se, e muito, o rol de legitimados para a propositura de ações no âmbito desse sistema de controle, com pensamento a tornar claro que o controle é dever de todos, entre tantas outras modificações.

Bem por isso que se mostra de grande dificuldade a compreensão/comparação no tocante à análise da questão da legitimidade a embasar pronunciamentos jurisdicionais com eficácia *erga omnes*: houve sensível alteração da concepção de Jurisdição Constitucional e de suas funções.

Se à legitimidade, àquela época, bastava uma noção puramente formal, sendo, inclusive, criada a Justiça Eleitoral a fim de moralizar o processo de escolha dos representantes, por certo que hoje adquire contornos diferentes; logo, está-se trabalhando com a mesma ideia, qual seja, da legitimidade, que, contudo, possui conteúdo deslocado/diferenciado.

Em resumo, a possibilidade de concessão de eficácia geral à decisão sobre a inconstitucionalidade de ato normativo decorre da mudança de paradigma referente a questões relacionadas às funções do Estado, precipuamente em relação à Jurisdição Constitucional; o princípio da separação de poderes subsiste, porém, com novel roupagem costurada por anos de evolução teórico-real do Estado Contemporâneo.

Ademais, a verificação da constitucionalidade do ato constitui o objetivo precípuo do controle concentrado, de tal sorte que faz coisa julgada contra todos, pois, em termos processuais, consta da parte dispositiva da sentença.

Palu (2001, p. 153-154) escreve:

> Atualmente, especialmente após a Constituição de 1988, a exaltar o modo abstrato de controle de constitucionalidade (do qual não participa o Senado Federal), tornando o modo difuso, clássico, apenas auxiliar, bem assim, especialmente, após a edição da Lei 9.868/1999, que permite ao STF uma enorme gama de variações sobre a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, há que se indagar, com mais veemência ainda, até quando essa anômala função, que mal se insere nas hipóteses de retroatividade ou irretroatividade da decisão judicial, bem assim com a coisa julgada, perdurará no nosso ordenamento jurídico. O controle do tipo europeu é considerado um modo acentuadamente político de controle, mas não é, em hipótese alguma, atribuído a um órgão legislativo, ainda mais que tenha participado da elaboração da lei.

Se não bastasse, a competência do Senado acaba por ser bastante restringida pela própria dinâmica em alteração do sistema difuso o qual, ainda que por vias transversas, acaba por possibilitar a concessão de eficácia geral e notório efeito vinculante, seja em decorrência da repercussão geral, seja por efeito da súmula.

Com razão, parece mesmo que a aposentadoria do art. 52, X, da CF, está na iminência de ser deferida; contudo, para que seja válida, deve ser *assinada pela autoridade competente*, nos moldes previstos pela Constituição de 1988.

O caminho razoável a ser trilhado, ao que tudo indica, é que o movimento de aproximação dos sistemas de controle se dê com vistas à abertura da Jurisdição Constitucional à sociedade civil organizada; é preciso, assim, que tanto o sistema difuso quanto o sistema concentrado se pluralizem de modo a conferir legitimidade democrática à atuação da Corte Constitucional – não no sentido formal, mas por meio da participação da própria sociedade nos julgados que a afetarão.

É nessa levada que, se de um lado, o sistema difuso tende a ser analisado sob um enfoque que extrapole os limites do processo — objetivação do sistema difuso —, de outro, o sistema concentrado se abre à participação de sujeitos, desnaturando sua essência meramente objetiva — subjetivação do sistema concentrado —; resta claro, pois, que ambos os sistemas se afastam de seus eixos originários e se transportam para um plano em que se faz necessária a participação dos supostos atingidos pelos efeitos do julgado e daqueles que tenham relevante conotação com a matéria, ouvindo-se, inclusive, o posicionamento dos tribunais inferiores e daqueles que possam contribuir para a melhor solução constitucional.

Que reste claro que não se está a advogar a supressão e/ou rebaixamento do controle difuso no contexto do modelo de fiscalização existente: pelo contrário, cuida-se de sistema de grande valia, que possibilita a todo e qualquer cidadão a suscitação de tese de inconstitucionalidade, e cuja resposta, se bem construída pelo Judiciário e pelas partes envolvidas na questão, traz amparo por demais satisfatório.

O controle difuso é, enfim, aquele que melhor se apresenta à resolução dos conflitos intersubjetivos, uma vez que, precipuamente, atende ao clamor real do cidadão, que se coloca em contato direto com o juiz; é que ocorre, nos dizeres de Tavares (2004, p. 51),

> uma subjetivação no sistema ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O direito está a serviço do indivíduo, do homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa ideia.

Assim, ainda que devam ser mantidos ambos os sistemas (difuso e concentrado), a engenharia do controle de constitucionalidade como um todo tem que ser revista – e o está sendo, é verdade —; mas há de ser revista, sobretudo, no que toca a mecanismos democráticos que possibilitem um maior respeito ao pronunciamento do STF – que deverá se restringir

ao estudo das relevantes matérias constitucionais —, e cuja resposta deve ser dialeticamente construída pela manifestação da sociedade — seja no sistema concreto, seja no abstrato; há, enfim, que se construir uma cultura de respeito aos precedentes, originados de amplo debate acerca do assunto constitucional e deflagrados mediante entendimentos razoavelmente consolidados, a serem aplicados, por sua vez, às situações que realmente guardem correspondência com o caso parametrizado.

4 RECLAMAÇÃO N. 4.335-5/AC E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM CASO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

O questionamento que se coloca, a partir da constatação – a ser provavelmente confirmada — de que a função do Senado Federal no modelo de controle de constitucionalidade se encontra obsoleta é: (I) a alteração deve ser levada a efeito por meio de expresso procedimento constitucionalmente previsto para alteração do Texto Constitucional ou se, de outra banda, (II) poderá haver a supressão da dinâmica existente por meio do que se conhece por "mutação constitucional"?

A problemática, frise-se, adquire contornos de preocupação na medida em que há – à mingua de um debate substancial em torno do assunto —, respeitável corrente teórico-jurisprudencial favorável à adoção da segunda alternativa, evidenciada pela Reclamação n. 4.335-5/AC em julgamento no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Externando sua preocupação, expôs Lenio Luiz Streck (2007, p. 1):

> A recente polêmica que vem sendo travada no Supremo Tribunal Federal a partir da Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, não fará da decisão que vier a ser tomada, com certeza, apenas mais um importante julgado. Mais que isso: ao final dos debates entre os ministros daquela Corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente

> de controle da constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre poderes da República e de sistema federativo. Isto porque a questão está ancorada em dois pontos: primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado, que só pode a partir do que – *nos votos* – foi denominado de "mutação constitucional", que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngebung*), mas, sim, a substituição de um texto por outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensado-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões.

Dispõe o art. 102, I, *i*, da Constituição Federal:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> I – processar e julgar, originariamente:
>
> [...]
>
> *i*) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

De início, é de se destacar que o instituto da reclamação, segundo doutrina corrente, sempre se destinou à garantia da autoridade das decisões proferidas em controle concentrado – que, até então, constituía o procedimento hábil à produção de eficácia contra todos e efeito vinculante.

O primeiro ponto, portanto, que se pode averiguar é o próprio cabimento da reclamação para se garantir a autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso! A resposta, em princípio, aparenta ser negativa, ao menos enquanto mantido o sistema atual de controle difuso que se realiza no Supremo Tribunal Federal – o qual demanda a intervenção do Senado Federal para que se logre a suspensão *erga omnes*

do ato normativo inconstitucional, porquanto é a Casa Senatorial que suspende indistintamente o que já o fora para as partes litigantes.

Preciosa lição de Sérgio Resende de Barros (2003) acerca do art. 52, X, da CF:

> Nessa regra – é bom esclarecer desde logo – execução significa eficácia e não existência. O Senado suspende para todos a eficácia que o Supremo já suspendera entre as partes. Mas nenhum dos dois toca na existência da lei. O que condiz com a lógica do sistema difuso, cuja raiz está no princípio da separação de poderes, de sorte que uma lei só pode deixar de existir se for revogada por outra lei editada pelo poder legislativo. Pelo que após as intervenções do Supremo e do Senado no controle difuso, a lei continua existindo, ainda que ineficaz. De início, é ineficaz só nos casos julgados pelo Supremo. Após a generalização decidida pelo Senado, torna-se ineficaz em todo e qualquer caso.

Atentar-se para fato de que não se está discutindo a questão temporal do posicionamento do Senado Federal, no sentido de se atribuir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à sua decisão que opte pela suspensão: efeitos temporais e amplitude subjetiva da decisão são coisas distintas! Efeitos temporais guardam pertinência com o "retroativamente", o "daqui pra frente" ou ainda o "em outro momento", enquanto amplitude da decisão diz respeito ao "somente para as partes do processo" ou "para todos".

Em assim sendo, entende-se por deixar de lado – não pela falta de importância, mas de consenso – a questão dos efeitos temporais da decisão do Senado, para privilegiar o estudo da sua amplitude subjetiva – com o que se pretende desatar o nó da possibilidade ou não de eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso.

Dito isto, não é de se menosprezar a real tendência de aceitação de reclamação em face de decisão plenária em controle difuso, ainda que o instituto seja tradicionalmente vinculado às decisões tomadas em controle concentrado. Nesse sentido:

> Tudo isso leva-nos a admitir a ampliação do cabimento da reclamação constitucional, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a "súmula" vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o controle difuso de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas (DIDIER JUNIOR).

Relata-se, a partir de agora, para que se faça de melhor visualização, a Reclamação n. 4.335-5/AC, cujo julgamento se encontra em curso no STF[1], a saber:

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, em 23-2-2006, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que vedava a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados.

Destaca-se, nesse julgamento, o fato de que, não obstante se tratar de averiguação de inconstitucionalidade realizada no bojo de um caso concreto, o tribunal dele se desprendeu para, precipuamente, averiguar o ato normativo em tese.

Confira-se a ementa do julgado:

> PENA — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cum-

1 O julgamento, até o presente dia de 2-6-2008, é o seguinte: "Após o voto de vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19-4-2007."

> primento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.
>
> PENA — CRIMES HEDIONDOS — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — ÓBICE — ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 — INCONSTITUCIONALIDADE — EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.
>
> Conflita com a garantia da individualização da pena — artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

Expõe Luiz Flávio Gomes sobre o julgamento acima citado:

> Observe-se que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto. Apenas removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos. Ou seja, dentro de um *HC*, proferiu-se o julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade *urbi et orbis*. No caso do *HC* n. 82.959 acham-se presentes todos os requisitos dessa nota "abstrativizadora" (ou generalizadora). Com efeito, a decisão foi do Pleno do referido Tribunal. De outro lado, cabe asseverar que a matéria (progressão de regime em crimes hediondos) não foi discutida em relação ao caso concreto retratado no pedido do condenado. Sim, o tema foi debatido e discutido olhando-se para a lei "em tese" (não se voltou unicamente para o caso concreto). Ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes "a todos" (não exclusivamente ao caso concreto).

O acórdão, pois, foi explícito ao dizer que a declaração incidental de inconstitucionalidade

> envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Pois bem: com base na referida decisão foi ajuizada a Reclamação n. 4.335-5/AC, contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos.

A Reclamação em apreço se agarrou, basicamente, no argumento de que a decisão de primeiro grau contrariou o entendimento do STF advindo do *habeas corpus* referido, de modo que haveria de ser garantida a autoridade da decisão plenária da Corte Maior.

Isto posto, verifica-se que a tese subjacente à manifestação favorável do relator ao cabimento da Reclamação funda-se na propalada "mutação constitucional", sobre a qual havia se pronunciado em oportunidades anteriores; com efeito, entende o Senhor Ministro relator que, efetivamente, ocorreu mutação constitucional, de sorte que ao Senado Federal compete, em face das diversas alterações ocorridas no modelo de controle de constitucionalidade, uma mera função de confecção de publicidade aos julgados do Supremo Tribunal Federal.

O ministro (Mendes, 2004, p. 207), em artigo no qual discorreu sobre a tendência de fortalecimento do sistema concentrado, acabou por concluir:

> Temos feito no Brasil, especialmente depois da Constituição de 1988, uma revisão silenciosa do instituto do Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal tem interpretado que a Constituição alterou significativamente o equilíbrio entre o sistema difuso e o sistema concentrado. Esse fato tem influência numa série de decisões.
>
> [...]
>
> Por tudo isso tenho pensado se não seria o caso de nós, num acesso de sinceridade institucional e constitucional, perguntarmonos se não está chegando a hora de assumirmos, não no plano legislativo, de *lege ferenda*, mas no plano judicial, a revisão ou

> releitura do instituto da suspensão do Senado, afirmando que nesse caso se deu, claramente, uma mutação constitucional.

A questão, em síntese, é definir: houve mutação constitucional em relação ao art. 52, X, da Constituição Federal? Conquanto pareça simples, é sincero dizer que não se encontra fácil solução, pois que, além de tudo, há, por parte de quem se aventure a responder – e não tem como ser diferente —, íntimas razões que tocam ao particular entendimento de cada *ser pensante* acerca das grandes questões que o afligem como ser existencial.

A sociedade, não se discute, é matéria viva, em constante borbulhar, é organismo em permanente transformação, é solo fértil ao florescimento da beleza, mas, também, da solidão; não se faz possível, portanto, que uma Constituição, parida sob determinada realidade social, contenha regramento perpétuo, capaz de se prolongar indefinidamente sem qualquer alteração.

Sem dúvida, nenhum Texto Constitucional, por mais sábio e perfeito, conseguirá preservar sua autoridade indefinidamente; haverá um momento em que a sensível alteração da realidade, em profundo contraste com o texto normativo, acarretará a renovação do instrumento basilar, de sorte que a resistência à substituição será inútil, pois os princípios já não bastarão para estancar o fluir das relações vivas inconciliáveis com o texto em agonia (BULOS, 1997, p. 6).

A *(re)*interpretação da Constituição traduz, assim, condição inarredável de sua conformação à realidade que pretender ordenar; é por meio da *(re)*interpretação que, por vezes, se extrai de um gélido enunciado normativo o pulsar de um coração, é, enfim, pela *(re)*interpretação que se logra descobrir, não raras vezes, que detrás das grades de uma prisão – *por incrível que possa parecer* — ainda há vida!

A Constituição, desse modo, e sob certas limitações, pode e deve ser modificada quando não mais condisser com os valores sociais que preten-

de tutelar, sob pena de, se assim não o for, transmutar-se em máquina de escrever a ser vendida na era da informática.

É bom reavivar a memória de que a Constituição, como fruto dos trabalhos do ato constituinte, é a certidão de nascimento do Estado; é a criação, enfim, de um novo parâmetro de juridicidade, que se firma como supremo referencial normativo da sociedade, demandando a necessária compatibilidade de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, bem como a atuação dos atores jurídicos em conformidade com os preceitos fixados no texto constitucional.

De se aperceber, também, que as Constituições, em face de sua rigidez e supremacia, estipulam procedimento solene e dificultoso para sua alteração, a ser realizada pelo poder constituinte derivado.

Assim, por paradoxal que pareça, a possibilidade de alteração do conteúdo da Constituição é a própria garantia de sua maior perenidade, uma vez que permite a sua adequação às mudanças e/ou aspirações da sociedade; ora, a Constituição, tal qual um recém-nascido, traz em si mesma a pretensão de longevidade, que se vê possibilitada pela previsão expressa de um procedimento solene e rígido de sua alteração – emenda constitucional – a ser exercido segundo o regramento estabelecido pela própria Constituição e com indeclinável respeito às limitações por ela impostas.

Enaltece José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 410):

> Ora, a Constituição não é panacéia para os vícios históricos de um povo, nem pode servir, por outro lado, como mordaça das transformações de sua vida, inclusive política. Mas a Constituição também não pode ser vista como "pedaços de papel varridos pelos ventos políticos". Bem pelo contrário, deve refletir um consenso amplo, modificável com a conjuntura, girando em torno de um consenso central, inexpugnável aos interesses de maiorias ocasionais. E se puder ser reduzida a uma idéia, será a de possibilitar as transformações sociais por vias pacíficas – ainda que conflituais, mas sempre regradas, é dizer, constitucionalmente controladas.

A alteração da Constituição, segundo melhor doutrina, pode ser realizada de maneira formal, conforme procedimento textualmente previsto, ou por meio de mutação constitucional, que consiste em meio não formal de mudança das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado (SILVA, 2005, p. 61).

Define Bulos (1997, p. 57):

> Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, novos conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

Trata-se de alterações que se processam ao longo da vida de uma Constituição sem que seja realizada a modificação do enunciado normativo, isto é, o texto fica mantido em sua perfeita textura literal, trocando-se, todavia, o seu sentido e alcance — como técnica de vivificação do Texto Constitucional —, mas sem que haja, a toda evidência, a sua própria subversão.

Não se pode perder de vista que a rigidez e a supremacia constitucional são trincheiras do Estado Democrático de Direito — conquistadas a duras penas —, nas quais os direitos e garantias fundamentais encontram reforçado abrigo; nessa perspectiva, tendo em conta que a alteração do Texto Constitucional possui regramento formal expresso e limites igualmente estabelecidos, há de se privilegiar a alteração da Constituição pela sistemática prevista pelo poder constituinte originário, relegando-se a mutação constitucional à condição de exceção, a ser concretizada quando houver possibilidade de *(re)*interpretação do enunciado normativo no

contexto sociojurídico sem que se acabe por incorrer em burla à própria Constituição.

Esclarecedora a lição do mestre José Afonso da Silva (2005, p. 52):

> Por tudo isso é que é inaceitável essa teoria tradicional das mutações constitucionais e estas só serão válidas se tiverem como função desenvolver critérios aplicáveis à situação normal, vale dizer, só serão aceitáveis, como legítimas, as mutações constitucionais que não contrariem a Constituição, ou seja, como diz Anna Cândida, que, indireta ou implicitamente, sejam acolhidas pela Lei Maior, repelindo, como tais, as mutações inconstitucionais. Isso significa aceitar a posição de Hesse em favor de um conceito restrito, no sentido de que a mutação constitucional, sem ofender a Constituição, transforma o sentido, o significado e o alcance de suas normas, *sem lhe alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto* (grifei).

Isto posto, leia-se o que propõe o eminente ministro Gilmar Mendes (2004):

> Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,(2) publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.

Ora, parece indiscutível que o posicionamento transcrito, no sentido que alinhavado, se traduz, na prática, em poderes quase que absolutos do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle difuso, em decisão por vezes única e apertada, poderá produzir decisão com efeito contra todos e vinculante e — mais grave —, construída por meio de literal substituição de um enunciado normativo por outro, de sua confecção!

Convenha-se que o reconhecimento da força normativa da Constituição significa, antes e acima de tudo, o seu efetivo cumprimento/respeito por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, órgão erigido constitucionalmente como guardião derradeiro da Carta Maior; é como se, em face da confiança que lhe foi depositada, o órgão de cúpula, de criatura, se travestisse em criador, com poderes ilimitados de modificação do Texto Constitucional.

Novamente, ponha-se em relevo que não se está a defender que o procedimento do art. 52, X, da CF, mostra-se conveniente à realidade atual do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, não! Até parece que deve ser mesmo suprimido; o que se está dizendo é tão somente que o art. 52, X, da CF, enquanto existir, deve ser respeitado!

E deve ser respeitado porque o sistema difuso de controle, por sua própria essência, não é vocacionado legitimamente à produção de efeito *erga omnes*, ao menos não sem a participação do Senado Federal. Isto porque cada sistema de controle angaria sua fundamentação em momento histórico diverso: (I) o sistema difuso, destinado à não aplicação da norma no caso concreto, produzia — e produz — efeito *inter partes* em uma lógica de uma rígida separação de poderes; não é vocacionado, portanto, à produção de efeitos *erga omnes* porque lhe falta a chancela da legitimidade popular, a ser conferida pelo Senado Federal, composto por representantes eleitos pelo povo; (II) diversamente, o controle concentrado, com possibilidade de eficácia *erga omnes*, já se desenvolve em um contexto em que a sua

legitimidade passou a decorrer não do quesito da maioria — que ainda se aplica ao parlamento – mas da *(re)*construção/*(re)*definição do papel do Supremo Tribunal Federal, diretamente vinculado ao fortalecimento da ideia de força normativa da Constituição.

Em assim sendo, se a dinâmica do art. 52, X, da CF está defasada e não é mais o atributo da chancela popular por meio do Senado que possibilita a concessão de efeito *erga omnes* às decisões em controle difuso — conforme os diversos motivos já lançados —, e, sim, a força normativa da Constituição e seus desdobramentos —, então se mostra necessário que se lance mão de emenda constitucional para eliminar a previsão, transferindo a *vetusta* dinâmica para o campo da Jurisdição Constitucional, no seio da qual se deverá instaurar o legítimo debate constitucional.

A Jurisdição Constitucional passa a ser o novo *locus* do diálogo constitucional, de onde emerge a legitimidade para que se possa dar eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no exercício do controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado; ora, se é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, nada mais justo que suas portas sejam abertas à sociedade civil organizada para que, em uma perspectiva democrática e plural, se construa a decisão que a todos irá vincular.

É de se dizer que a Jurisdição Constitucional está para o Estado Neoconstitucional, assim como a praça pública esteve para o *Estado Antigo* e o Parlamento, para o Estado Moderno; se antes, muito antes, se decidia em praça pública o futuro da *polis*; se há algum tempo, se decidia no Parlamento; hoje se decide, em termos constitucionais, no âmbito do adequado processo constitucional a ser garantido pela Jurisdição Constitucional.

Não se quer, de modo algum, negar a importância do Parlamento, mas afirmar que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a legitimidade que, até então, decorria da chancela popular via Senado Federal, agora deve ser transportada para o processo constitucional; entretanto,

duas providências, ao menos, devem ser conjuntamente tomadas, quais sejam, (I) a supressão do art. 52, X, da CF, por meio do procedimento da emenda constitucional e (II) a pluralização do debate por meio da abertura do sistema difuso à sociedade.

Atente-se para o fato de que, em termos de respaldo popular às manifestações do STF – questão fundamental —, a adoção isolada da primeira providência não basta; pelo contrário, se assim ocorrer, estar-se-á retirando a legitimidade popular — que hoje, ainda que indiretamente, se dá por meio da atuação do Senado — sem que, em contrapartida, seja transferida para o núcleo da Jurisdição Constitucional – que se torna o palco privilegiado do debate constitucional.

Leciona Palu (2001, p. 151) sobre a importância do Senado Federal na configuração atual do controle de constitucionalidade:

> O ato do Senado Federal (CF/1988, art. 52, X), ademais, atribui efeito *erga omnes* ao julgado do STF; ao que parece, não iriam os Constituintes atribuir tal prerrogativa ao Senado Federal que, como vimos advém da Constituição de 1934, onde tinha posição ímpar e preeminente na organização dos poderes, para que este fosse limitado, simplesmente, a dar publicidade ao ato inconstitucional, ou apenas examinar aspectos formais, com *quorum*, prazos, etc.

Leia-se o que defende, em seu bem fundamentado voto, o respeitado ministro Eros Grau, ao fazer coro com o relator:

> Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão conteria força normativa bastante para suspender a execução de lei declarada inconstitucional.

> [...]
>
> Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

Caminha-se, dessa forma, de maneira por demais perigosa sobre a tênue linha que demarca a divisão de poderes; se confirmado o posicionamento, abre-se preocupante espaço para que brote, de modo silencioso e talvez irrefreável, o germe de uma ditadura do Poder Judiciário, que pode ser, inclusive, mais perversa que tantas outras formas de dominação.

Se o STF puder reconstruir/elaborar o enunciado normativo em substituição àquele textualmente previsto — sob o pretexto de mutação constitucional —, inexistirá vedação a vindouras manifestações da Corte Constitucional, tendo em conta que diversos dispositivos poderão ser alvo de reconstrução; perder-se-á, por certo, a baliza de contenção da atuação do Poder Judiciário, lançando-se a uma seara do "desconhecido" a depender, por vezes, da conveniência política da composição da Corte Constitucional.

Passa-se, pois, para um campo em que, a partir de sofisticada argumentação, conseguir-se-ão travestir direitos e garantias fundamentais sob a alegação de ocorrência de mutação constitucional. E não se diga que é exagero: quer direito mais fundamental que aquele atinente à legitimidade popular, assim entendida como participação popular – ainda que indiretamente — na elaboração das decisões fundamentais de uma nação? Não é por mero apego ao discurso que o parágrafo único do artigo 1º da CF dispõe: "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Em sede de controle difuso, no modelo atual, o povo o exerce – o poder — por meio do Senado, a teor do art. 52, X, da CF; no modelo que se busca, a partir da pluralização do debate constitucional, o povo terá a possibilidade de exercê-lo diretamente no seio da Jurisdição Constitucional — nos termos de regulamentação legal a ser confeccionada.

O que não se pode admitir é que, sob a alegação de mutação constitucional, se provoque abalo na própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Não é por menos que Lenio Luiz Streck (2007) afirma:

> Se o controle concentrado é exercido pelo Supremo Tribunal, por outro lado poderá existir, neste controle, a participação da sociedade civil. A decisão do Supremo Tribunal estará, então, legitimada não somente porque emanou da corte que possui em última instância a complexa responsabilidade da guarda da Constituição. Principalmente, a decisão estatal estará legitimada por ser o resultado de um processo jurisdicional em que a sociedade poderá vir a ter participação.
>
> Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.
>
> [...]
>
> Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir

> aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado!
>
> [...]
>
> Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. *Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais* (grifei).

Não se pode correr o risco de se admitir a ocorrência de mutação constitucional – instrumento importante, não se nega – quando a sua construção/constatação implicar desrespeito a texto expresso da Constituição que se mostra umbilicalmente atrelado à ideia de soberania popular; a mutação, ao revés, deve ser cautelosamente constatada/empreendida em prol do fortalecimento da legitimidade do poder e da vivificação da Carta Constitucional.

A decisão, se confirmada, praticamente lança por terra toda a diferenciação existente – sobretudo quanto aos efeitos — em relação aos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade historicamente construídos no Brasil, e mais: se assim o for, a Corte Constitucional estará a sobrepujar o próprio poder constituinte originário e os limites de atuação que lhe são impostos pelo modelo de controle de constitucionalidade e pelo artigo 52, X da CF, em flagrante afronta ao ato constituinte responsável pela Constituição.

Streck (2007), em sábias palavras, pronuncia que

> a tese de mutação constitucional advoga, em última análise, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais com poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode 'inventar' o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

Logo, AINDA QUE OS FINS SEJAM VÁLIDOS — porquanto amparados por sérias e nobres preocupações relacionadas com o esgotamento da capacidade de vazão, pelo judiciário, ao insuperável volume de processos e humanas aflições à espera de solução — OS MEIOS NÃO O SÃO!

Se o Supremo Tribunal Federal almeja emprestar eficácia *erga omnes* às suas teses/julgados em sede de controle difuso, que assim o faça, se for o caso, por meio do instituto da súmula vinculante que, ao menos, é procedimento constitucionalmente previsto e dotado de legitimidade pouco maior, originado do fértil solo em que germina a criação jurisprudencial.

É natural e desejável, enfim, que se vincule — sobretudo quando se fala em decisão emanada do plenário do Supremo Tribunal Federal – mas desde que assim se o faça pelo competente procedimento previsto pela Constituição Federal de 1988!

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O singelo e incompleto trabalho que se apresenta nasce, antes de tudo, da preocupação que a todos toca de concretização de um mundo melhor; claro que toca mais a uns que a outros, mas, em regra geral, é sonho que povoa o imaginário do povo brasileiro.

É povo sofrido, que labuta, de sol a sol, com enxada na mão e suor no rosto; é gente que sequer sabe ler, mas que sonha, com o peito aberto, um presente e futuro dignos para si e seus rebentos; são, enfim, pessoas que, ainda que não o saibam, são detentoras do poder.

O Estado, nesse contexto, constitui uma criação do homem, mas, sobretudo, para o homem, cuja função precípua é — ou deve ser — a pacificação social, que somente será alcançada por meio da satisfação concreta dos direitos insertos no seio da Carta Constitucional.

Pois bem: o Estado Moderno desabrochou no contexto das revoluções burguesas, de sorte que sua primeira roupagem no palco da história, de início, contém adornos de cunho liberal; caracterizou-se, antes de tudo, pela transferência da soberania para o povo/nação, em oposição a uma justificação divina do poder.

Nasceu e se firmou, pois, sob o primado do império da lei, concebida como realização racional de um ideal de justiça formal; o organismo social, portanto, como centro da ordenação política, em um Estado chamado Legalista, marcado pela supremacia do Poder Legislativo.

A partir de então, observa-se a evolução para um modelo de Estado, denominado Constitucional, em virtude da premência de fixação do direito como limite substancial ao exercício do poder em todas as suas esferas — e isso porque, em face da supremacia cega da lei, o mundo vivenciou os horrores dos regimes totalitários do início do século passado.

Desse modo, observa-se o enaltecimento da supremacia da Constituição, visceralmente atrelada à rigidez constitucional, entendida como garantia de estabilidade do Texto Maior, a partir da possibilidade de sua alteração tão somente por meio de um processo mais solene e dificultoso.

Assim, as democracias modernas ocidentais, em sua maioria, encontram nas Constituições escritas o fundamento de validade de todo o sistema normativo infraconstitucional; a Constituição, portanto, como norma fundamental de um Estado, goza de destacada supremacia, estando em posição hierarquicamente superior, de modo a vincular toda a produção normativa inferior, bem como a sociedade em geral.

Logo, se tudo, em última análise, é constitucional, nada mais natural que o consequente fortalecimento da Jurisdição Constitucional, cujo atual estágio de desenvolvimento do Estado Constitucional lhe confere destacadas funções, entre as quais, (I) a concretização de uma ordem política democrática e aberta, (II) a proteção/promoção dos direitos e garantias

fundamentais e (III) o exercício do controle de constitucionalidade, seja pelo sistema difuso, seja concentrado.

Dito isto, tem-se que o Brasil possui, como fruto de gradual evolução sociojurídica e das influências recebidas, um sofisticado modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos jurídicos — que congrega o sistema denominado difuso, realizado por via de exceção, com aquele ao qual se chama de concentrado, levado a efeito por via de ação.

É de se ver que cada sistema, em decorrência de sua fundamentação teórica e de sua empírica evolução, possui características particulares que, no entanto, não se fazem excludentes, mas complementares.

O sistema difuso de controle de constitucionalidade, em síntese, é: de caráter subjetivo, exercido, como questão preliminar e mediante provocação, no curso de um caso concreto apreciado no bojo de uma ação em trâmite no Poder Judiciário, e cujo reconhecimento do vício de inconstitucionalidade acarreta a não aplicação do ato maculado, com efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

Por sua vez, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade é: de caráter objetivo, em que não há lide e tampouco partes, mas apenas interessados, tendo em conta que inexiste interesse concreto em jogo; constitui técnica destinada, pura e simplesmente, à defesa da Constituição, sendo que a decisão possui efeitos *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*.

Esse, enfim, o modelo de controle de constitucionalidade engendrado pelo poder constituinte originário, com todas as particularidades decorrentes, e que, portanto, deve ser realizado!

Não obstante, verifica-se, já não é de hoje, paulatina tendência legislativo-jurisprudencial de atenuação das diferenças, sobretudo em face do fenômeno chamado abstrativização/objetivação do controle difuso, de

maneira a aproximá-lo, mormente quanto aos efeitos, do controle exercido sob a forma concentrada.

Exemplos dessa tônica são, entre outros, a criação, (I) do instituto da repercussão geral das questões constitucionais, (II) da súmula vinculante e (III) a possibilidade, já externada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no bojo da Reclamação n. 4.335/AC, de concessão de efeito *erga omnes* às decisões proferidas em sede de controle difuso, a partir de uma "releitura" do art. 52, X, da CF.

Constatou-se, contudo, que, se os fins são válidos — vinculação à autoridade dos julgados da Corte Constitucional —, os meios não o são, porque a concessão de efeito *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, nos moldes em que concebido o modelo de controle de constitucionalidade, demanda a atuação indispensável do Senado Federal.

Não se quer dizer que o procedimento seja conveniente na atual quadra de desenvolvimento do Estado e da Jurisdição Constitucional, mas tão somente que, enquanto expressamente existir, deve ser respeitado, sob pena de afronta a direitos e garantias fundamentais.

Advoga-se, enfim, a tese de que se pode legitimamente conferir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões do STF em controle difuso desde que, por certo, haja mudança tanto no plano formal quanto material, respectivamente, pela supressão expressa do art. 52, X, da CF (por meio de emenda constitucional) e pela pluralização do debate constitucional a partir da abertura do sistema difuso à sociedade civil. Inexiste, portanto, mutação constitucional.

Em assim sendo, vê-se que o percurso é árido e espinhoso, mas havemos de nos banhar no oásis da esperança, com vistas a um Brasil "mais tropical, mais fraternal, mais brasileiro" (Gilberto Freyre).

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 32, out. 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 158, abr. 2003. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_158/RIL158-14.pdf. Acesso em: 20 abr. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

———————. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

———————. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, v. 11, out. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5-10-1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/

revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf. Acesso em: 27 maio 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

———————. *Reflexões sobre nação, estado social e soberania.* Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 22, ano 62, jan./abr. 2008. Disponível em http://209.85.215.104/search?q=cache:efRVJBZxSp8J:www.scielo.br/scielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS0103-40142008000100013%26lng%3Den%26nrm%3Diso%26tlng%3Dpt+%2 2 E s t a d o + anti go%22+polis&hl =pt-BR &ct=clnk&cd=4&gl=br. Acesso em: 31 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 828.106/SP*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Brasília, julgado em 2 de maio de 2006. Diário da Justiça de 15 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 27 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade* n. 1.254/RJ. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, julgada em 14 de agosto de 1996. Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso: em 27 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959/SP*. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 23 de fevereiro de 2006. Diário da Justiça de 1º de setembro de 2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 2 de jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar no recurso extraordinário n. 376.852/SC*. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 27 de março de 2003. Diário da Justiça de 13 de junho de 2003. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 27 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário. Brasília: 2007*. Disponível em:http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudenciaRepercussaoGeral/arquivo/estudoRepercussaoGeral.pdf. Acesso em: 28 maio 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da jurisdição constitucional na realização do estado social. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez Informação, v. 10, set. 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas, ação estratégia e controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leito (Coord.). *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA E SILVA NETO, Francisco. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 59, abr./jun. 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Reclamação constitucional por desrespeito à decisão do STF proferida em controle difuso-incidental*. Recente manifestação do STF a respeito. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=133>. Acesso em: 2 jun. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, jul. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

———————. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Progressão de regime nos crimes hediondos: efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstrativizado. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, v. 221, mar. 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidad*e: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. Brasília, v. 42, maio 1993.

———————. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leito (Coord.). *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

———————. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. In: GOMES, Ana Zélia Jansen Saraiva. *O processo de objetivação do recurso extraordinário*. Disponível em: <http://iuspedia.com.br>. Acesso em: 27 mai. 2008.

———————. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf 162/R162-12.pdf. Acesso em: 31 mar. 2008.

MORATO, Leonardo L. A reclamação constitucional e a sua importância para o estado democrático de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, abr. 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

———————. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*: no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

———————. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 88, dez. 2003.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Fundamentos do controle de constitucionalidade das leis. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 149, jan. 2001, p. 79-89 — Acervo 75561. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf149/r149-07.pdf. Acesso em: 31 mar. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Sincretismo no controle de constitucionalidade: Parte II — abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*. Fev. 2007.

PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, v. 195, fev. 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de constituição*: história e vicissitudes. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

———————. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

———————. Democracia, segurança e garantismo. *Notícia do direito brasileiro*. Brasília: UNB, v. 7, maio 2000.

———————. *Poder constituinte e poder popular*. Estudos sobre a Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

———————. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____ Quinze anos de constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juízes do RS, v. 92, dez. 2003.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva

do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Mundo jurídico*, ago. 2007. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1300.pdf. Acesso em: 12 dez. 2007.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 29, out./dez. 1999.

———————. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 171, jul./set. 2003. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf171/R171-02.pdf . Acesso em: 31 mar. 2008.

———————. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 819, jan. 2004.

———————. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-ANDRE%20RAMOS.pdf >. Acesso em: 29 maio 2008.

———————. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. In: SAMPAIO, José

Adércio Leito (Coord.). *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*: atualizado conforme as leis 9.868 de 10-11-1999 e 9.882 de 3-12-1999. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. 4. ed. Madrid. Trotta, 2002.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL

Cármen Lúcia Antunes Rocha*

> "Quando eu era cristão e queria lutar contra a miséria, meu dia começava com um Padre-Nosso. Tinha fome de divindade. Hoje, ainda luto contra a miséria, mas meu dia começa com um Pão-Nosso. Tenho fome de humanidade" — Betinho.

1 Introdução. 2 Justiça e dignidade da pessoa humana. 3 A dignidade da pessoa como princípio-chave do constitucionalismo contemporâneo. 4 Estado democrático e dignidade da pessoa humana. 5 A face estatal da exclusão social: *a*) Estado e o (neo) Liberalismo. *b*) Estado e globalização. *c*) Estado, trabalho/emprego e dignidade. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Gente demais e humanidade de menos é o que se tem no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou, os problemas dos homens também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim. A produção — ou o seu produto — não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que o que mais se vê agora é a tentativa da máquina de coisificar o homem.

As últimas décadas deste século quase acabado mostraram a queda de dogmas, crenças, paredes e países. Só não viu tombar a busca do homem pelo que lhe pode proporcionar condições de vida que lhe permita ser

* Advogada. Ministra do STF.

feliz. Nada o fez desistir de buscar viver dignamente, pensando a dignidade como a que se pode encontrar na conduta respeitosa e confiante da pessoa em relação a si mesma e ao outro.

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do Holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. A história, especialmente no curso do século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver e, mais ainda, de viver com dignidade, sem se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem. Por isso se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana põe-se na lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. Tal como se tem no pranto de Antígona, a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade. É por isso que Antígona representa a dignidade do homem para além da vida, a que se acha sem rebuços nos momentos extremos da experiência humana e nos quais desimporta a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente. Dignidade é alteridade na projeção sociopolítica tanto quanto é subjetividade na ação individual.

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico;

passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional.

Contudo, não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode ignorar a ambiguidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana. Princípio de frequente referenda tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo.

Tendo sede na filosofia, o conceito da dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas desde a II Guerra Mundial, tornando-se, agora, nos estertores do século XX, uma garantia contra práticas econômicas identicamente nazi-fascistas, levadas a efeito a partir da propagacão do capitalismo canibalista liberal globalizante sobre o qual se discursa e segundo o qual se praticam atos governativos submissos ao mercado: um mercado que busca substituir o Estado de Direito pelo não Estado, ou, pelo menos, pelo Estado do não Direito, que busca transformar o Estado Democrático dos direitos sociais em Estado autoritário sem direitos.

Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade da pessoa humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; o Direito há de formular, paralelamente, novas formas de se concretizar, assegurando que a Justiça não se compadeça do aviltamento do homem ou da desumanização da convivência.

No Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com sub-homens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes

atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies produzidos por um modelo de sociedade que se faz, mais e mais, impermeável à convivência solidária dos homens.

Não é novo, nem mesmo raro, que constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmo os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na America Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos.

Hoje, mais que antes, as opções econômicas lançam novas sombras (fossem poucas as tantas que já ensombream a história dos comércios, inclusive humanos, a que os povos assistiram) sobre os direitos que se conquistaram com tão terríveis dificuldades.

Sempre vale a pena relembrar Betinho, para quem:

> O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A história não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas. O capitalismo continuou produzindo miséria, mas o socialismo avançou sem conseguir eliminá-Ia. [...] Depois de 100 anos de socialismo e capitalismo, a miséria no mundo aumentou, e a economia transformou-se num código de brancos e numa fábrica de exclusão racionalizada. A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade. Sobram bilhões de pessoas. Não se previu espaço para elas nos vários projetos internacionais e nacionais. No Brasil, essa exclusão tem raízes seculares. De um lado, senhores, proprietários, doutores. Do outro, índios, escravos, trabalhadores, pobres. Isso significa produzir riqueza pela produção da pobreza.

Hoje, contudo, a produção da miséria não se faz mais apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo fascista,

que busca dominar ideias e práticas político-econômicas contemporâneas, gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo, tal como posto na fórmula de Hannah Arendt (apud PEDROT, 1999). Antes, negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo.

A normatização do princípio da dignidade humana pode não ser bastante para reverter sozinha quadro tão grave quanto difícil como é esse que se vive na quadra histórica atual. É, todavia, imprescindível o seu acatamento para que se tenha a possibilidade de se vir a superá-lo, pois se assim não for ter-se-á de concluir que a máquina terá ganho do homem, ou, o que é pior, o homem terá perdido a si mesmo. E ao homem parece melhor o destino de se encontrar, não o de se perder.

2 JUSTIÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

A justiça, como o seu inverso ou a sua ausência, que é a injustiça, toca um sentimento do homem. A dignidade e o seu contrário, que é a indignidade, também.

O tratamento justo e digno conforta; a injustiça, como a indignidade, transtorna o ser humano e o atinge em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou outra é sempre de revolta, desespero ou amargura: é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento o que se deflagra.

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá a concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes, é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição

superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal,

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito a sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

Pode-se mesmo afirmar que, mesmo se um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ela continuaria a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica. Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém explícita em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta. Tal como agora concebidos, aceitos e interpretados, aqueles partem do homem e para ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidas como categorias jurídicas distintas[1]. Logo, onde aquela é

1 En France la mojorité de la doctrine juridique continue a affirmer que la personne (humaine) c'est le sujet de droits. "C'est l'être à qui le droit objectif accorde des droits subjectifs réunis en un patrimoine". Or "l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribué par le droit positif lequel peut em subordonner l'attibution aux conditions qu'il définit lui même... Si la remarque de Virally est incostestable em droit positif, elle signifie que le sujet de droits est une catégorie indépendante de la notion de dignité de la persone humaine. Les droit n'en découlent pas, mais bien du droit positif que résulte du bon plaisir du Prince, roi, assemblée, peuple ou dictateur. L'être humain-sujet de droit est un ayabt-droit. La dignité n'a rien à voir dans ce concept. En positivisme strict, elle est strictement inutile. Le juriste est ainsi conduit à refuser le débat le plus fondamental de notre époque" (BORRELLA apud PEDROT, 1999, p. 33).

considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente essa é aceita como base de todo o ordenamento jurídico e incluído como polo central emanador de consequências jurídicas.

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até porque esse traz em si a ideia da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Ela não é como a igualdade, como o conhecimento racionalmente apreendido e trabalhado. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro despende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa compostura na convivência. Por isso, a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não consideradas compatíveis com o que suporta com dignidade o homem.

Para Kant, o grande filósofo da dignidade[2], a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí por que há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.

2 Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l'univers moral autour du sujet. Ce qui organise la réflexion morale, ce n'est pas la référence au bien commun, au bonheur mais la volonté pure como "principe suprême de la moralité" ... Dans le fondements de la métaphysique des moeurs, Kant met ainsi le principe de dignité 'infiniment audessus de tout prix" (PEDROT, 1999, p. XVI)

O que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição, sobrepõe a mensuracão, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada, porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece a medida convertida ou configurada como preço.

Toda pessoa humana é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condicão humana, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Quando se questiona, nestes chamados tempos modernos, se se há de permitir, ou não, o nascimento de um feto no qual se detecte a existência de anomalia a impossibilitá-lo para uma vida autônoma, está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza. Aquilo traduz-se, pois, como injustiça contra os que não se apresentam em iguais condições psicofisiológicas, intelectuais, etc. É a injustiça havida na indignidade revelada na desumanidade do tratamento dedicado ao outro. É a injustiça do utilitarismo que se serve do homem e o dota de preço segundo a sua condição peculiar, que se expressa numa forma em vez de se valer pela essência humana de que se dota.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA COMO PRINCÍPIO-CHAVE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, para princípio jurídico, a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e

por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da jurisdicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais.

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio-matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o Holocausto, não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder. Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói.

Sendo o direito à vida inserido entre aqueles assegurados no rol do que se considera a formulação de direitos fundamentais de primeira dimensão (na terminologia constitucional contemporaneamente utilizada), a dignidade da pessoa humana, como conteúdo daquele direito reconhecido e garantido nos sistemas jurídicos do Estado moderno, ja estaria assegurado desde os primeiros momentos de formação desse.

Assim não se considera, entretanto, porque, naquele primeiro momento, a formulação jurídico-normativa atribuiu caráter meramente formal aos direitos elencados nos primeiros documentos constitucionais a eles referentes, o direito à vida expresso nos textos fundamentais nos quais ele se articulava garantia a inexpugnabilidade do atentado contra a existência, mais que a vida em sua configuração ampla e, especialmente, em sua condicionante humana, que é exatamente a dignidade.

Os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo a que assistiu o mundo no período da II Grande Guerra, trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que

marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico.

Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas,* adotado desde o final do século XI, significando cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação.

As primeiras vezes em que comparece em textos jurídicos, a palavra dignidade, ou, mais propriamente, no plural como foi então mencionada *dignidades,* refere-se exatamente a cargos ou honrarias de que alguém se faz titular. Deste teor, por exemplo, o art. 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se tem que os cidadãos são "igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos". Verifica-se, pois, que, num primeiro momento, aquele uso afastou-se radicalmente do que constitui o seu conceito no âmbito da moral.

A partir do século XVIII, porém, a dignidade da pessoa passa a ser objeto de reivindicação política e embute o conceito que ainda hoje ostenta, referindo-se a uma condição que é essencialmente própria à pessoa humana.

Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, aquela palavra, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar a integridade e a inviolabilidade do homem, e não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

O emprego daquela palavra pelo direito, com todas as controvérsias de que ainda se cerca, conforme antes assinalado, não se despoja do significado ético e filosófico, relativo à condição essencial do homem, a sua humanidade. Mas é bem certo que se multiplica o seu significado com a conceituação jurídica acima mencionada e, ainda, com o envoltório

político que igualmente passa a ostentar e segundo o qual a dignidade política é a base de um projeto político concebido sob o respeito restrito à pessoa humana, que a torna centro do próprio modelo de Estado cogitado e tendente a ser adotado segundo a escolha livre de um povo.

A entronização do princípio da dignidade da pessoa humana nos sistemas constitucionais positivos, com o sentido em que agora é ele concebido, é, pois, recente e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico.

A fonte fática desta opcão é a reação contra os inaceitáveis excessos da ideologia nazista, que cunhou o raciocínio de categorias diferenciadas de homens, com direitos e condições absolutamente distintas, a muitos deles destinando-se tão somente as trevas dos guetos, as sombras dos muros em madrugadas furtivas e o medo do fim indigno a chegar possível a qualquer momento.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, afirmando-se que

> nós, os povos das Naçoes Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas.

Em idêntica linha, a Declaração dos Direitos do Homem elaborada pela ONU, em 1948, inicia o seu preâmbulo afirmando que "considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]". Mais uma vez, pois, põe-se no frontispício de uma declaração o valor que enuclea a ideia de justiça que ao homem é devida numa convivência política.

E no art. 1º daquela Declaração tem-se que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade"[3].

A dignidade da pessoa humana passa a ser, pois, encarecida sobre qualquer outra ideia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então.

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

E como a Declaração dos Direitos do Homem da ONU tornou-se vertente de muitos dos textos constitucionais subsequentes na parte relativa àqueles direitos, foram eles formulados de maneira a expressar, tal como ali se fizera, aquele enunciado como princípio fundante dos direitos fundamentais e da própria ordem política.

A Lei Fundamental da República Alemã, de 1949, foi a primeira a acolher como princípio fundamental do seu sistema a proteção da dignidade da pessoa humana, em texto expresso e que se situa, topograficamente inclusive, como o primeiro dentre todos os que norteiam e embasam aquele povo. Dispõe o art. 1º (1) daquela Lei Fundamental que:

> Art. 1°. (proteção da dignidade da pessoa humana)
>
> (1) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.

3 A Organização das Nações Unidas proclamou, também, em 9 de dezembro de 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo em seu artigo 3º que: "As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível".

Ultrapassou-se, assim, o direito à vida com o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setecentistas, reformulando-se e fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do quanto antes se tivera.

O limite positivo e negativo da atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tomado de acatamento obrigatório, porque constituído em norma-princípio-matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Daí por que, no fluxo das expressões havidas na Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, e na Constituição alemã de 1949, reiteraram-se as menções a esse princípio nos textos constitucionais que se seguiram, especialmente quando a sua elaboração fez-se para a reconstrução da democracia após experiências que indignaram os homens nos autoritarismos frequentes[4].

4 Assim a Constituição espanhola, em cujo art. 10 se tem que: "Art. 10. – 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social." Comentando esse dispositivo apostila Francisco Fernandez Segado que "el reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana, al que se vincula intimamente el livre desarrollo de la personalidad. Como há significado Bidart Campos, la 'razón de ser' de 'que' son los derechos humanos, 'cómo' son, por que se los reconoce, y 'para qué', está dada em la doble dimensión ontológica y valorativa: el hombre es uma persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de sua 'valor' personalidad. Es por ello mismo por lo que puede afirmarse que todos los derechos que la Constitución proclama, de uma u outra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma" (SEGADO, 1992, p. 163).

Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica. Se é da humanidade que emerge o fundamento daquele princípio, é na humanidade igual de todas as pessoas que se põe a base desse último princípio. Dito de outra forma, a humanidade que é idêntica em berço (o qual pode ser, contudo, dessemelhante) não altera a igualdade da pessoa, o que a sepultura testemunha igual em qualquer canto do mundo. Mas conquanto seja exato que a igualdade funda-se na dignidade que a humanidade da pessoa assegura, não parece correto pensar-se haver confusão de princípios, pois aquele é mais amplo em seu conteúdo e em sua eficácia como fundamento do direito. Aliás, a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro.

A interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos que degradem, aviltem ou asservissem homens em benefício indébito de outros, que homens não são vassalos ou objetos em proveito de outros.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois, a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa,

então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo do princípio.

Antes, estabeleciam-se modelos de comportamentos impostos ou defesos para a ação do Estado e para a conduta dos indivíduos; tais modelos continham-se nos preceitos constitucionais que os estabeleciam de maneira contingente. Agora, estatuem-se princípios que informam os preceitos, constitucionais ou legais, a partir dos quais e para a concretização dos quais se dão a realizar os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema fundamental. Transformada a formulação básica da Constituição, tem-se como método de interpretação a finalidade que o povo busca concretizar com a adoção do sistema positivo.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais que a antecederam não havia menção àquele princípio.

Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se

dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil[5]. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Este princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.

5 Com base naquele princípio, conforme observado acima, o Direito formula as normas infraconstitucionais e os tribunais pátrios consideram todos os casos que tenham como fundamento a aplicação ou a sua negativa. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem reforçando a fundamentalidade daquele princípio: "STF – Pleno – HC n. 70.389-5/São Paulo; Rel. Min. Celso de Mello; j. 23-7-1994. A simples referência normativa à tortura constante da descrição típica consubstanciada no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de *ofensa à dignidade da pessoa humana*. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969)."
"IF-114/MT INTERVENÇÃO FEDERAL – Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA
Publicação DJ 27-9-1996, p. 36.154

Julgamento 13-3-1991 – Tribunal Pleno
EMENTA: – Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos 'direitos da pessoa humana', em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de 'condição mínima', no Estado, 'para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana que é o direito à vida'. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700km de Cuibá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra b, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da Constituição de 1988, quanto aos 'direitos da pessoa humana'. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa 'direitos da pessoa humana', em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial".

De se observar que aquele princípio é conjugado com o da cidadania, o que evita que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social na qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade. A afirmação da cidadania ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana impede que se pense o sistema como uma ilusão perigosa no sentido de ser embaraço à liberdade política democrática que há de ser estendida ao todo e não apenas a uma parcela da sociedade. De outra parte, também impõe que os caprichos individuais não segreguem grupos ou pessoas e que os grandes debates não percam a dimensão da humanidade que está em cada um como representação do todo.

Daí a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3º da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade da pessoa humana, de que eles são emanação e complementação, porque impeditivos do pensamento individualista que conduziria aos perigos de retorno ao exagero interpretativo que poderia findar por impedir a plena concretização daquele princípio em vez de aperfeiçoá-lo em sua dimensão mais humana e integral para todos os homens que compõem a sociedade.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para se ter uma sociedade democrática há de se ter, necessariamente, o pleno acatamento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como agora pensada e estruturada a democracia nos diversos sistemas vigentes, aquele princípio é axioma jurídico[6], o qual se firma e se afirma como fundamento do sistema constitucional.

6 De se enfatizar que o princípio da dignidade da pessoa humana é axioma jurídico e não postulado. A diferença está, como ensinado por François Borella, em que aquele não é questionado, nem pode sê-lo, enquanto esse é colocado em questão sempre que o seu princípio não é aceito e começa a ser recusado. Como a dignidade da pessoa humana, como valor fundante do sistema constitucional não pode ser questionado, cuida-se, ali, de um axioma jurídico (BORELLA apud PEDROT, 1999, p. 32).

O surgimento do conceito de dignidade da pessoa, no século XVIII, no fluxo das ideias iluministas, veio à tona como "a finalidade última das democracias".

O pós-guerra de 45, momento no qual a humanidade passa a dotar de importância fundamental o princípio da dignidade da pessoa, vê-lo transformar-se de valor-base dos direitos fundamentais em princípio estruturante do Estado Democrático[7].

A Democracia tem o seu fundamento no homem e nele faz repousar a sua finalidade, pelo que a dignidade da pessoa é o núcleo central e referencial daquele regime político. Num Estado que se constitucionalize segundo os fundamentos democráticos, qualquer política contrária não apenas à dignidade, mas à dignificação da pessoa humana, ou seja, à sua possibilidade de transcender e Iançar para Iá de seus próprios e permanentes limites, o que se pode facilitar a partir de condições sociopolíticas postas à sua disposição.

O regime democrático não pode buscar como fim senão a concretização de políticas públicas que revelem ao homem a melhor situação sociopolítica para o bem de todos que compõem a família humana, em respeito à sua individualidade e em benefício da coletividade.

7 Segundo J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 221), a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana há de ser feita não com a Democracia apenas, mas com a própria República nele baseada: "Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a *dignidade da pessoa humana* (art. 2º). O que é ou que sentido tem uma república baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*... ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fictor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos), a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcedências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa, onde é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º/1). [...] Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo muldividencial, religioso ou filosófico" (grifo do autor).

Por isso é que a dignidade da pessoa humana é não apenas um princípio fundamental da Democracia, mas também um valor fundante das organizações sociais que, contemporaneamente, atuam com o Estado, mas não necessariamente dentro de sua estrutura burocrático-governamental. A Democracia haverá de ser considerada na sociedade e não apenas cobrada do Estado.

O que se discute, ainda, no Direito é em que se fundamenta esse princípio que é fundante da escolha e organizacão constitucional democrática do Estado. Tem-se asseverado que

> *Ia dignité est affirmé comme un principe fondateur de l'ordre politique au sens large d'ordre social, libre, juste et pacifique. Mais en dépit du vocabulaire reigieux (proclamer sa dans), ce fondement n'est pas justiflé. Comme le dit le cardinal Jean Marie Lustiger, c'est 'le fondement non fondé de l'ordre social et polltique'* (BORELLA apud PEDROT, 1999, p. 31).

Sendo a Democracia o regime político que tem como finalidade garantir ao homem uma estrutura sociopolítica destinada a permitir-lhe realizar-se como ser livre, vocacionado a viver segundo as suas opções concertadas com os demais em igualdade de condições para que cumpra o seu destino, é que a dignidade da pessoa humana emerge como superlei pré-estatal, que se põe no sistema constitucional como princípio fundamental matricial de todas as demais normas, quer de princípio, quer de preceito, que se conjuguem na formulação constituinte. Tendo-se como opção constitucional de um povo a Democracia, aquele põe-se como princípio jurídico axiomático, quer dizer, sobre cuja existência, rigor e eficácia dominantes não se discute, apenas se dando a concretizar segundo políticas públicas que podem ser adotadas segundo paradigmas diversos.

Princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes

e todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo.

Tudo quanto indigne o homem por outro é criminoso; tudo quanto o indigne partindo de ação ou omissão estatal é contrário ao próprio Estado Democrático e define a nulidade absoluta do comportamento ou da política que a tanto conduza com a responsabilidade de quem tenha assim atuado em nome da pessoa política.

Quando o Estado não faz a opção democrática, não se obriga ao acatamento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela óbvia razão de que o autoritarismo e o totalitarismo revertem os termos iniciais do axioma jurídico havido naquele princípio, tornando o Estado fim e o homem meio, e esse, como exposto por Kant, tem um preço e não uma dignidade. Ora, quando o Estado reduz o homem a meio — tal como se deu no nazismo ou como se dá nas diversas faces do fascismo ainda hoje tão melancolicamente praticado —, o homem perde o respeito à sua dignidade, reduz a algo que se faz objeto de substituição, ao contrário da concepção democrática.

Daí por que Constituições como a da União Soviética não cuidavam daquele princípio, o que, entretanto, se contém expressamente no art. 21-1 na Constituição da Rússia, de 1993, segundo o qual: "A dignidade da pessoa é protegida pelo Estado. Nada pode justificar seu abatimento".

Igualmente a Constituição portuguesa, de 1976, em seu art. 1º, estatui que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

O Brasil, como antes observado, positiva como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa, a da dignidade da pessoa humana. Segundo tal princípio é que se afirmam, no art. 3º daquela Lei Fundamental, os objetivos do

Estado voltados à dignificação do homem, com a definição de imperiosa observância de políticas públicas que erradiquem do Brasil condições indignas que se põem a nu pela desigualdade social, econômica, regional, pela pobreza e miséria que aviltam e envergonham os que nessa situação se encontram, etc.

Sem dignidade não há democracia e sem essa todos os fundamentos constitucionais da organização política da sociedade brasileira são postas por terra e a Constituição, de Carta da Libertação, torna-se Lei de Libertos, válida somente para quem estágio já atingiu, mas que as tornam cúmplices de todas as formas de indignidades contra todos os outros.

Sem o respeito à dignidade da pessoa humana também não se há cogitar de Poder exercido legitimamente, pois a legitimidade tem sua única expressão no homem respeitado em sua essência e em sua transcendência de ser dado a superar-se para remeter-se a si mesmo como fonte de certeza do outro e para o outro.

5 A FACE ESTATAL DA EXCLUSÃO SOCIAL: A INDIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PROVOCADA

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, conforme já anotado, porque com ele o sistema de Direito absorve um conteúdo ético axiomático, que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos.

Com o acolhimento desse princípio, o Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas, ou seja, políticas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana.

O Estado deve impedir que o homem se despoje do seu valor-fim dignificante e se veja recolhido às sombras socioeconômicas e políticas; que ele seja renegado pela sociedade e, como antes observado, veja-se repudiado pelos seus e, envergonhado de si mesmo, rejeite-se e se anule como cidadão.

Por isso é que todas as formas de excluir o homem do ambiente social de direitos fundamentais, de participação política livre, de atuação profissional respeitosa, de segurança pessoal e coletiva pacífica são inadmissíveis numa perspectiva, proposta ou garantia de Estado Democrático.

O Estado somente é democrático, em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há verbo constitucional, não há verba governamental que se façam legítimos quando não se voltam ao atendimento daquele princípio. Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional.

a) Estado e o (neo) liberalismo: a volta ao estado do não direito

O Direito do Estado Democrático fez-se instrumento da ideia de Justiça que determinada sociedade adota em momento histórico especificado. Ao abrigar o princípio da dignidade da pessoa humana, a ideia de Justiça que só põe na base do sistema fundamental elaborado é o que se contém no homem, seus valores, seus desejos, suas dores.

Para resguardar e respeitar o homem, o Direito do Estado Democrático põe o prumo de sua elaboração na possibilidade da pessoa de cumprir a sua vocação atendendo aos seus apelos pessoais voltados, é certo, ao aperfeiçoamento do grupo social de que faz parte. No encontro do outro na

praça de todos, o homem faz-se digno quando, honesto consigo, oferece-se respeitoso ao outro.

Ao Estado compete atuar, adotar comportamentos e ter ações em perfeita coerência com esta condição digna do homem livre, igualmente considerado em relação às oportunidades para que realize as suas vocações e se faça fraternalmente vinculado ao todo na ciranda política do encontro social.

Como o Estado não é uma sociedade de anjos (tampouco de demônios, seja certo dizer), o Direito impõe-se para que não seja a praça pública arena de lutas, mas reinado de encontros de homens dados a saber-se o outro e no outro para serem felizes sem que seja necessário nada saber além de sua própria humanidade. Sem o Direito, os interesses individuais prevaleceriam e os mais fortes realizariam os seus em detrimento de todos os outros que serviriam a toda a comunidade.

As conquistas dos dois últimos séculos foram exatamente pela jurisdicização de matérias que importassem interesses sociais, de tal modo não ficassem eles em desvalia diante da força do mercado, do *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui même,* fase do império da não lei e da desumanização das relações entre homens, alguns, como no dizer de Rousseau, tão ricos que podem o outro comprar, e esse, tão miserável, que pode se vender.

O Estado Social alterou esse quadro, passando a intervir no domínio econômico e ampliando o domínio jurídico exatamente para evitar que a lei de mercado, que é a lei do não humano, a lei do preço, a lei do que é sujeito à avaliação e que avilta o homem, transformando-o em objeto ou coisa mensurável, dominasse as relações econômicas, políticas e sociais.

O Direito cuidava, assim, para que o Estado não se ausentasse de sua tarefa maior de instrumento a serviço da realização do bem de todos os homens.

O Estado Social era democrático nisto que permitia que houvesse um espaço livre de novas conquistas individuais, sociais e políticas, e jurídico, no que dizia respeito à subsunção de governantes e governados ao direito posto à observância irrestrita e igual de todos.

O retorno do liberalismo voraz não se bastou na proposta do *laissez faire.* Desde a década de 80, o que se tem é uma tentativa do império do dinheiro de desbastar todas as conquistas e voltar ao comércio de coisas e de homens. Só os que podem pagar pelos direitos, apenas os que podem mostrar merecimento pelo preço das coisas com que se ostentam socialmente é que se fazem titulares do direito de permanecerem membros do grupo. Aos outros cabe excluir-se da comunidade. E se o Estado não permite agir senão incluindo os homens e universalizando os seus direitos, ao capitalismo agora fortalecido em sua goela titânica cabe destruir o Estado, máxime o Estado de Direito, substituindo-se a lei dos homens pela lei de mercado, que é a não lei, que é a selva dos dinheiros com donos certos e destinos incertos, porque não humanos nem justos.

Esse Leviatã empresarial, monstro a engolir homens e países, tem em conta nada mais que sua ganância insaciável por todas as formas de posse. E possui como quem tem uma mulher por não mais que breve momento, gosto sem sabor de toque passageiro e fatal que não se sabe nem prospera porque nem se dá a ser um gesto sequer; possui pelo sentido destrutivo do que não se dá a ser e destrói como anti Midas, sem deixar existência após sua passagem. Esse Leviatã não quer, nem precisa, nem pode permitir a sobrevivência do Direito. Nem se diga a Democracia. Opõem-se o Estado liberal globalizante de hoje, o Leviatã do momento e a Democracia.

O liberalismo, que volta a mostrar a sua face inumana, abjeta o Direito. Com ele não poderia chegar aonde chega: ao lugar da vergonha do ser humano que não é respeitado em sua dignidade no seio da comunidade em razão de sua condição humana.

A indignidade provocada ou atribuída ao excluído deste velho liberalismo, que agora retorna, humilha e degrada como novos campos de concentração espalhados nos eitões das grandes cidades, nos viadutos sem pontes e sem almas que abrigam-desabrigam os novos escravos brancos, legiões de excluídos de direitos e de perspectiva de justiça e dignidade. Esses homens, que escondem a face da indignidade que contra eles se comete, envergonham-se de si mesmos perante os filhos, a esposa, até perante os passantes amedrontados de ruas que viram pavilhões de sub-homens indignados na fome e no desemprego provocado pela economia liberal.

E tal com brada Viviane Forrester (1997, p. 12),

> não há nada que enfraqueça nem que paralise mais que a vergonha. Ela altera na raiz, deixa sem meios, permite toda espécie de influência, transforma em vítimas aqueles que a sofrem, daí o interesse do poder em recorrer a ela e a impô-la [...] a vergonha deveria ter cotação na bolsa; ela é um elemento importante do lucro. A vergonha é um valor sólido, como o sofrimento que a provoca ou que ela suscita. [...] Desse sistema emerge, entretanto, uma pergunta essencial, jamais formulada: "é preciso 'merecer' viver para ter esse direito?" [...] para "merecer" viver, deve mostrar-se útil à sociedade, pelo menos àquela parte que a administra e a domina: a economia, mais do que nunca confundida com o comércio, ou seja, a economia do mercado.

O liberalismo atual não quer o Direito, não pode com ele, não sobrevive se o homem puder ter a sua dignidade insculpida no sistema normativo fundamental e assegurada pela estrutura institucional. Daí por que se chega ao início de um novo século e de um novo milênio sob o signo da luta pelo primado da garantia da humanidade como elemento de respeito absoluto para que a dignidade do homem seja assegurada e seja ele o valor maior de todas as formas de convivência justa.

b) Estado e globalização

Ao nazismo do início do século correspondem as forças contemporâneas direitistas com o globalismo fascista, que, mais que o socialismo excludente, é o capitalismo expulsivo, aquele que elimina o homem de seu respeito a si mesmo por fazê-lo crer-se despojado de honorabibidade e respeito social.

Fosse pouco o retorno do velho liberalismo, travestido de discurso novo, e aliou-se a ele dado igualmente antigo e que se quisera ultrapassado, que é o da globalização do Poder. Quem detém o poder e se acha capaz de impô-lo a todos os outros promove a sua extensão. Foi assim desde os romanos. Tem sido assim, agora, com os norte-americanos, após a queda dos muros do Leste Europeu. Globalização não é o mesmo que mundo sem fronteiras. Fosse assim, os Estados Unidos teriam arrebentado aquilo que eles teimam em manter a separá-los dos mexicanos.

Como a rede de informações e o sistema de telecomunicações facilitou os contatos entre povos e pessoas, fala-se na inevitabilidade da globalização. É bem certo que a tecnologia aproximou os homens. Mas não só há de esquecer que o homem fala facilimamente com o desconhecido do outro lado do planeta e mantém a sua dificuldade de conversar com o seu filho. O encontro humano mais estreito é sempre o mais difícil. Afinal, de perto se vê o outro. E o que o homem tem dificuldade é de sustentar o olhar que o enxerga.

A globalização faz cada um de nós mais cúmplice e mais culpado pelo que ocorre com qualquer outro homem sobre a terra; mas também deixa-nos cada vez mais insensíveis ao sofrimento que se vê à maneira de jogos televisivos bem editados em nossos aparelhos.

Globalização não é igual para todos os povos. Há os que determinam e globalizam e os que a sofrem. Ou, dito de outra forma, há os que globalizam e os que são globalizados. Os direitos, as riquezas e as benesses

de uns e de outros são diferentes, claro. Porque a globalização é processo político-econômico de luta por poder. Diz-se que ele é inexorável e fatal. O que é fatal não precisa ser, contudo, uma fatalidade. O câncer pode ser fatal. Nem por isso se há deixar de lutar contra ele até se encontrar a fórmula certa de vencê-lo. O que é fato não há de permanecer como fatalidade; o que é determinado não se põe como determinismo.

Não se há de submeter, pois, a uma contingência criada pelos interesses econômicos para se explicar o que não está para ser explicado, mas para ser resolvido de maneira coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A "demonização" do Estado, a partir do "thatcherismo" da Inglaterra, ou dos empresários que fizeram de Margaret Thachter o seu porta-voz mais impositivo e modelar, precisa ser demonstrada como algo que se projeta como criação voltada não apenas contra as instituições jurídicas e políticas criadas pelo homem em seu proveito, mas contra o próprio homem, que conquistou com grandes lutas os seus direitos e os vê na iminência de serem perdidos ou, pelo menos, que estão sendo permanentemente desrespeitados em benefício de interesses econômicos gravosos.

De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do *não retrocesso,* segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.

Não se há cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havidos em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos

sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.

O que se apregoa com a globalização neoliberal é o oposto deste princípio: é o retrocesso aos parâmetros do século XVIII, quando o homem tinha apenas alguns parcos direitos individuais, formalmente postos e garantidos sem qualquer força ou eficácia, sem que se obrigasse, ainda, o Estado a prover a sociedade de condições econômicas e políticas sujeitas aos interesses de todos, e não apenas de minorias.

A globalização neoliberal quer o não Estado ou, pelo menos, o Estado do não direito, no qual governantes cumprem ordens de comando econômico internacional, o qual, a sua vez, é supraestatal e tem como única finalidade o lucro, obtido a qualquer preço, mesmo que seja o preço do homem.

Nesse modelo estatal, ou pouco estatal, ou, pelo menos, estatal tão pouco público, o homem é nada em si mesmo; vale pelo que paga e paga pelo que pede. Nesse caso, o Estado é não um ente de inclusão, mas uma causa de exclusão, porque representa os interesses de quem detém o poder econômico-político não estatal, aquele que se orienta pelos seus próprios e únicos interesses particulares e, nessa condição, é agente que exclui todo aquele que não atenda a tais fins.

Nesse modelo dito neoliberal globalizado ou globalizante, a exclusão é provocada porque a inclusão de todos no âmbito de titulares de direitos não interessa, não garante, não é fonte de lucros. O Estado passa a ser meio de realização de interesses privados, valendo-se do homem para os fins ditados pelos detentores do poder econômico internacional. A perversão do sistema é total; total é o seu modelo; totalitário é o seu regime: é o nazi-fascismo econômico impondo-se às organizações políticas, que exclui do âmbito de direitos todos os não pertencentes à raça escolhida, a dos endinheirados que podem pagar pela produção lucrativa.

Pois este modelo perverso e adverso ao homem encontra voz e vez em dirigentes que, escolhidos até pelas urnas, submetem-se aos comandos da economia, parcelas das quais responsabilizam-se pelos financiamentos das campanhas eleitorais e, depois, cobram a promissória a se resgatar ao preço dos cidadãos excluídos.

Este modelo degrada o ser humano e elimina do seu vocabulário e de sua prática o princípio da dignidade, fazendo do homem apenas mais uma mercadoria social, aquela que deve ser mantida ou eliminada segundo a sua capacidade de pagar, ou não, pelo seu direito à vida.

c) Estado contemporâneo e direitos sociais: trabalho/emprego e dignidade

Muitas são as faces da exclusão social provocada pelo Estado e praticadas no Estado contemporâneo. Todavia, o que mais se considera como a marca da sociedade contemporânea é a de que advém das condições sociais do homem em relação a seu desempenho profissional.

A organização política ocidental centra como valor básico o trabalho. Na encíclica *Laborens in exercens,* a Igreja reitera a sua consideração de ser o trabalho um direito do homem e um dever da sociedade.

Também as Constituições modernas, desde a mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, cuidam do trabalho como direito, no exercício do qual o homem realiza as suas vocações, produz e se faz membro ativo da sociedade. Este direito social não existe sem que todos os demais direitos sociais, tais como o da educação, da saúde, da seguridade social, dentre outros, restem integralmente comprometidos em sua existência e, o que é mais, em sua eficácia.

O trabalho e a condição do homem-trabalhador enfatiza a extinção da figura do escravo, tendo-se o homem como o sujeito de sua produção e não objeto que com ela se confunde.

Todavia, a sociedade ocidental, de uma forma muito especial, assimilou, desde a Revolução Industrial, o trabalho ao emprego. Passou-se a garantir o emprego como direito fundamental e não mais apenas o trabalho, o que estabeleceu, então, a valorização do empregado e não do cidadão trabalhador. Ao emprego associou-se a ideia de trabalho e de força de trabalho na sociedade e o empregado passou a ser dignificado em detrimento do trabalhador não empregado. O denominado *trabalhador autônomo* não se fez o profissional mais frequentemente encontrado, pois esse, como o denominado *profissional liberal,* passou a constituir fatias mínimas da sociedade. A própria economia denominou-se formal quando dotada da estrutura de trabalho organizada em empregos, absorvendo a mão-de-obra de empregados compreendidos segundo a legislação social vigente.

Contudo, contrariamente a outros períodos da história, quando, em algumas fases passageiras, os trabalhos e empregos oferecidos diminuíam em função de fatores eventuais, como guerras, por exemplo, a tecnologia conduziu a um novo quadro, no qual os empregos estão se extinguindo em função da substituição do trabalho que antes eram executados pelos homens e que são agora desempenhados por máquinas. Onde, antes, havia dez caixas de banco, hoje pode-se contar com apenas um ou dois, porque parte das atividades que eram por eles desenvolvidas (tais como recebimento de depósitos bancários, etc.) passou a sê-lo por máquinas. Esse emprego não está sendo aproveitado apenas temporariamente; ele extinguiu-se para o homem. E esse não é, portanto, um fenômeno passageiro, mas uma situação que se põe para permanecer.

Se o emprego está passando por uma inequívoca modificação com a extinção de alguns dos seus nichos, nos quais se absorvia a mão-de-obra

produtiva, não é certo que o trabalho, igualmente, está acabando. Ao contrário, ele pode estar modificando-se em benefício do homem, se houver vontade política de se chegar a isso.

E tanto se dá porque o trabalho é arte do homem, sua criação, na qual se põe a marca de sua ação única. Logo, a não ser que se cogite da substituição do homem pela máquina, sempre haverá trabalho, mas não qualquer trabalho. A ideia é mesmo a de superar a fase do homem usado para fazer-se braçal ou mera força substitutiva de coisas. Mas o trabalho como criação do homem para o homem não está a se acabar. O que tende a modificar significativamente é uma forma de prestação do trabalho, a relação de emprego como vinha sendo exercida desde a Revolução Industrial, com as modificações que foram sendo acrescentadas pelo advento dos direitos sociais.

Ocorre que a economia, como o próprio Direito, continua a basear-se, essencialmente, no valor do trabalho, no princípio de seu primado sobre o capital.

Assim se dá na Constituição Brasileira de 1988, que estabelece o valor do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana (art. 10, III e IV), como direito fundamental individualmente exercitável (art. 60), como fundamento da ordem econômica (art. 170, VIII).

Destes valores sociais, tidos como fundantes da própria organização política e composição estrutural do Estado brasileiro, formula-se a obrigatoriedade de atuar o Poder Público no sentido de dar concretude a tais princípios.

O desemprego é uma negativa de trabalho. Quer dizer: nega-se o direito ao trabalho àqueles que, dispondo de vontade e condições de trabalho, a ele não tem acesso por dependerem de uma estrutura na qual lhe seja possibilitado prestá-lo. Os que desempenham tarefas que não

podem ser desenvolvidas senão mediante certas condições, por exemplo metalúrgicos, portuários, etc., dependem do emprego, por serem especializados em atividade que não pode ser desenvolvida isoladamente ou em condição autônoma.

Verifica-se, pois, que sem que as políticas públicas sejam adotadas, considerando-se os fins estabelecidos constitucionalmente como próprios, pode-se conduzir a ordem econômica em direção ao desemprego evitável e aviltante para o ser humano, e comprometedor da realização integral dos objetivos sociais.

Deve-se enfatizar que o desemprego não é um fenômeno fatalmente posto e igualmente válido para todas as sociedades. Ao contrário. As condições sociais, ambientais, políticas diferenciadas conduzem a experiências paralelamente diversas. Por exemplo: num país em que o espaço territorial seja amplo e ainda não integralmente utilizado, as atividades relacionadas à agricultura e a outras formas de emprego no campo podem ser amplamente adotadas, de tal modo que o desemprego não assole esta sociedade.

Por outro lado, um país eminentemente rural, no qual predomine a economia agrária, os problemas de emprego/desemprego são inteiramente diferentes daqueles países nos quais a economia seja industrial.

Num como noutro caso, a adoção de políticas públicas é que haverá de considerar tais realidades e operar sobre elas quando de sua definição. O desemprego não é mera decorrência de determinadas circunstâncias que caiam do céu ou nasçam do inferno; é uma construção ou uma desconstrução social nascida de opções políticas postas a partir de dados relevados e fixados pelo Poder Público, que devem responder pelas consequências daí decorrentes.

Por isso é que se tem a denúncia reiterada de que o desemprego que decorra de negativa dos objetivos nacionais, nos quais se torna o homem como centro da organização político-econômica, ou do acatamento dos princípios da ordem econômica e social é provocado pelo Estado e as

políticas que a ele conduzam são, portanto, nulas, porque agressivas ao princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e determinantes da exclusão social. A que se põe em detrimento do homem trabalhador, membro de uma sociedade na qual a relação trabalho/emprego ainda não se desfez, nem tende a ser inteiramente desfeita de imediato. As necessidades tecnológicas que levam à extinção de empregos e o impedimento do trabalho precisam ser consideradas conjugadamente com os imperativos éticos de uma convivência digna, na qual o homem não seja conduzido à vergonha de não poder trabalhar e, por conta disso, de não se impor respeitosamente como cidadão atuante em benefício de todos. Afinal, como salienta Viviane Forrester (1997, p. 10), "não é o desemprego em si que é nefasto, mas o sofrimento que ele gera e que para muitos provêm de sua inadequação àquilo que o define, àquilo que o termo 'desemprego' projeta, apesar de fora de uso, mas ainda determinando seu estatuto".

O desemprego provocado pelas políticas públicas ditas neoliberais globalizadas não apenas anula o direito ao trabalho, mas vilipendia o trabalhador quanto mais, em nome de resguardar algum trabalho, dele retira as suas garantias, às vezes diminuindo o seu conteúdo.

Há abuso de poder quando, em nome de uma possível ou pretensa necessidade de se reduzir custos para garantir a empresa, o empresário leva à extinção de direitos assegurados ao trabalhador e não *flexibiliza* a relação de emprego, mas a *desestabiliza*, anulando a própria condicão do trabalho e do trabalhador. A precarização do emprego pode ser tão vil ao trabalhador quanto a determinação do desaparecimento do emprego, porque, em qualquer caso, coloca-o em condição de instabilidade absoluta perante o empregador e a sociedade, nela incluída a sua comunidade mais próxima, inclusive dos seus dependentes[8].

8 Segundo Philippe Pedrot (1999, p. XVIII): "Si l'on croit à l'autonomie du droit comme régulation sociale, il nous faudra réaliser l'équilibre entre les exigences éthiques et les nécessités matérielles afin de déterminer em quoi certaines évolutions de la thecnoscience font perdre à l'homme la dignité".

O desemprego causa medo, vergonha e um desgaste social que indigna o ser humano, o qual, por sua causa, fica alijado do processo social de habilitação política para participar ativamente das relações no seio da sociedade em que vive.

O desemprego é o fator mais atual e perverso de exclusão social, porque ele expulsa da sociedade quem poderia e gostaria de produzir para o benefício de si mesmo e de todos e que se vê repudiado por um dado diante do qual se põe como impotente. O desempregado é considerado vencido, aquele que não foi capaz de pôr-se a salvo da desventura da exclusão e que se torna, por isso, escravizado num sistema que o conduz às portas da morte, pelo menos da morte social. Como assevera Viviane Forrester (1997, p. 17),

> é dessa maneira que se prepara uma sociedade de escravos, aos quais só a escravidão conferiria um estatuto. Mas para que se entulhar de escravos, se o trabalho deles é supérfluo? Então, como um eco àquela pergunta que "emergia" mais acima, surge outra que se ouve com temor: será "útil" viver quando não se é lucrativo ao lucro? Aqui desponta, talvez, a sombra, o prenúncio ou o vestígio de um crime. Não é pouca coisa que toda "população" [...] seja mansamente conduzida por uma sociedade lúcida e sofisticada até os extremos da vertigem e da fragilidade: até as fronteiras da morte e, às vezes, mais além. Não é pouca coisa também que aquelas mesmas pessoas que o trabalho escravizaria sejam levadas a mendigar. Não é pouca coisa ainda que aqueles que detêm o poder econômico, vale dizer, o poder, tenham a seus pés aqueles mesmos agitadores que ontem contestavam, reivindicavam, combatiam. [...] Não podemos ignorar que ao horror nada e impossível, que não há limites para as decisões humanas. Da exploração à exclusão, da exclusão à eliminação ou até mesmo a algumas inéditas explorações desastrosas, será que essa sequência é impensável?

6 CONCLUSÃO

Toda forma de preconceito é indigna e a sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ele o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem e o faz repulsar-se a si mesmo.

O desempregado é, hoje, vítima de preconceitos. Vivendo cada vez mais nas sombras de muros e viadutos encostados nos quais se recolhem e se escondem, tornam-se invisíveis aos próprios cidadãos. A cada chegada de *visitante ilustre,* os membros da sociedade fazem desaparecer esses vultos indesejáveis, que deixam à mostra de todos o insucesso humano, não do vivente destas sombras, mas do sobrevivente das parcas e precárias luzes de uma economia feita para as moedas e não para as pessoas.

A dignidade da pessoa humana que é, então, atingida não é apenas aquela do excluído, mas daquele que se pensa ou se deseja incluído, mas que baixa os olhos a cada desempregado taciturno e sombrio, como quem se recolhe da própria imagem indesejada.

As políticas que produzem a exclusão, que fabricam novos guetos exterminadores, onde a vida tem um preço que não foi devidamente pago segundo os padrões do mercado, não são públicas, não são democráticas, não são humanas.

E, então, a que se reduz a humanidade senão a uma ilusão do que poderia ter sido viver com o outro, se nem ao menos se fez possível ter um modelo de vida em que o homem fosse e permanecesse sempre como o valor supremo independentemente de nome, profissão ou

condição? Se nem ao menos se conseguiu pensar uma organização que servisse ao homem ao invés de ser ele a servi-la? Se nem ao menos se conseguiu entender que o justo é o próprio de todos os homens e que não há Justiça para uma pessoa quando ela não prevaleça para todos?

Contra todas as formas de desumano tratamento, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela inclusão no direito e pelo direito de todos os homens, e que o milênio que se aproxima volta-se ao humanismo ético procurando a realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem supera-se sempre e em todos os sentidos.

A dignidade da pessoa humana é a prova de que o homem é um ser de razão compelido ao outro pelo sentimento, o de fraternidade, o qual, se às vezes se ensaia solapar pelo interesse de um ou outro ganho, nem por isso destrói a certeza de que o centro de tudo ainda é a esperança de que a transcendência do homem faz-se no coração do outro, nunca na inteligência aprisionada no vislumbre do próprio espelho. Afinal, mesmo de ouro que seja o espelho, só cabe a imagem isolada. Já no coração, ah!, no coração, cabe tudo.

7 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Teoría general de los derechos humanos.* Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria do Estado.* Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, Orlando Teixeira da. 0 trabalho e a dignidade do trabalhador. *ST* n. 75 — set/95, p. 7.

DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem — 50 anos.* Curitiba: J. M., 1998.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social.* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FORRESTER, Viviane. *0 horror econômico.* São Paulo: Unesp, 1997.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

PEDROT, Philippe. *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999.

SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español.* Madrid: Dykinson, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 1998.

———. Dignidade da pessoa humana como valor supremo da sociedade democrática. *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, p. 546-550.

VILLARREAL, Juan. *La exclusión social.* Buenos Aires: Grupo Editorial Norma Ensayo, s/d.

ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Iran José de Chaves*

Os operadores do direito – em particular aqueles que atuam no âmbito tributário – têm sido surpreendidos com manifestações da Presidência do Supremo Tribunal Federal que, alegando a diminuição da receita estadual e o efeito multiplicador de demandas judiciais, vem suspendendo as execuções de acórdãos dos Tribunais de Justiça[1] que, fundamentados no princípio constitucional da seletividade baseada na essencialidade do produto, determinaram que a alíquota do ICMS, relativa à energia elétrica, não poderia ser aquela destinada a tributar os produtos supérfluos (25%) e sim a alíquota atribuída aos produtos essenciais.

Sem demérito da acuidade e zelo profissional dos ilustres signatários dos despachos que suspenderam a eficácia das decisões dos Tribunais, com eles não podemos concordar, tendo em vista os seguintes argumentos:

A uma, porque a diminuição da receita estadual não se constitui em fundamento jurídico capaz de justificar o advento do despacho suspensivo, justamente por lhe faltar substrato jurídico capaz de alcançar os efeitos almejados, notadamente quando não há nenhuma informação consistente nessa direção.

A duas, porque é de sabença – *e por isso dispensa maiores delongas* – que nem todos os valores recolhidos, a título de imposto sobre energia elétrica, constituem receita líquida dos estados.

* Advogado especialista em Direito Tributário.

1 Tribunal de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas.

Não há ignorar que o poder tributante, em épocas de crise, costuma acenar a classe contributiva com saco de bondades, estampadas com benefícios fiscais direcionados a diversos segmentos. Surgem diferimentos, dilatação de prazos de pagamento, reduções de base de cálculo e muitas outras formas de "bondades" federais e estaduais, destinadas a injetar recursos financeiros para estimular a economia.

A contradição causa perplexidade e visível desassossego. Se por um lado o Estado onera sobremaneira a classe contributiva, a ela impondo a obrigação de resgatar créditos sabidamente inconstitucionais, de outro acena com a outorga de benefícios fiscais, como se intenção tivesse de manter a produção sob o seu ostensivo comando, não importando os meios e as formas. Certamente seria mais racional, apenas fazer cumprir a Constituição e as normas infraconstitucionais, que tão bem delineiam o fato gerador e a imposição fiscal de cada uma das operações tributárias, como sói ser a cobrança de ICMS incidente sobre produtos essenciais.

A correta – *constitucional* – cobrança de ICMS sobre a energia elétrica certamente beneficiará não apenas o comércio e a indústria como também os demais segmentos da cadeia produtiva, pois colocará à disposição dos empresários capital de giro próprio para projetar maior investimento, cujo resultado será o inevitável aquecimento da produção com reflexo direto no oferecimento de empregos. Não existe mercado aquecido com carga tributária elevada. Essa é uma máxima que não se pode perder de vista.

Beneficia o turismo através de diminuição dos custos de hotéis, restaurantes e muitos outros setores afins. Desonera as pequenas e médias empresas comerciais e/ou prestadoras de serviços; favorece as famílias na compra do gás, do pão, do material escolar. Por ser essencialíssima, a redução do valor da energia elétrica traz benefícios gerais também à saúde, ao ensino, alcançando todos os demais setores sociais, sem distinção alguma.

Diante dessas considerações, não há tergiversar – *ao contrário das manifestações da Presidência do STF expressa nas suspensões de segurança* – que a receita proveniente da correta tributação da energia elétrica traz benefício significativo a toda a sociedade e não apenas a um ou a outro segmento. Trata-se de um atendimento básico à sociedade como um todo!

Se nos afigura um arrematado absurdo imaginar que o prosseguimento na execução dos acórdãos, que reconheceram a inconstitucionalidade da alíquota de 25%, incidente sobre o consumo de energia elétrica, possa levar ao comprometimento dos serviços públicos pela diminuição da receita. Esse argumento, despido de qualquer consistência jurídica, deve ser medido com critérios mais objetivos. Meras conjecturas desprovidas de provas não se apresentam suficientes a justificar a inexecução das ordens judiciais dos Tribunais, que reconheceram a inconstitucionalidade do procedimento vergastado.

Quem não lembra do embate havido em torno da exigência e manutenção da CPMF. Alardeava-se, aos quatro cantos, que o fim da CPMF provocaria a falência do sistema de saúde. Extinguiu-se a CPMF e a saúde continua com a mesma qualidade que sempre teve. Cada vez que se discute o aumento do salário-mínimo se ameaça com a falência do sistema previdenciário. Institui-se o novo salário e o sistema previdenciário continua exatamente como sempre esteve. Inoperante e claudicante, mas atendendo aos beneficiários.

Portanto, é assaz preocupante que se institucionalize o critério de suspender decisões judiciais em virtude de questões de arrecadação. Se esse procedimento – *sem caráter jurídico algum* – for adotado como regra, aí sim ocorrerá o efeito multiplicativo de estados e municípios pleitearem suspensão de decisões, justamente ao argumento de que o cancelamento de tributos legais ou ilegais causará rombos em suas finanças, com o inevitável comprometimento no resgate de seus compromissos.

E mais: É de se imaginar o transtorno e a insegurança jurídica se esse mesmo critério – *preocupação com a redução de receita* – doravante fosse adotado pelos tribunais administrativos e pelos conselhos de contribuintes dos demais estados. A objetividade da justiça tributária estaria, deveras, comprometida.

Haveria evidente subversão da norma constitucional expressa e, com ela, a destruição do Estado de Direito, uma vez que os órgãos julgadores – *judiciais ou administrativos* – somente se ocupariam em julgar questões de pequenas ou nenhuma repercussão social. As grandes questões estariam protegidas pelo alegado e possível prejuízo da União, dos Estados ou municípios.

É evidente que não passa desapercebido a este signatário que somente o STF tem poderes para julgar com tal critério. Entretanto, aberto o precedente, diminuem as garantias de que não se alargará a abertura da porta.

A segurança jurídica não tem preço. É vital para a convivência harmoniosa da nação. Não basta que o Executivo afirme que a receita é importante para que a força da economia do dinheiro vença a força do direito. Não se pode abrir a porta para quaisquer exageros do Executivo. O poder da força não pode se sobrepor à força do direito e da Constituição. O STF é o guardião da Constituição e não o responsável pelas finanças públicas, especialmente as arrecadadas ao arrepio da Constituição.

Um outro argumento, utilizado para justificar a suspensão dos efeitos das decisões dos tribunais de justiça, consiste na preocupação do efeito multiplicador das demandas. A Suprema Corte vê o cumprimento de uma decisão judicial como incentivo que deve ser evitado em favor de um bem maior.

Ora, temer o efeito multiplicador é decretar a falência não do judiciário mas da própria justiça. É admitir que a justiça é um bem limitado que só pode ser distribuído a poucos. Pensar assim e interpretar a Constituição Federal dessa forma é o mesmo que decretar a falência do estado de direito e do princípio fundamental de que todos são iguais perante a lei.

O fato de muitos ou todos virem pleitear o mesmo direito se constitui na prova viva de que há consenso de que a causa é justa e, portanto, deve ser estendida a todos quantos se encontrarem em igual condição. Ao judiciário, se necessário for, fica o encargo de editar súmula vinculante, colocando termo a eventual controvérsia, e aos Estados federados a obrigação de resolver de imediato a questão, enquadrando suas legislações aos princípios constitucionais da vigente Carta Política Federal.

Pensar de forma diferente será o mesmo que incentivar o efeito multiplicador de forma transversa. Doravante será o executivo, em todos os seus níveis – *União, Estados e Municípios* –, que recorrerá ao STF para pleitear a sustação de decisões que, a seu critério, estarão prejudicando a manutenção e o aumento das receitas públicas.

A constituição passaria a ter preço. A partir de quantos milhões de sua receita os poderes executivos teriam direito de ver suspensas as decisões que lhes fossem desfavoráveis? Em verdade, a inconstitucionalidade passaria a ser um bem útil para os poderes executivos.

Para Ives G. Silva Martins[2], dois são os princípios que regem o direito tributário brasileiro: o da legalidade e o da "ilegalidade eficaz". É exatamente à luz da "ilegalidade eficaz" que a cobrança da contribuição, ao arrepio da lei e da Constituição, tornou-se "receita tributária" assegurada. Ao princípio da "ilegalidade eficaz" acresceu-se o da "imoralidade

2 Artigo publicado na Folha de São Paulo do dia 27 de julho de 2008.

eficaz", pois não é ético o Fisco ficar com recursos a que, decididamente, não teria direito.

Portanto, não há afastar-se do princípio da legalidade, pois ele é e continua sendo o esteio das liberdades. Os fins não justificam os meios. Qualquer precedente nesse sentido é um grave perigo para o regime democrático. Impõe-se, em tudo e por tudo, que continuemos vigilantes para evitar, através de um bom combate, o atropelo às normas constitucionais.

Cabe ao ministro da Fazenda e aos Secretários de Fazenda ou a quem suas vezes fizer a administração das finanças e de seus problemas correlatos, e, ao Judiciário, a interpretação e o regramento da norma que deve ser subjungida a classe contributiva, mesmo porque a constitucionalidade de um ato ou norma não se mede por milhares nem por milhões.

CONCLUSÃO

Diante dessas considerações e outras que certamente serão colacionadas para aprimorar o debate em torno do assunto, urge que se denuncie e se levantem vozes em desfavor do procedimento vergastado, sob pena de se institucionalizar o critério de repercussão econômica, cuja consequência será a constatação inaceitável de que quanto mais grave a inconstitucionalidade maior a probabilidade de ser tolerada e protegida.

Por outro tanto, não há admitir a prevalência do "efeito multiplicador", não apenas por se tratar de critério altamente subjetivo, mas, principalmente, por permitir que quanto maior for o número de cidadãos atingidos e interessados menor será a probabilidade de seus direitos serem defendidos e assegurados, procedimento que repugna ao direito e à justiça.

GESTÃO DO PODER JUDICIÁRIO E ESPECIALIZAÇÃO DE CÂMARAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Márcio Schiefler Fontes*

SUMÁRIO

1 Nova Gestão Pública e Poder Judiciário. 2 Nota histórica do Poder Judiciário em Santa Catarina. 3 Evolução das câmaras julgadoras no Tribunal de Justiça. 4 Balanço da especialização: racionalização e produtividade. 5 Pela superespecialização. 6 Referências.

RESUMO

Com base em trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Gestão do Poder Judiciário e pautado em apontamentos da Nova Gestão Pública, este artigo apresenta a evolução dos órgãos julgadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no contexto da trajetória do Poder Judiciário no Estado, no intuito de acentuar os contornos das evidentes possibilidades e dos manifestos benefícios trazidos pela especialização de competências das câmaras promovida pelo Ato Regimental n. 41/2000. Exposto o aumento de produtividade experimentado nos anos de 2001, 2002 e 2003 como decorrência direta desse mecanismo, propõe-se a partir daí o acirramento da especialização em todas as áreas, abraçando a chamada "superespecialização".

* Juiz de Direito

Palavras-chave: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Nova gestão pública. Especialização de câmaras. Produtividade judicial. Superespecialização.

1 NOVA GESTÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO

Não é verdade que "gestão", "planejamento" e "diagnóstico" sejam termos ignorados pelos integrantes do Poder Judiciário em geral, e do catarinense em particular. Pelo contrário: fazem parte da história judiciária catarinense os conhecidos "relatórios" com que os juízes de direito, nas décadas de 40, 50 e 60 do século passado[1], informavam ao presidente do Tribunal de Justiça as condições gerais das respectivas comarcas, naturalmente centrando-se no serviço forense. Sobressaem, dos poucos exemplares ainda existentes desses relatórios, a riqueza dos mapas estatísticos ali exibidos e as sugestões lançadas ao Tribunal, não raro imbuídas de caráter original e sobranceiro.

Todavia, as balizas constitucionais traçadas em 1988 – especialmente a autonomia dos tribunais e a inafastabilidade do controle jurisdicional[2], somadas ao crescimento exponencial das demandas judiciais (em grande parte daí decorrentes) – passaram a exigir maior eficiência no trato dos

1 A ilustrar esta modesta pesquisa se exibe, da comarca de Porto União, *o Relatório dos trabalhos realizados em 1942, acompanhados de mapas estatísticos e sugestões, apresentado ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Apelação do Estado de Santa Catarina, pelo Juiz de Direito, Dr. Ivo Guilhon Pereira de Mello*. Consta ali, aliás, que o relatório se fazia também por força do art. 110, VIII, da Lei de Organização Judiciária, "Decreto n. 431 de 19 de Março de 1940". Curioso, também, assinalar os nomes dos juízes titulares que antecederam Ivo Guilhon na comarca, pela ordem: João Batista de Abreu (primeiro juiz da comarca), Lucas Bhering, Augusto Lustosa Teixeira de Freitas e Alcino Caldeira.

2 A esse respeito leciona Ada Pellegrini Grinover (2005): "O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo artigo 5º, XXXV da CF: 'A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Mas o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa), significando também que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira, que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o convencimento do juiz. Corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional são todas as garantias do devido processo legal, que a Constituição brasileira detalha a partir do inciso LIV do artigo 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (LV do mesmo artigo)".

recursos públicos destinados à Justiça, como de resto dos serviços públicos de modo geral. Nesse contexto, foram-se avolumando propostas e sugestões que em grande parte se consolidaram na chamada "Nova Gestão Pública", que em relação ao Poder Judiciário possui contornos muito especiais.

Marga Inge Barth Tessler, Juíza do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, sediado em Porto Alegre, publicou em 2008 interessante panorama, com o título *A nova gestão pública no Judiciário*, invocando fatos e dados dignos de nota, no sentido de aprofundar a discussão sobre conceitos e práticas associadas à Nova Gestão Pública, a partir dos conceitos: a) foco em resultados; b) orientação para o "cliente"; c) transparência; d) *accountability*; e) diferentes formas de provisão dos serviços públicos. Nessa linha, o "foco em resultados" refere-se à preocupação voltada para a efetividade, ou seja, para resultados positivos dos atos, bem como para suas consequências concretas, além de boas intenções ou motivações. A eficiência, aliás, foi consagrada com *status* constitucional a partir da Emenda n. 19/1998, em circunstâncias tais que tornou patente que o que não é eficiente na gestão pública deve ser alterado ou superado, sem o que não se estará dando cumprimento ao dispositivo constitucional.

Esse "foco em resultados" encontra guarida no planejamento estratégico, no qual uma das ferramentas principais é o sistema *Balanced Scorecard*, também conhecido pela sigla BSC e presente no Poder Judiciário Catarinense[3], sobre o qual disserta Fernando Serra (2008, p. 111-112):

> O BSC é um sistema de avaliação de desempenho e gestão estratégica que utiliza indicadores de desempenho organizados de forma equilibrada em torno de quatro perspectivas. Ele permite às organizações utilizarem o desdobramento da estratégia para fazer seu planejamento. Trata-se de um sistema baseado em indicadores que impulsionam o desempenho, proporcionando

3 Veja-se que o planejamento estratégico já é uma realidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/assessorias/asplan/planejamento_estrategico/index.html>. Acesso em: 2 set. 2008. O *Balanced Scorecard* é baseado na análise de indicadores de desempenho.

> à organização, de forma abrangente, visão atual e futura do negócio. O BSC traduz a visão e a estratégia em objetivos e medidas organizadas em suas quatro perspectivas. Segundo Kaplan e Norton (1997), as quatro perspectivas citadas (financeira; clientes externos; processos internos; aprendizado e crescimento) normalmente são suficientes para a maioria das organizações, porém não há nenhum impedimento que uma outra perspectiva relacionada com resultados que gerem vantagem competitiva para a empresa venha a ser incorporada ao BSC.

É interessante registrar também o aporte de Fernando Serra (2008, p. 111) acerca do Poder Judiciário barriga-verde:

> "No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, além de alteradas, estas perspectivas foram invertidas em função de seus desafios. As perspectivas passaram à sociedade (no lugar de clientes externos), processos internos, aprendizado e crescimento e, por último, planejamento e orçamento (no lugar de financeira)".

Ultrapassado esse ponto, retorne-se ao fato de que a "orientação para o cliente" indica que é o "cliente" – aquele a quem se destina efetiva ou potencialmente o serviço – que deve pautar toda a ação da instituição. Tenha-se sempre em mente que o cliente, no caso do serviço público prestado pelo Judiciário, é toda a coletividade.

A transparência, encerrando o tópico, aparece ligada à publicidade, o que chega a ser quase redundante na esfera do Poder Judiciário. Diz José Afonso da Silva (2005, p. 669):

> "A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo".

Cristina Bertoncini (2007, p. 19), por sua vez, faz questão de vincular a publicidade aos parâmetros democráticos do estado de direito.

Não pode haver dúvida acerca da ampla acessibilidade da jurisdição e da administração da Justiça por parte dos cidadãos, ressalvados os casos protegidos por sigilo em resguardo da intimidade individual. Como a eficiência, a publicidade encontra previsão expressa no art. 37 da Constituição Federal de 1988. A transparência nada mais seria, pois, que a possibilidade de pleno conhecimento pelo público das questões envolvendo a administração da coisa pública. Accountability, de outro lado, é palavra que oferece certa dificuldade de tradução, mas pode ser entendida como a responsabilidade pelos resultados e a necessidade de prestar contas sobre os atos de gestão. É conceito que não existia no nosso horizonte, associado à responsabilidade objetiva na relação da Administração com o público. Por fim, as diferentes formas de provisão do serviço público referem-se às diversas maneiras de prestação desse serviço.

São ainda os apontamentos de Marga Inge Barth Tessler (2008) que apontam três categorias inerentes à gestão para resultados: 1 – bases de aprendizagem e crescimento; 2 – bases de informação; e 3 – estruturas e processos. As primeiras dividem-se em: a) treinamento para melhoria dos serviços aos beneficiários; b) planejamento estratégico para produzir precisas declarações de missão, visão e valores; c) programas de melhoria de qualidade para fortalecimento dos servidores. As segundas em: a) sistemas de informação para a gestão do desempenho; b) utilização de indicadores de processos, produtos e resultados; c) benchmarking para avaliar resultados; d) identificação de custos dos serviços e processos; e) sistemas para avaliar a satisfação dos beneficiários. No terceiro quadrante, tem-se: a) descentralização da tomada de decisões; b) redução dos níveis hierárquicos; c) maior poder discricionário aos gestores nas compras de bens e serviços; d) simplificação da regulamentação de pessoal; e) incentivos relacionados ao desempenho dos servidores; f) maior flexibilidade na gestão orçamental; g) terceirização; h) ações de parceria no setor público.

As transformações operadas por essa nova realidade fizeram-se sentir, no entendimento exposto, por meio de decorrências concretas como mutirões[4], juizados especiais[5] (federais, no caso) e especialização de varas e turmas. O último desses desdobramentos ilustra e é o que interessa aqui. Fala-se até mesmo na superação da chamada especialização, externando-se então uma "superespecialização", com a consagração de unidades jurisdicionais superespecializadas, a exemplo, na Justiça Federal, das varas criminais especializadas em "lavagem de dinheiro".

Não é difícil concluir, pois, que um dos corolários da Nova Gestão Pública aplicada ao Poder Judiciário é a especialização das câmaras julgadoras no segundo grau, aspecto importante dos mais recentes capítulos da longa história da Justiça no Brasil.

2 NOTA HISTÓRICA DO PODER JUDICIÁRIO EM SANTA CATARINA

Em seus primórdios, no tempo da Colônia, a organização judiciária brasileira seguiu o modelo da que existia em Portugal. Os tribunais e órgãos judiciários foram transferidos de Lisboa, juntamente com a Corte, e instalados no Rio de Janeiro: a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens. A Justiça era exercida pelo monarca e, no Brasil dividido em capitanias hereditárias, cada governante local já trazia consigo seu ouvidor, que cumulava funções judiciárias e administrativas (VIEIRA, 1991, p. 125). Denominava-se ouvidor porque era quem, ouvindo, tomava conhecimento dos pedidos e recursos.

4 Na Justiça catarinense, tem-se tornado praxe a instauração de mutirões com objetivo de fomentar novas práticas e culturas (Mutirão da Conciliação), e ainda no intuito de atacar problemas-chave (Mutirão de Sentença). Sobre o Mutirão da Conciliação ver a Resolução n. 10/04-GP; sobre o Mutirão de Sentença, a Resolução Conjunta n. 02/07-RC.

5 Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.

Na segunda metade do século XVII, a metrópole criou o cargo de Ouvidor Geral do Sul do Brasil, com jurisdição sobre os ouvidores das capitanias da região. Ensina Oswaldo Rodrigues Cabral (1994, p. 56-57) que os primeiros juízes, denominados ordinários, não eram necessariamente bacharéis em leis. Eleitos pelos homens qualificados da localidade, e confirmados pelo ouvidor, usavam a vara vermelha como insígnia, ao passo que a vara branca era reservada aos juízes de fora, os quais, necessariamente bacharéis em leis, eram nomeados pelo rei em substituição ao juiz ordinário. A vara branca era sinal da distinção régia, símbolo da magistratura, e a disposição por varas deu origem à oportuna divisão de competências que logo passaram a ostentar as unidades jurisdicionais (vara criminal, vara da fazenda etc.).

No período imperial, os recursos eram dirigidos aos Tribunais da Relação. As bases do Poder Judiciário nas províncias do Império foram dadas pela Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, que estruturou o Poder Judiciário, de caráter nacional e unitário, tendo por ápice o Supremo Tribunal de Justiça, que veio a ser criado por lei em 18 de setembro de 1828, composto por dezessete magistrados advindos das Relações por antiguidade, além de ministros dos extintos tribunais das Mesas do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. O Supremo Tribunal de Justiça, instalado na Corte em 1829, substituiu a Casa de Suplicação, nos moldes do sistema judiciário português, com atribuições de julgar revistas (modalidade de recurso), apreciar os recursos ordinários e conhecer originariamente de atos dos ministros e altas autoridades, bem como os conflitos de jurisdição. Seus integrantes recebiam o título de conselheiro e o tratamento de excelência, sendo o presidente nomeado diretamente pelo imperador. Seu primeiro presidente foi o conselheiro José Albano Fragoso (TJSC, 2008).

Vê-se, portanto, que os Tribunais da Relação foram os mais antigos tribunais do Brasil, tidos como órgãos judiciais coletivos. O primeiro fora

instalado em 1609 na Bahia, e o segundo em 1751 no Rio de Janeiro. Esses tribunais julgavam embargos por seus integrantes, os desembargadores. Sua decisão se chamava, como desde então se chama, "acórdão", vocábulo proveniente do verbo acordar. Até o terceiro quartel do século XIX foram criadas apenas mais duas Relações, a de Pernambuco e a do Maranhão. Tais tribunais, órgãos de segunda instância, passaram a ser instalados nas principais províncias do Reino. Em agosto de 1873, pelo Decreto n. 2.342, foram criados mais sete tribunais da Relação, um dos quais na cidade de Porto Alegre, com jurisdição nas províncias do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (MEDEIROS, 1991, p. 101).

A Carta Magna de 25 de março de 1824, no seu artigo 163, definiu que as Relações ficariam sujeitas ao Supremo Tribunal de Justiça, sediado na capital do Império, a cidade do Rio de Janeiro. O rígido centralismo emanado da Constituição do Império não permitia a criação de Relações por iniciativa local, motivo pelo qual Santa Catarina permaneceu jurisdicionada à Relação de Porto Alegre até o começo da República. Até 1889, portanto, funcionou no Império uma Justiça única, de âmbito nacional. A administração da Justiça até então era confiada aos magistrados singulares, nomeados e demitidos livremente pelo soberano, e aos Tribunais da Relação, que podiam também decidir questões administrativas (FAUSTO, 2004, p. 64).

A criação do segundo grau de jurisdição em Santa Catarina foi decorrência direta da proclamação da República, em 1889, e do advento constitucional do federalismo, com a Carta de 1891, a qual, confirmando decreto do Governo Provisório, fez desaparecer a organização judiciária única e introduziu em substituição o sistema dual – Justiça Federal e Justiça dos Estados (NUNES, 1943, p. 59). Em consonância com essa diretriz, a Constituição Catarinense de junho de 1891 explicitou que havia três poderes independentes e harmônicos no Estado – os consagrados Executivo, Legislativo e Judiciário – e instituiu o denominado Superior Tribunal de

Justiça, como órgão de segunda instância, "com as atribuições que a lei confere aos tribunais desta categoria" (Medeiros, 1991, p. 102).

A instalação do Tribunal de Justiça, denominado então Superior Tribunal de Justiça, deu-se em 1º de outubro de 1891. Foi composto inicialmente por cinco desembargadores, escolhidos dentre os juízes de direito mais antigos. Foi o Decreto 104, de 19 de agosto de 1891, subscrito pelo governador em exercício, Gustavo Richard, que organizou a Justiça do Estado e conferiu aos membros do tribunal estadual, pelo artigo 10, o título de desembargador, já usado no Império e na Colônia. Sobre esse título, de uso exclusivo dos magistrados de segundo grau da Justiça dos Estados[6], consta em artigo do desembargador Marcílio Medeiros (1991, p. 102):

> Nome com origem remota, provindo do tempo dos velhos Afonsos, reis de Portugal, nunca significou, escreveu o ministro Mário Guimarães, o magistrado que só julga embargos, no sentido moderno da palavra, senão o que tira embargos, isto é, os entraves que dificultam o processo. "Embargos têm aí o sentido vulgar e quase obsoleto de 'estorvo, impedimento, tropeço, embaraço'. Julgando os feitos, sejam apelações, agravos ou embargos, o desembargador os desembarga" (GUIMARÃES, 1958. p. 190).

O título de desembargador, como se sabe, acabou confirmado na legislação republicana. Pela Resolução 285, de 28 de agosto de 1891, foram nomeados os juízes José Roberto Vianna Guilhon, Francisco da Cunha Machado Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campello, Domingos Pa-

6 Art. 104 da Constituição Federal: "O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros. Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo: I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal [...]".
José Afonso da Silva (2005, p. 574) agrega: "A Constituição denomina 'juízes' aos membros dos TRF, mas, por emenda regimental, os TRF da 2ª e 3ª Regiões, por uma vaidade tola, atribuíram a seus membros a designação de 'desembargadores federais'!"

checo d'Avila e José Elysio de Carvalho Couto para, sob a presidência do primeiro, comporem o corpo julgador do órgão máximo da Justiça Estadual (CABRAL, 1994, p. 252).

Informa o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC, 2008), por dados biográficos colhidos em jornais da época, que o primeiro presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, desembargador José Roberto Vianna Guilhon, nasceu em São Luís do Maranhão, graduou-se pela faculdade de direito do Recife e, "após breve passagem pela magistratura maranhense, mudou-se para terras catarinenses, tendo sido Juiz de Direito em São José e, após, na Capital Desterro, hoje Florianópolis". Por outro lado, o adesismo dos magistrados ao regime republicano não passou despercebido (VIEIRA, 1991, p. 138-139).

Curioso notar que um dos integrantes da primeira composição dos desembargadores de Santa Catarina, Francisco da Cunha Machado Beltrão, fora juiz de direito no Paraná ainda sob o Império, e depois da magistratura devotou-se à política partidária naquela unidade federada. Em Paranaguá, aliás, nascera seu filho Francisco Gutierrez Beltrão, engenheiro que participou ativamente da questão de limites de Santa Catarina – Paraná, do lado paranaense (JORNAL DE BELTRÃO, 2008). Por essa razão, depois da morte o engenheiro teve seu nome atribuído a município da região catarinense espuriamente desmembrada.

A estrutura judiciária catarinense, herdada do Império, foi confirmada pelo novo regime político. A primeira Constituição Estadual, promulgada em 11 de junho de 1891, trazia em seu art. 47:

> O Poder Judiciário do Estado é exercido por um Superior Tribunal de Justiça, com sede na Capital; pelos Juízes de Direito e seus suplentes, com jurisdição nas respectivas comarcas; por Tribunais do Júri; por Tribunais Correcionais; e por Juízes de Paz, nos respectivos distritos.

O Decreto n. 112, de 16 de setembro de 1891, dividiu o Estado de Santa Catarina em quatorze comarcas: Capital, São José, São Miguel[7], Tijucas, Itajaí, Blumenau, São Francisco do Sul, Joinville, São Bento, Laguna, Tubarão, Araranguá, Lages e Curitibanos. Foi sobre esse esqueleto que se desenvolveu o período republicano, inaugurado em 1889 e que prossegue até os dias de hoje, com único sobressalto provocado em 1893 pela dissolução do Tribunal (OLIVEIRA FILHO, 1991, p. 153-154), inquinado de parcial, em favor dos republicanos e em detrimento dos federalistas, ao julgar procedente recurso criminal para impronunciar Hercílio Luz e outros (FERNANDES NETO, 2000, p. 186-190).

O percurso do Judiciário nesse período, no que tem de fundamental, pode ser visto quase como natural: expansão do serviço forense em geral, e dos julgadores em particular, tanto no primeiro como no segundo graus de jurisdição. Com efeito, se é verdade que o Judiciário catarinense atual, orgulhoso de seu organismo crescente ou de seu parque tecnológico, é oriundo daquele modesto grupo primário de órgãos julgadores, também é verdade que foi aquela silhueta acanhada que lançou as bases férteis sobre as quais o hoje promissor horizonte judicial se exibe: mais de 100 comarcas e mais de 300 varas no Estado de Santa Catarina, como indica a página eletrônica do Tribunal de Justiça (TJSC, 2008).

Cumpre, por fim, reproduzir as notas de Marcílio Medeiros (1991, p. 102) a respeito da sempre lembrada evolução da nomenclatura atribuída à Corte catarinense, batizada, como já revelado, de Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Estadual de 1891[8]:

7 Reporta o escólio de Oswaldo Rodrigues Cabral (1994, p. 253): "Em 1894, a sede da Comarca de São Miguel passou definitivamente para Biguaçu. A Comarca, que fora criada em 1864, foi a que mais transferências sofreu, pois, em 1873, passou a ter sede em Tijucas, donde regressou para São Miguel, em 1876. Aí permaneceu, apesar de a sede municipal, em 1876, haver sido transferida para Biguaçu. Em 1888, a sede municipal também voltou para São Miguel, até que, em 1894, o Governo reuniu em Biguaçu, definitivamente, a sede do Município e da Comarca. Diga-se, entretanto, que, apesar de o Município passar a ser denominado de Biguaçu, extinguindo-se a denominação de São Miguel, a Comarca continuou com tal nome até 1910".

8 A Constituição Federal de 1891 (arts. 55-62) não disciplinou a Justiça dos Estados, só a Justiça da União, no que aliás fez muito bem, atendendo inteligentemente ao anseio federalista que a inspirou.

> Por força de novas e sucessivas constituições, do Estado e do Brasil, a denominação do Tribunal mudou no ano seguinte (1892) para Relação da Justiça, foi revigorada em 1895, passou em 1934 para Corte de Apelação e a Tribunal de Apelação em 1937. A denominação atual figurou pela primeira vez na Carta Federal de 1946, mantendo-a as Constituições posteriores.

Do final do século XIX ao presente o Tribunal de Justiça viu o número de seus integrantes aumentar de 5 para 50, oportunizando a desejável especialização de câmaras que se está a advogar.

3 EVOLUÇÃO DAS CÂMARAS JULGADORAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diga-se desde logo que a especialização das câmaras seguiu em paralelo ao apuramento da especialização das varas no âmbito civil, antes restritas às tradicionais Fazenda e Família, em Santa Catarina também engendrada no final do século passado, conforme assinalou João José Schaefer (2001, p. 5):

> Paralelamente, o Tribunal – a partir de vitoriosa experiência em seu próprio âmbito – está procurando implantar a especialização das varas cíveis, que começou em Joinville, por iniciativa de seus próprios juízes, com apoio dos advogados e dos integrantes do Ministério Público, e agora, já com o respaldo da Lei Complementar Estadual n. 211, de 25 de julho de 2001, de iniciativa do Tribunal, será levada a outras comarcas.

Todavia, a trajetória dos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça catarinense precede em muito a especialização, o que não é de espantar num colegiado iniciado com cinco membros, presidente incluído, e que hoje ostenta cinco dezenas de integrantes, além dos juízes de segundo grau, que atuam exclusivamente como desembargadores substitutos. Em sua instalação, sublinhe-se, a Corte estadual não possuía divisão em câmaras ou turmas:

> Em 1891, quando da instalação do Superior Tribunal de Justiça, o único órgão de julgamento era o próprio Tribunal em sua composição plena. E nem poderia ser diferente. Composto de cinco (5) membros, entre os quais o Presidente, que não era contemplado na distribuição dos recursos, e o Procurador da Soberania do Estado, escolhido entre os Desembargadores, que somente tomaria parte, na condição de julgador, "no julgamento dos feitos que não estiver impedido", conforme, em relação a este julgador, estatuía o artigo 98 do Decreto n. 104, de 19 de agosto de 1891, a Corte não poderia, ainda que assim tivessem pretendido os seus componentes, subdividir-se em Câmaras julgadoras (FERNANDES NETO, 2000, p. 280).

O Superior Tribunal de Justiça foi instalado em Desterro com cinco integrantes. A Constituição Estadual de 25 de agosto de 1935 e a Lei Estadual n. 60, de 10 de janeiro de 1936 (dispunha sobre a organização judiciária estadual), que fizeram aumentar o número de desembargadores para nove, assim como o Regimento Interno de 19 de junho de 1936, nada previam quanto ao funcionamento fracionado do então Tribunal de Apelação. Todavia, a virada de 1940 assistiu a mudanças significativas, com a criação da Primeira Câmara[9] e da Segunda Câmara[10], como narra Tycho Brahe Fernandes Neto (2000, p. 280-281):

> Em 1940, por força do preceituado no artigo 15 do Decreto-Lei n. 431, de 19 de março (denominado Lei de Organização Judiciária), o Tribunal de Apelação teve a sua estrutura judicante modificada. A partir de então passou a ser composto "de duas Câmaras, com as denominações de 1ª e 2ª Câmara, organizadas pela forma que o Regimento Interno determinar", contando, cada uma das Câmaras, com "quatro juízes, inclusive o seu presidente", como decorria do parágrafo único do artigo supracitado.

9 Primeira composição da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça (1940): João Medeiros Filho (presidente), Silveira Nunes, Urbano Salles e Henrique Fontes.

10 Primeira composição da Segunda Câmara do Tribunal de Justiça (1940): Gil Costa (presidente), Gustavo Piza, Alfredo Trompowski e Guilherme Abry.

Para o fim deste trabalho é importantíssimo anotar, ainda com o mesmo autor (2000, p. 282), a competência igualitária:

> A existência de duas Câmaras, no entanto, não determinou a divisão do trabalho em áreas específicas, pois ambas as Câmaras eram competentes para o julgamento da matéria civil e da criminal (excetuados os pedidos de *habeas corpus*, com os recursos decorrentes, e revisão criminal, da competência do Tribunal Pleno), conforme decorria do artigo 94 do citado Decreto-lei n. 431, segundo o qual "os feitos, logo que protocolados, serão distribuídos entre as Câmaras, na Secretaria do Tribunal, alternadamente, obedecendo a rigorosa igualdade".

Logo em seguida ou, para ser mais exato, com a promulgação do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941), mostrou-se necessário, pela primeira vez (daí configurando-se ineditismo), especializar as recém-criadas câmaras julgadoras, o que foi feito pelo Decreto-Lei Estadual n. 614, de 2 de março de 1942, subscrito pelo interventor, Nereu Ramos. A Primeira transformou-se em Câmara Civil[11], e a Segunda, em Câmara Criminal[12]. Legislação de 1952 (Lei n. 634, de 4 de janeiro) manteve essa fórmula, mas a Lei n. 1.552, de 31 de outubro de 1956, modificando a precedente, elevou o número de desembargadores para onze, distribuindo-os em três câmaras, agora com duas cíveis[13], prenúncio das Câmaras Civis Reunidas[14], que – como a Segunda Câmara Civil – passaram a funcionar no ano seguinte, absorvendo competência do Tribunal Pleno. Ainda com essa configuração, foi só a partir de nova elevação do número de desembargadores – agora por via de emenda constitucional, em 1973 – que foram criadas a Terceira Câmara Civil[15], no

11 Primeira composição da Câmara Civil do Tribunal de Justiça (1942): Erico Torres (presidente), Alfredo Trompowski, Guilherme Abry e Silveira de Sousa.

12 Primeira composição da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (1942): Gil Costa (presidente), Urbano Salles, Henrique Fontes e Guedes Pinto.

13 Primeira composição da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça (1957): Patrocínio Gallotti (presidente), Adão Bernardes e Trompowski Taulois.

14 Primeira composição das Câmaras Civis Reunidas do Tribunal de Justiça (1957): Osmundo Nóbrega (presidente), Alves Pedrosa, Ivo Guilhon, Patrocínio Gallotti, Adão Bernardes e Trompowski Taulois.

15 Primeira composição da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça (1973): Aristeu Schiefler (presidente), Waldyr

próprio ano de 1973, bem como a Segunda Câmara Criminal[16], em 1975, dando azo às Câmaras Criminais Reunidas[17], instaladas, como a Segunda Criminal, em 1976. Ainda com Câmara Especial, que nas férias coletivas julgava *habeas corpus* e pedidos de liminares em mandados de segurança, chegou o Tribunal de Justiça à década de 1980 (FERNANDES NETO, 2000, p. 287-297).

A Constituição Estadual de 1989 estatuiu, em seu art. 82, que o Tribunal seria composto de no mínimo 27 desembargadores. No limiar do preenchimento dos cargos, o Ato Regimental n. 2/89 instituiu Órgão Especial[18] com os 15 desembargadores mais antigos, e criou a Quarta Câmara Civil[19], o que demandou nova hierarquização das quatro câmaras civis, organizadas pela ordem em dois Grupos de Câmaras, Primeiro[20] e Segundo[21], todas subordinadas à Seção Civil (sucessora das Câmaras Civis Reunidas), cada um desses órgãos julgadores com competência originária ou recursal especificada em normas regimentais (FERNANDES NETO, 2000, p. 297-299).

Taulois e Geraldo Salles.

16 Primeira composição da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (1976): João de Borba (presidente), Francisco May Filho e Ivo Sell.

17 Primeira composição das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça (1976): João de Borba (presidente), Marcílio Medeiros, Trompowski Taulois, Rubem Costa, Francisco May Filho, Ivo Sell e Tycho Brahe.

18 O Ato Regimental n. 2/89 instituiu o Órgão Especial (posteriormente extinto pelo Ato Regimental n. 59/03) na esteira do disposto no art. 93, XI, da Constituição Federal e no art. 78, XI, da Constituição do Estado, com número originário de 15 integrantes – ressalvada, pelo parágrafo único (depois renumerado para § 1º) de seu art. 2º, a participação de todos os desembargadores de então. A primeira composição do Órgão Especial do Tribunal de Justiça foi: Thereza Tang (presidenta), Francisco May Filho, Eduardo Luz, Ayres Gama, Reynaldo Alves, Aloysio Gonçalves, Tycho Brahe, Hélio Mosimann, Napoleão Amarante, Nauro Collaço, Ernani Ribeiro, Protásio Leal Filho, João Martins, Xavier Vieira, Wilson Guarany, Rubem Córdova, Norberto Ungaretti, Marcio Batista, Wladimir d'Ivanenko e Cid Pedroso.

19 Primeira composição da Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça (1990): Francisco May Filho (presidente), José Bonifácio, João José Schaefer e Nestor Silveira.

20 Primeira composição do Primeiro Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça (1990): Eduardo Luz (presidente), Hélio Mosimann, Napoleão Amarante, Protásio Leal Filho, João Martins, Xavier Vieira, Rubem Córdova e Francisco Oliveira Filho.

21 Primeira composição do Segundo Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça (1990): Wilson Guarany (presidente), Norberto Ungaretti, Cid Pedroso, João José Schaefer, Eder Graf, Nestor Silveira, Alcides Aguiar e Gaspar Rubik.

4 BALANÇO DA ESPECIALIZAÇÃO: RACIONALIZAÇÃO E PRODUTIVIDADE

Foi a partir desse quadro que a ideia de especializar as câmaras civis do Tribunal de Justiça – otimizando os esforços de seus integrantes, aprimorando a segurança jurídica interna (ao sinalizar a jurisprudência para o primeiro grau) e externa (ao mostrar-se firme para a sociedade nas diversas matérias), e, não bastasse, dotando o Judiciário Estadual de capacidade de fluxo para lidar com a avalanche de processos – passou a ganhar força, a rigor com base no "Programa Mínimo para um Novo Judiciário", de 1999, como informa João José Schaefer (2007, p. 25).

Não é menos verdade que novo aumento do número de desembargadores, a par de oferecer as condições objetivas para tanto, foi o que ofertou oportunidade de ouro para o salto qualitativo a ser experimentado. De 27, a composição do Tribunal de Justiça passou para 40 por força do art. 1º, *caput*, da Lei Complementar Estadual n. 195, de 22 de maio de 2000, com provimento gradativo dos cargos. Foi então que o Ato Regimental n. 41/2000 – diminuindo o número de membros por câmara, de quatro para três, e criando a Quinta[22] e a Sexta[23] Câmaras Civis – lançou a especialização com as seguintes balizas: a Primeira e a Segunda com competência civil propriamente dita (família, obrigações etc.); a Terceira e a Quarta com competência comercial (falência, direito bancário etc.); e a Quinta e a Sexta com o direito eminentemente público (mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, matéria tributária etc.). Foi mantida a Seção Civil, assim como foram mantidos o Primeiro e o Segundo Grupos de Câmaras Civis, que passaram a chamar-se, respectivamente, Grupo de Câmaras de Direito Civil e Grupo de Câmaras de Direito Comercial (art.

22 Primeira composição da Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça (2000): João Martins (presidente), Gaspar Rubik e Volnei Carlin.

23 Primeira composição da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça (2000): Francisco Oliveira Filho (presidente), Newton Trisotto e Luiz Cézar Medeiros.

8º do Ato Regimental n. 41/2000). A Quinta e a Sexta Câmaras Civis, então criadas, foram agrupadas no novel Terceiro Grupo de Câmaras Civis, que recebeu a denominação – pelo art. 9º – de Grupo de Câmaras de Direito Público[24].

Houve aqui certa discrepância de nomenclatura, porque enquanto as câmaras isoladas mantiveram os nomes "Câmaras Civis", aos grupos em que elas se fundiam foi dada denominação já atinente à matéria ("de Direito Civil", "de Direito Comercial", "de Direito Público"). Tal discrepância perduraria até a edição do Ato Regimental n. 57/2002, que direcionou os nomes das Câmaras Civis aos nomes dos Grupos de Câmaras dos quais elas faziam parte. Assim, a Primeira e a Segunda "Câmaras Civis" (com competência de direito civil propriamente dito) passaram respectivamente a Primeira e Segunda "Câmaras de Direito Civil"; as antigas Terceira e Quarta "Câmaras Civis" (com competência de direito comercial) passaram respectivamente a Primeira e Segunda "Câmaras de Direito Comercial"; e a Quinta e a Sexta "Câmaras Civis" (com competência do chamado direito público) passaram respectivamente a Primeira e Segunda "Câmaras de Direito Público". Foram mantidos os grupos correspondentes, assim como seu enquadramento na Seção Civil.

Entretanto, o Ato Regimental n. 57/2002 não se resumiu a isso: dado que o Ato Regimental n. 47/2001, à vista do provimento de cargos oriundos da Lei Complementar Estadual n. 195/2000, houvera incrementado o número de integrantes das então Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Câmaras Civis (tidas como de matéria mais volumosa que da Quinta e Sexta), a norma de 2002 igualou novamente o número de integrantes das câmaras não criminais em três desembargadores, criando também um novo órgão julgador em cada um dos três Grupos de Câmaras. Surgiram,

24 Primeira composição do Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça (2000): João Martins (presidente), Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik, Newton Trisotto, Volnei Carlin e Luiz Cézar Medeiros.

pois, a Terceira Câmara de Direito Civil[25], a Terceira Câmara de Direito Comercial[26] e a Terceira Câmara de Direito Público[27].

Ainda um novo e substancial incremento no número de desembargadores, estipulado agora em 50 pelo art. 1º da Lei Complementar Estadual n. 388, de 25 de julho de 2007, engendrou o aumento de mais uma câmara em cada grupo de câmaras não criminais, o que teve lugar no Ato Regimental n. 85/2007: Quarta Câmara de Direito Civil[28], Quarta Câmara de Direito Comercial[29] e Quarta Câmara de Direito Público[30]. Esse Ato Regimental também criou a Terceira Câmara Criminal[31] e redesignou as vetustas Câmaras Criminais Reunidas, idealizadas na reforma de 1975 e instaladas efetivamente em 1976, como Seção Criminal do Tribunal de Justiça (art. 6º).

É importante ressaltar que a ocasião favorável descortinada pela criação da Terceira Câmara Criminal lamentavelmente não foi aproveitada para especializar competências na seara criminal, o que é plenamente possível.

Na área cível, no entanto, como era previsível, a elogiável racionalização dos trabalhos provocada pela especialização resultou desde o início em aumento expressivo da produtividade da Corte – logo no alvorecer do novo século. Seu impacto foi verdadeiramente notável e as dificuldades,

25 Primeira composição da Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça (2003): Wilson Nascimento (presidente), José Volpato e Marcus Túlio Sartorato.

26 Primeira composição da Terceira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça (2003): Trindade dos Santos (presidente), Cercato Padilha e Fernando Carioni.

27 Primeira composição da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça (2003): Anselmo Cerello (presidente), Rui Fortes e Cesar Abreu.

28 Primeira composição da Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça (2007): Trindade dos Santos (presidente), Nelson Schaefer Martins e Monteiro Rocha.

29 Primeira composição da Quarta Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça (2007): Lédio Rosa de Andrade, Carstens Köhler e João Henrique Blasi.

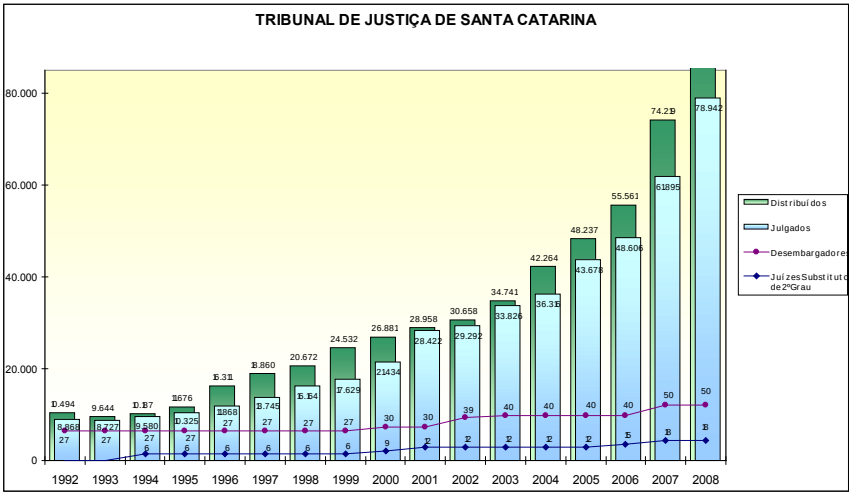
30 Primeira composição da Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça (2007): Anselmo Cerello (presidente), Cláudio Dutra e Jaime Ramos.

31 Primeira composição da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (2007): Gaspar Rubik (presidente), Torres Marques e Alexandre d'Ivanenko.

naturais. Assim se pronunciou João José Schaefer (2001, p. 5), desembargador-vice-presidente à época:

> No Tribunal de Justiça, a especialização das câmaras cíveis, antiga aspiração dos desembargadores, que contou com o apoio do Presidente Xavier Vieira e a Vice-Presidência projetou, coordenando sua implantação, medida que o Des. Newton Trisotto, em improviso no Órgão Especial, considerou a "novidade mais vitoriosa nos últimos anos no Tribunal", possibilitou um incremento notável no número de julgamentos da Corte, já mostrando resultados palpáveis, não obstante ter começado somente em 6 de setembro de 2000 e se completado em fevereiro de 2001, quando seis câmaras cíveis passaram a trabalhar, duas em Direito Público, duas em Direito Comercial e duas em Direito Civil.

Da Seção de Estatística[32] da Diretoria Judiciária extrai-se o seguinte panorama, que indica com clareza a ascensão da produtividade do Tribunal de Justiça – processos distribuídos X processos julgados – à luz do número de magistrados oficiantes:



32 Consigna-se especial agradecimento ao Chefe da Seção, Cláudio Wilmar Lichtenfels, pela disponibilização.

Tenha-se em foco especialmente a relação processos distribuídos *versus* processos julgados observada após o ano 2000, quando a especialização foi traçada pelo Ato Regimental n. 41. "Contra fatos não há argumentos" e "os números não mentem" são ditados populares que bem se aplicam. Perceba-se que nos anos imediatamente subsequentes (leia-se 2001, 2002 e 2003) o número de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina praticamente emparelhou o número de processos distribuídos, atraindo uma realidade completamente nova, em que o Judiciário deixa de ser depósito de esperanças vãs. Foi só em 2004, com acentuado aumento na distribuição em relação ao ano anterior (de 32.700 para 42.200), que os esforços mais uma vez foram frustrados pelas circunstâncias.

Embora a esta altura já seja impossível negar a – ou mesmo tergiversar a respeito da – proporcionalidade direta que enlaça especialização de competências e produtividade judicante (a acrescentar ainda segurança jurídica, tema que foge a estas linhas), há também um outro aspecto que chama a atenção: um olhar mais atento ao desenrolar dos números ao longo dos últimos anos – aquinhoados primeiro com a especialização de câmaras e depois com um aumento expressivo no número de magistrados de segundo grau – mostra que o acréscimo de juízes ocasiona um aumento de produtividade desproporcional à especialização de competências, notadamente se ponderado com o alto custo que lhe é inerente.

5 PELA SUPERESPECIALIZAÇÃO

Em recente sessão administrativa do Tribunal Pleno (20-9-2008), quando se discutia a instalação de Câmara Regional em Chapecó para dar vazão ao comando do art. 125, § 6º, da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004), a desembargadora Maria do Rocio lembrou que a especialização de câmaras já estava prevista na atual Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Loman (Lei

Complementar n. 35, de 14 de março de 1979), que é ainda da década de 1970.

Sem embargo, pelo *caput* de seu art. 101 a Loman desde logo previu que os tribunais se agrupassem em turmas e câmaras cuja especialização adviria de lei ou mesmo de normas regimentais: "Os Tribunais compor-se-ão de Câmaras ou Turmas, especializadas ou agrupadas em Seções especializadas. A composição e competência das Câmaras ou Turmas serão fixadas na lei e no Regimento Interno".

É incrível que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tenha levado mais de duas décadas para aperceber-se e usufruir das evidentes vantagens de funcionar por meio de câmaras especializadas. O Ato Regimental n. 41/2000 é, sem dúvida, um divisor de águas na história da Justiça do Estado. O só fato de ainda se encontrar em vigor, conquanto já com meia dúzia de atos regimentais incidentes, demonstra suficientemente essa ascendência.

A bem da verdade, o Ato Regimental n. 41/2000 compõe-se de três eixos fundamentais: a subdivisão da vice-presidência (que logo depois, com os Atos Regimentais n. 47 e 48, ambos de 2001, receberia ainda o terceiro vice-presidente); a diminuição do número de integrantes das câmaras de julgamento, de quatro para três desembargadores; e a especialização dos órgãos fracionários. Ao lado dos dois últimos, sobreleva também o valor estratégico do primeiro, que não deve ser subvalorizado, pois a vice-presidência há tempos pedia por readequação de funções, uma vez que seu ocupante, tendo de substituir o presidente nas hipóteses regimentais e admitir ou não os recursos especiais e extraordinários, por muito tempo ainda participou do julgamento dos processos, recebendo distribuição paritária em relação aos demais desembargadores.

O caráter renovador do Ato Regimental n. 41/2000 não pode ser colocado em dúvida. Além de resgatar a vice-presidência da inviabilidade,

revolucionou a administração do segundo grau de jurisdição em Santa Catarina, compatibilizando-o com os desafios da massificação dos litígios postos em juízo, ao otimizar a composição das câmaras e especializar as competências.

Entretanto, a melhora experimentada deve ser tida como ponto de partida, não como ideal alcançado. A própria redação da divisão de competências (arts. 3º e 6º) abre um horizonte de promissoras possibilidades.

As câmaras de direito civil julgam recursos e feitos originários de direito privado que envolvam "matérias de Direito Civil, inclusive Direito de Família e Acidentes do Trabalho, vinculadas à seguridade social, ações de responsabilidade civil por ato ilícito e todos os feitos envolventes de questões de natureza processual em relação às matérias indicadas"; as câmaras de direito comercial apreciam recursos e feitos originários de direito privado, relacionados com "Direito Comercial, inclusive Direito Falimentar e todas as causas relativas a obrigações ativas ou passivas de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas"; e, por fim, as câmaras de direito público julgam "recursos ou ações originárias de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios, bem como os feitos relacionados com atos que tenham origem em delegação de função ou serviço público, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas, bem como as ações populares e as civis públicas". Na competência das câmaras de direito público ainda se incluem "os recursos referentes às ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização de danos morais e materiais pela prática de ato ilícito relacionado aos serviços públicos, tarifas e

contribuições compulsórias do Poder Público ou pelas concessionárias de serviço público e as que envolvam outros entes federados".

Veja-se que a superespecialização, se fácil de vislumbrar na área criminal (crimes de trânsito, crimes contra a vida ou execução penal, por exemplo), poderá suscitar polêmica mais aguda na Seção Civil, que abrange as câmaras de direito civil, as de direito comercial e as de direito público.

Isso evidentemente não impede que se imagine, nas câmaras de direito civil, subdividir direito de família, de um lado, e acidentes do trabalho, de outro, compensando-se com os demais processos; assim como nas câmaras de direito comercial, com direito falimentar concentrado em uma só câmara, ou ainda os títulos de crédito. Mas é sem dúvida nas câmaras de direito público que a superespecialização faz enxergar reais condições de um novo salto quantitativo e qualitativo, ao permitir julgamento de matérias semelhantes, a exemplo de mandados de segurança contra autoridades de trânsito. Ao mesmo tempo, temas que demandam grande especificidade técnica, como no direito tributário ou mesmo em ações constitucionais, teriam seus contornos delineados por apenas uma ou duas turmas de desembargadores, conferindo um norte ainda mais seguro aos julgadores de primeiro grau, que galgariam novos patamares na almejada escala da segurança jurídica.

6 REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Cristina Mendes. *Princípios de direito administrativo*: guia didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts.

103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 4 set. 2008.

———————. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 14 set. 2008.

CABRAL, Oswaldo Rodrigues. *História de Santa Catarina*. 4. ed. Florianópolis: Lunardelli, 1994.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12. ed. São Paulo: USP, 2004.

FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *História do Judiciário Catarinense*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. *Última instância.* São Paulo, 28 nov. 2005. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=22108>. Acesso em: 19 set. 2008.

GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional.* Forense: Rio de Janeiro, 1958.

JORNAL DE BELTRÃO. Obituário de Francisco Gutierrez Beltrão. Biografia publicada no Jornal de Beltrão. Disponível em: <http://www.jornaldebeltrao.com.br/pop-up/obituario.asp?id=99>. Acesso em: 1º set. 2008.

MEDEIROS, Marcílio João da Silva. Um século de trabalho e justiça. In: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*: um século 1891/1991. Florianópolis: Editograf, 1991. p. 101-113.

MELLO, Ivo Guilhon Pereira de. *Relatório dos trabalhos realizados em 1942, acompanhados de mapas estatísticos e sugestões, apresentado ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Apelação do Estado de Santa Catarina, pelo Juiz de Direito, Dr. Ivo Guilhon Pereira de Mello.* Porto União: Tipografia São José, 1942.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA FILHO, Francisco José Rodrigues de. A dissolução do Tribunal. In: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*: um século 1891/1991. Florianópolis: Editograf, 1991. p. 153-154.

SANTA CATARINA (Estado). Constituição (1989). Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/especial/constituicao.doc>. Acesso em: 3 set. 2008.

———————. Lei Complementar Estadual n.195, de 22 de maio de 2000. Altera o número de Desembargadores do Tribunal de Justiça, na forma do parágrafo único do art. 82 da Constituição do Estado. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2000/195_2000_lei_complementar.doc>. Acesso em: 4 set. 2008.

———————. Lei Complementar Estadual n. 388, de 25 de julho de 2007. Altera o número de Desembargadores do Tribunal de Justiça, na forma do parágrafo único do artigo 82 da Constituição do Estado. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2007/388_2007_lei_complementar.doc>. Acesso em: 5 set. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. *Histórico do Poder Judiciário de Santa Catarina*. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/museu/historico.htm>. Acesso em: 29 ago. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Ato Regimental n. 41/2000. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/atos/atosregimentais.htm#41/00>. Acesso em: 11 set. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Órgão Especial. Ato Regimental n. 47/2001. Dispõe sobre o número de membros das 4 (quatro) primeiras Câmaras Civis e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/atos/atosregimentais.htm#47/01>. Acesso em: 1º dez. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Presidência. Resolução n. 10/04-GP. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/mutirao/legislacao/resolucao200410.htm>. Acesso em: 6 set. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Presidência e Corregedoria-Geral da Justiça. Resolução Conjunta n. 02/07-RC. Disponível em: <http://presidencia.tj.sc.gov.br/documentos/Resolucao/2007/Rc/res0207rc.doc>. Acesso em: 6 set. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Ato Regimental n. 41/2000. Altera a estrutura do Tribunal, com a criação e instalação de novos órgãos julgadores e a definição de suas respectivas competências, para atender ao crescente volume de seus serviços. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/atos/atosregimentais.htm#57/02>. Acesso em: 8 set. 2008.

———————. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Ato Regimental n. 2/1989. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/institucional/normas/atos/atosregimentais.htm#02/89>. Acesso em: 29 ago. 2008.

SCHAEFER, João José Ramos. Atualidades processuais e um rápido panorama da Justiça no Estado. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, n. 94, p. 3-17, jul./ago. 2001. Revista do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

————————. A especialização das câmaras civis e a criação da 2ª Vice-Presidência do TJSC. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, n. 114, p. 25-30, abr./set. 2007. Revista do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

SERRA, Fernando Antônio Ribeiro. *Gestão estratégica nas organizações públicas*: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TESSLER, Marga Inge Barth. A nova gestão pública no Judiciário. *Revista do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*, Curitiba. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=44>. Acesso em: 15 set. 2008.

VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. ...desde o Brasil-Colônia. In: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*: um século 1891/1991. Florianópolis: Editograf, 1991. p. 122-151.

LEI N. 11.690/2008: SOBRE A PROVA CRIMINAL E A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Marílio Moreira Leite*

A Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, modificou alguns artigos do Código de Processo Penal relativos à prova testemunhal e pericial.

Sem maior pretensão senão contribuir, com um mínimo, para melhor compreensão das novas normas, passaremos, a seguir, à análise de cada um dos artigos modificados, ressaltando algumas peculiaridades suscetíveis de interpretações diversificadas.

> 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.

A primeira frase — "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova" — era a redação do artigo 157. O acréscimo – "produzida em contraditório judicial" — consagrou na legislação o princípio do contraditório, pelo qual é indispensável a presença do juiz. Aliás, princípio não respeitado em lei posterior, a de n. 11.719, de 20 de junho de 2008, que, ao criar a absolvição sumária (art. 397), admitiu que o convencimento do juiz tenha por base provas não colhidas sob o contraditório judicial, haja vista o contido no item I, que determina a absolvição quando existir manifesta "causa excludente da ilicitude do fato".

* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ao proibir que o juiz fundamente sua decisão em provas colhidas somente nos "elementos informativos", possibilita, no entanto, que eles possam (tenha-se em conta a expressão "exclusivamente") dar algum apoio ao que foi obtido judicialmente, nuança admitida há muito tempo, conforme lição de José Frederico Marques (1980, p. 194):

> Poderá o juiz basear o seu livre convencimento, para condenar o réu, em peças do inquérito policial? De modo algum, pois o proíbe o artigo 153, § 16, da Constituição. No entanto, se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum*, que se colherem no inquérito, forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, complementarmente (e apenas complementarmente), a sua decisão se os fatos apurados no inquérito se entrosarem como dados circunstanciais, a provas colhidas na instrução realizada no processo.

Ao mencionar o artigo 153, § 16, o autor refere-se à Constituição Federal de 1969, de seguinte redação: "A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu". Ou, conforme o decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1955, p. 130), há mais de cinquenta anos:

> O inquérito policial não é peça inútil no processo, como quer a defesa, salvo quando se prova que foi feito irregularmente, mediante coação ou fraude da autoridade, contra o acusado, as testemunhas ou os peritos. Pelo contrário, constitui valioso elemento informativo, porque colhe os fatos sob o calor ainda dos acontecimentos, diante das feridas ainda sangrando da vítima; porque surpreende o acusado sob a emoção da violência cometida, sem ter tempo de ordenar as idéias para justificar-se; porque apanha as testemunhas refletindo o flagrante real do que viram ou ouviram, sem tempo de tomarem posição no processo, pró ou contra o réu, como geralmente acontece quando, meses depois vem a juízo, já então sob a influência de solicitações de toda a ordem, de conveniências pessoais, de ameaças e até de suborno. No inquérito não há interferência das partes, e se não se demonstrou que a autoridade policial foi facciosa, não há

> como negar-lhe valor probante, em consonância com os demais elementos de convicção colhidos em juízo, e com a certeza moral do julgador.

Tenha-se em conta, no entanto, a última parte do referido artigo: "as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Seriam aquelas decorrentes de perícia, em geral não repetíveis, em que o fator tempo é fundamental ao seu exato dimensionamento.

Foi acrescentado parágrafo único ao artigo 155 — matéria que, antes, correspondia ao *caput* —, com a determinação de que "somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
>
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação é repetição da anterior, salvo o constante no item I. Ora, antes de iniciada a ação penal, o juiz não toma conhecimento de atos investigatórios, exceto nas hipóteses de requerimento de prisão preventiva, temporária ou em flagrante. Assim, a "produção de prova antecipada" deverá ser requerida pela parte interessada, contudo não é viável seja determinada de ofício, como constante da última parte do artigo em análise. Aliás, trata-se de complementação ao final do art. 155, "ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Por razões óbvias, tal prova, a ser requerida e se deferida pelo juiz, não necessitará do princípio do

contraditório, como por exemplo a escuta telefônica ou a busca domiciliar (Constituição Federal, art. 5º, incisos VII e XI).

O item II é repetição do que já constava no art. 156 em sua antiga redação: cabe ao juiz, antes de proferir sentença, ou no curso da instrução, determinar de ofício "diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

Art. 157 – Este artigo, antes com a redação do atual art. 155, passou a ter o seguinte texto: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Tal proibição também está agasalhada pela Constituição da República, no art. 5º, inciso LVI: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Pelo princípio da inadmissibilidade, as provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos, consoante expressamente determinado no art. 157. A preocupação do legislador de que a prova ilícita não tenha nenhuma influência na decisão da causa foi expressa no § 4º, vetado por determinar que "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão". As razões do veto: "O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso"[1].

> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas

1 Mensagem n. 350, de 9 de junho de 2008.

> e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
>
> § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
>
> § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.
>
> § 4º Vetado [dizia respeito à proibição de que o juiz que tivesse tomado conhecimento da prova ilícita proferisse sentença. O assunto foi tratado quando analisado o artigo 157].

DO EXAME DO CORPO DE DELITO, E DAS PERÍCIAS EM GERAL

O art. 159 impõe que o exame de corpo de delito seja realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Na antiga redação, sob o mesmo número, era exigido que o exame fosse realizado por "dois peritos oficiais", sem nenhuma menção a diploma de curso superior.

A exigência de curso superior deveria ser em relação à matéria objeto da perícia. Todavia, não é, haja vista o disposto no § 1º:

> Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Ora, se a preferência é com relação às pessoas que possuam curso superior na área específica, a regra geral diz respeito, tão somente, à existência de curso superior. A exigência de curso superior nem sempre se coadunará com o objetivo da perícia, pois, para opinar, por exemplo, acerca de possível defeito em automotor, não raras vezes um mecânico estará melhor habilitado do que um engenheiro mecânico. Tudo dependerá do caso concreto. Tenha-se em conta que perito pode ser qualquer pessoa que tenha conhecimentos específicos sobre determinada área.

§ 2º — Não sendo oficial, o perito deverá prestar compromisso "de bem e fielmente desempenhar o encargo."

§ 3º — Foi criada a figura do assistente técnico, a ser indicado pelos interessados, se assim o desejarem. Também agora se permite às partes a formulação de quesitos.

§ 4º — O assistente técnico, admitido pelo juiz, funcionará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo.

§ 5º — Em dois itens, este parágrafo enumera o que é permitido às partes em relação à perícia no decorrer do processo judicial:

I – ouvida do perito para esclarecimento ou para resposta a quesitos, dês que as questões sejam suscitadas com a antecedência de dez dias, respostas que podem ser apresentadas em laudo complementar. O prazo estabelecido é em relação às audiências previstas nos artigos 400 e 531.

II – indicação de assistente técnico (se não o fizerem na fase do art. 159, § 3º), o qual poderá apresentar parecer no prazo fixado pelo juiz ou ser ouvido em audiência.

§ 6º – Se as partes desejarem, o material probatório que serviu de base à perícia, "salvo se for impossível", será conservado para ser examinado pelo assistente.

§ 7º – Perícias complexas, que abranjam várias áreas de conhecimento, admitem a nomeação de mais de um perito oficial, assim como de mais de um assistente técnico.

Não sendo o perito oficial, aplicar-se-á o disposto no artigo 159, § 1º.

Do ofendido

Art. 201 – O legislador processual penal sempre considerou de suma importância o depoimento do ofendido, tanto que sua ouvida, se

possível, é obrigatória. Presente, "será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações". Competirá ao juiz, como responsável pela regularidade do processo, providenciar tal procedimento. Embora nada exista a respeito, diferentemente do que é prescrito para o plenário do júri (art. 473), as partes deverão ter oportunidade de formular perguntas ao ofendido.

§ 1º — Não comparecendo, sem motivo justo, apesar de devidamente intimado, o ofendido poderá ser conduzido coercitivamente à audiência. Dificilmente essa solução — condução coercitiva — poderá ser concretizada na mesma audiência. Outra, sem dúvida, deverá ser designada.

§ 2º — Impõe-se a comunicação ao ofendido dos "atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem". A medida tem a finalidade de informar a vítima sobre a situação prisional do réu para que ela, se assim entender, e se for o caso, procure nos órgãos competentes a segurança que lhe é devida.

§ 3º — As comunicações a que se refere o parágrafo anterior devem ser entregues no endereço fornecido pelo ofendido; podem também ser realizadas por meio eletrônico, se o ofendido desejar.

§ 4º — Assegura, na audiência, lugar especial para o ofendido, separado dos demais.

§ 5º — A critério do juiz, o ofendido poderá ser encaminhado "para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado". Evidentemente, é disposição de difícil concretização, salvo no que diz respeito à assistência jurídica, pois o ofensor estará sujeito a indenizar os danos causados pelo crime após a sentença condenatória com trânsito em julgado (art. 91, inciso I, do Código Penal). Assim, o ofensor somente estará

sujeito ao ônus daqueles tratamentos se os problemas forem decorrentes do ato delituoso. Quanto ao Poder Público, não é desconhecido que o serviço prestado nas áreas referidas é ineficiente.

§ 6º — Visa à preservação da "intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido", admitindo até mesmo "segredo de justiça" com relação a todos os dados ou esclarecimentos que o exponham à sociedade.

DAS TESTEMUNHAS

Art. 210 – Afirmando o óbvio – "as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si", este artigo impõe que, no decorrer das declarações, uma testemunha não ouça o que a outra diz, para evitar qualquer influência no respectivo depoimento. Nessa oportunidade, o juiz esclarecerá acerca do crime de falso testemunho.

Parágrafo único – Também as testemunhas, como o que foi prescrito para o ofendido, deverão ocupar espaço reservado, de modo a garantir a incomunicabilidade.

Art 212 – Diversamente do que ocorria, as partes inquirirão diretamente as testemunhas, sob a fiscalização do juiz, que não admitirá perguntas "que puderem induzir a resposta", bem como as que "não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida".

Parágrafo único – Ao juiz caberá, complementarmente, inquirir sobre pontos não esclarecidos.

Contrariamente ao que consta no artigo 473 (redação que lhe deu a Lei n. 11.689/2008), referente à instrução no plenário do júri, quando foi reservado ao juiz papel mais atuante, pois poderá inquirir as testemunhas antes que as partes o façam.

Art. 217 – A videoconferência, medida a que alguns têm restrições, deve ser utilizada no caso de a presença do réu causar "humilhação, temor,

ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento". A retirada do réu da audiência somente se fará se impossível a inquirição por aquele meio. Facilmente se pode deduzir o exagero de tal disciplinamento, assegurando um direito a quem nada fez para merecê-lo. É mais racional a solução prevista no artigo 497, VI, que atribui ao Presidente do Tribunal do Júri o poder de "mandar retirar da sala o acusado que dificultar a realização do julgamento, o qual prosseguirá sem a sua presença"; aliás, similar à antiga redação do art. 217:

> Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor. Neste caso deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

Parágrafo único – Deverão constar do termo a medida determinada bem como as razões que a motivaram.

DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

Art. 386 – Este artigo enumera as causas de absolvição. Foram mantidas as três primeiras, que são:

"I – estar provada a inexistência do fato;

"II – não haver prova da existência do fato;

"III – não constituir o fato infração penal".

Nova redação foi dada ao inciso IV: "estar provado que o réu não concorreu para a infração penal".

O inciso V também teve nova redação: "não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal".

As causas de exclusão de crime e isenção de pena, antes mencionadas no inciso V, passaram a compor o inciso VI com a nova redação, as quais

devem ser acolhidas se comprovadas, ou mesmo "se houver fundada dúvida sobre sua existência". Assim, não basta qualquer dúvida. É indispensável que seja vigorosa, suscetível de levar quase à certeza. Aliás, situação enquadrável no inciso VII: "não existir prova suficiente para a condenação".

O parágrafo único do artigo 386, no inciso II, que determinava cessação "das penas acessórias provisoriamente aplicadas", passou a referir-se à cessação "das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas". É que não mais existem penas acessórias, anteriormente previstas no artigo 67 do Código Penal, as quais poderiam ser aplicadas, antecipadamente, no curso da ação penal (antiga redação do artigo 71 do Código Penal). Agora, o inciso diz respeito às medidas de natureza processual, como por exemplo a prisão preventiva, bem como às providências acauteladoras previstas em lei, tal como na denominada Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, art. 23).

Art. 2º (da Lei em análise) – Ajusta a situação dos peritos não possuidores de diploma de curso superior, permitindo que continuem atuando "exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos".

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Juarez de Oliveira. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]; e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v.1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação criminal n. 8.664, da comarca de Videira. Relator: Belisário Ramos da Costa. Florianópolis, 29 de novembro de 1955. Jurisprudência Catarinense — 1955.

DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS E DEFESA COLETIVA DE DIREITOS

Ricardo Bruno Fontenelle*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Direitos difusos e coletivos e direitos individuais homogêneos: distinções. 3 Instrumentos de defesa de direitos coletivos. 4 Instrumentos de defesa coletiva de direitos individuais homogêneos. 5 Defesa coletiva de direitos individuais pelo Ministério Público. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o legislador pátrio nos premiou com inúmeros mecanismos destinados aos chamados direitos e interesses difusos e coletivos e ao tratamento processual da tutela coletiva de direitos.

Contudo, devemos ter em mente que para correta utilização desses mecanismos processuais devemos saber conceituá-los e distingui-los, para evitar sua má utilização.

Quando nos referimos a direitos coletivos, de forma ampla, estamos nos referindo a direitos difusos e coletivos *strictu sensu,* sendo o termo coletivo utilizado como adjetivo do termo direito, caracterizando uma espécie peculiar de direito, que pode ser tanto difuso como coletivo em seu sentido restrito.

* Advogado, especialista em direito processual civil e professor universitário – Fortaleza/CE.

Enquanto que, ao tratarmos de direitos individuais homogêneos, falamos de direitos individuais em sua essência, não podendo se confundir, por obviedade, com direitos coletivos. O que ocorre é que, por tratarmos de direitos individuais assemelhados, o legislador achou por bem estabelecer mecanismos processuais para que esses possam ser defendidos coletivamente, instituindo tutelas coletivas de direitos.

É mister, portanto, além de sabermos conceituá-los corretamente, estabelecermos os meios corretos para sua tutela, individualizando as ferramentas processuais adequadas para a defesa dos direitos coletivos, difusos, e individuais homogêneos.

2 DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: DISTINÇÕES

2.1 Direitos difusos

A fim de mostrar a diferença existente entre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, faremos uma abordagem dos dispositivos legais e ensinamentos de alguns doutrinadores sobre o conceito desses direitos.

Segundo a Lei n. 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, em seu art. 81, inciso I, são "interesses ou direitos difusos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato".

Salienta Hugo Nigro Mazzili (2000), quando discorre sobre direitos difusos:

> Os interesses só são verdadeiramente difusos se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela

> televisão, ou os lesados por uma degradação ambiental em toda uma região do País).

Para referido autor, a abrangência dos direitos difusos pode ser verificada das seguintes formas:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com interesse público, como o meio ambiente; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo de espécie, mas que não se confundem com o interesse geral da coletividade como um todo; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantém conflitos entre si (interesses difusos conflitantes).

No dizer de Motauri Cocchetti de Souza, temos que:

> Em outras palavras, podemos conceituar interesses difusos como aqueles pertencentes a um número indeterminado de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão ligadas entre si por um vínculo fático.
>
> Do conceito que traçamos podemos extrair as características dos interesses difusos: a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e a existência de um vínculo fático ligando os sujeitos entre si (SOUZA, 2000).

Difusos são os direitos ou interesses indivisíveis pertencentes a grupos indetermináveis de pessoas unidas por situação de fato, como, por exemplo, a poluição causada por uma fábrica, que atinge um número indeterminável de moradores causando doenças e inúmeros prejuízos ao meio ambiente. Consideram-se também direitos difusos os direitos do consumidor; a proteção do meio ambiente; a saúde; a educação, dentre outros.

2.2 Direitos coletivos

A Lei n. 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor, também conceitua direitos coletivos no seu art. 81, inciso II. Dispõe que interesses

ou direitos coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, tendo por base uma relação jurídica.

Na concepção de Moutari Ciocchetti de Souza:

> Assim, são peculiares aos interesses coletivos a determinação dos sujeitos, que formam uma unidade (grupo, categoria ou classe), a indivisibilidde do objeto e a existência de um vínculo ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária (SOUZA, 2000).

Direitos coletivos são os direitos ou interesses indivisíveis pertencentes a grupos determinados de pessoas unidas por situação jurídica. Ex.: participantes de um grupo de consórcio, que foram "agraciados" com o aumento ilegal das prestações.

2.3 Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos longe ainda se encontram de um conceito e entendimento unânime, o que dificulta a sua tutela através dos entes legalmente legitimados.

A doutrina se divide ao classificar tais direitos, havendo quem os coloque como espécie dos direitos transindividuais. Contudo, apesar de homogêneos, são direitos individuais, que, pela própria compreensão do termo, não caberia se falar de direitos individuais transindividuais.

Para Motauri Ciocchetti de Souza:

> Não obstante, podemos definir interesses individuais homogêneos como aqueles que dizem respeito a um número determinado de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligadas entre si por um vínculo fático da origem comum das lesões.
>
> Do conceito traçado extraímos as características dos interesses individuais homogêneos: determinação dos lesados, divisibilidade do objeto e a existência de vínculo fático entre os sujeitos,

> identificado pela origem comum das lesões por todos sofridas (SOUZA, 2000).

O direito individual homogêneo distingue-se do direito coletivo por estarem as partes vinculadas a uma situação de fato, enquanto o direito coletivo trata de uma relação jurídica. Diferencia-se ainda dos direitos difusos, cujos titulares são indetermináveis e o objeto indivisível, enquanto no direito individual homogêneo os sujeitos são determinados ou determináveis e o objeto divisível.

Podemos concluir que direitos individuais homogêneos tratam-se de direitos divisíveis, pertencentes a grupo determinado ou determinável de pessoas, unidas por uma situação de fato, decorrentes de uma origem comum. Esta origem comum não significa unidade temporal e factual. Exemplo, quando uma indústria ao fabricar um novo produto de cosmético, ou mesmo um produto já existente, fabrica com imperfeição e em consequência o lote respectivo causa prejuízo ou dano aos consumidores de vários estados da Federação Brasileira.

3 INSTRUMENTOS DE DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS

Como instrumentos processuais para defesa dos direitos transindividuais e indivisíveis temos a ação civil pública e a ação popular. Falaremos sobre alguns aspectos processuais das duas ações, apresentando suas peculiaridades.

3.1 Ação civil pública

Finalidade: destinada a instrumentar demandas preventivas, cominatórias, reparatórias e cautelares de quaisquer direitos e interesses difusos e coletivos. O art. 1º da Lei n. 7.347/1985, nos informa que é do âmbito de sua abrangência a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; aos bens e direitos de valor

artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à ordem urbanística; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo e por infração da ordem econômica e da economia popular.

O art. 3º dessa mesma lei informa que a ação pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Quando houver condenação em dinheiro, reza o art. 13 que a indenização reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade. Os valores levantados para estes fundos reverterão em prol dos bens lesados.

Quando a ação tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a condenação será da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, independentemente de requerimento do autor (art. 11).

Competência: o art. 2º da Lei n. 7.347/1985 nos informa que a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorrer o dano, sendo a prevenção tratada em seu parágrafo único, quando diz que a propositura da ação prevenirá o juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Legitimados: o art. 5º da lei define os legitimados para propor a ação civil pública, que são o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, as associações instituídas há pelo menos 1 ano e que tenham como suas finalidades a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Previsão legal: a ação civil pública foi instituída pela Lei n. 7.347/1985. Posteriormente, algumas outras leis foram editadas para regular casos específicos de interesses difusos e coletivos, como, por exemplo,

a Lei n. 7.853/1989 (que regula os interesses das pessoas portadoras de deficiência), a Lei n. 8.069/1990 (que trata das crianças e adolescentes) e a Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Todas essas leis posteriores se valem dos mecanismos apresentados pela Lei n. 7.347/1985, dela se utilizando subsidiariamente. A própria Lei n. 7.347/1985 se vale subsidiariamente do Código de Processo Civil naquilo que não contrarie suas disposições.

Efeitos da sentença: dispõe o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, porém nos limites da competência territorial do órgão julgador, exceto quando improcedente por insuficiência de provas, quando então qualquer legitimado poderá intentar outra ação com igual fundamento, porém, trazendo novas provas para amparar seu pleito.

O art. 15 da citada lei nos traz a possibilidade de que os demais legitimados para propor a ação civil pública executem a sentença, quando o seu autor não o fizer nos 60 dias subsequentes ao seu trânsito em julgado.

3.2 Ação popular

Conceito: Hely Lopes Meirelles nos informa que

> ação popular é o meio posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos (MEIRELLES, 1997, p. 87).

Previsão constitucional: o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal reza que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Finalidade: a defesa de interesses difusos e coletivos, e poderá ser utilizada tanto de forma preventiva (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos), quanto de forma repressiva (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).

Para tanto, o ato ou a omissão do poder público deve ser, obrigatoriamente, lesivo ao patrimônio público, seja por ilegalidade, seja por imoralidade. O Supremo Tribunal Federal, por seu pleno, no julgamento da ADIn n. 769/MA, em medida cautelar, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, asseverou que a ação popular é destinada "a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade da moralidade administrativa".

Legitimação ativa: somente o cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 21 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular. Os estrangeiros, as pessoas jurídicas e aqueles que tiverem suspensos ou declarados perdidos seus direitos políticos não poderão interpor a ação popular. Vale ressaltar que a superveniente perda da condição de cidadão não será obstáculo para o prosseguimento da ação.

Importante frisar que para o menor de 18 anos não se faz necessário o instituto da assistência, visto se tratar de um direito político, tal qual o direito de voto. Observe-se ainda que o domicílio eleitoral diverso não prejudica a interposição da ação popular.

O Ministério Público não possui legitimação para interpor ação popular, podendo atuar, no entanto, como fiscal da lei, e na responsabilização civil e criminal dos responsáveis pelo ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

Legitimação passiva: os sujeitos passivos da ação popular são diversos, prevendo a Lei n. 4.717/1965, em seu art. 6º, § 2º, a obrigatoriedade de citação das pessoas jurídicas públicas, tanto da administração direta quanto

da indireta, inclusive das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado, e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato.

Competência: rege a competência para processar e julgar as ações populares as regras constitucionais e legais, determinando-se pela origem do ato a ser anulado. O Supremo Tribunal Federal não possui competência originária em matéria de ação popular, nem mesmo quando o ato for proveniente das autoridades cujos atos estejam diretamente sujeitos a sua jurisdição.

Efeitos da sentença: a procedência da sentença da ação popular resulta na invalidade do ato impugnado; condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos; condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios; produção de efeitos de coisa julgada *erga omnes*.

Porém, quando a ação for julgada improcedente por infundada, a sentença produzirá efeitos de coisa julgada *erga omnes*, permanecendo válido o ato. Já, se for julgada improcedente por deficiência probatória, permanece a validade do ato impugnado, mas não terá eficácia de coisa *erga omnes*, podendo ser ajuizada nova ação popular, com o idêntico objeto e fundamento, mas baseada em novas provas. Nesses casos de improcedência, o autor ficará isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé.

4 INSTRUMENTOS DE DEFESA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos individuais, em regra, só podem ser defendidos em juízo por seus próprios titulares. Assim é o que dispõe o art. 6º, CPC: "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Então, temos que somente a lei poderá autorizar que ocorra substituição processual, e por se tratar de exceção, os dispositivos legais que assim disponham devem ter interpretação restrita.

Diferente ocorre com os direitos difusos, que, por não terem titulares determinados, são defendidos por substitutos processuais como regra.

Os direitos individuais homogêneos têm seus titulares determinados e por isso só permitem a substituição processual nos casos permitidos em lei, e em caráter de exceção.

Quando as associações defendem interesses individuais homogêneos dos seus associados, elas atuam por meio da representação, e devem possuir autorização específica de cada associado.

O art. 46, CPC, autoriza ainda que titulares de direitos homogêneos atuem em litisconsórcio ativo facultativo, havendo a possibilidade de o juiz restringir o número de litigantes quando o número de litisconsortes comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.

A exceção à regra, ou seja, a substituição processual em se tratando de direitos individuais homogêneos ocorre em dois institutos previstos em nosso ordenamento: o mandado de segurança coletivo e a ação civil coletiva, ambos analisados nos próximos tópicos.

4.1 Mandado de segurança coletivo

Previsão Constitucional: o art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal criou o mandado de segurança coletivo, com a mesma finalidade do individual, qual seja, a proteção de direito líquido e certo, pois, como salientou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 162/934),

> em se tratando de mandado de segurança, é imprescindível a demonstração de que o ato ilegal da autoridade prejudicou direito subjetivo, líquido e certo do impetrante, ou de seus representados, o caso de mandado de segurança coletivo.

Trata-se de novidade no âmbito de proteção aos direitos e garantias fundamentais, e poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A sua instituição no ordenamento jurídico facilitou o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e consequente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas.

O mandado de segurança coletivo terá por objeto a defesa dos mesmos direitos que podem ser objetos do mandado de segurança individual, porém direcionado à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, englobando os direitos coletivos em sentido estrito, os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, contra ato ou omissão ilegais ou com abuso de poder de autoridade, desde que presentes os atributos da liquidez e certeza.

Legitimação ativa e passiva: como já mencionado acima, ocorre no mandado de segurança coletivo a substituição processual. A Constituição

Federal legitima a impetrar o *writ*, atuando em substituição processual: partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Como explicitado no inciso I, art. 5º, CF/1988, para que o partido político se legitime basta que possua no mínimo 1 parlamentar no Congresso Nacional, seja deputado federal ou senador. A existência de apenas suplentes nos quadros do partido não o legitima.

As organizações sindicais, entidades de classe ou associações deverão aglutinar os seguintes requisitos: estar legalmente constituídos, existência há pelo menos 1 ano e pleitearem a defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Contudo o STF, de acordo com seu informativo n. 154, no julgamento do RE n. 198.919-DF, 1ª turma, tendo como relator o Min. Ilmar Galvão, entende que

> tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevida a exigência de 1 ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações, nos termos do art. 5º, XXXI, *b*, *in fine*, da CF.

Ainda de acordo com o STF, no julgamento do RE n. 181.438-1/SP, pleno, relator Min. Carlos Velloso, temos que

> o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

Importante observar que, apesar do direito defendido pelo *writ* dever estar compreendido na titularidade dos associados e de que ele exista em razão das atividades exercidas pelos associados, ele não necessita ser peculiar, ou próprio, da classe.

O STJ, 1ª secção, no julgamento do mandado de segurança n. 197/DF, relator Min. Garcia Vieira, entendeu que

> quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles.

Apesar dessa interpretação restrita da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, temos que sua legitimidade deve ser ampla, alcançando situações onde se demonstre o interesse da sociedade, pois os partidos políticos dentro da estrutura do Estado Democrático de Direto assumem papel de relevância política, servindo como forma de expressão de determinadas parcelas da sociedade que lhe depositam representatividade para defender seus interesses na estrutura dos poderes Executivo e Legislativo. Por tudo isso, a legitimidade dos partidos políticos não pode assumir os contornos da legitimidade que se apresenta para as associações privadas.

Quanto aos sindicatos ou associações legitimadas, o ajuizamento do mandado de segurança coletivo exige a existência de um direito subjetivo comum aos integrantes da categoria, não necessariamente com exclusividade, mas que demonstre manifesta pertinência temática com os seus objetivos institucionais.

Para que uma associação impetre mandado de segurança em favor de seus associados não é necessária prévia e específica autorização, bastando uma autorização genérica em seus estatutos.

Diferentemente ocorre no inciso XXI, art. 5º, CF/1988, que prevê a possibilidade das associações representarem seus associados judicialmente ou extrajudicialmente mediante expressa (e prévia) autorização. Aqui se trata de representação, enquanto no mandado de segurança coletivo trata-se de substituição processual.

Quanto à legitimidade passiva tem-se as mesmas regras atinentes ao mandado de segurança individual, observando-se que, se os beneficiários da ordem estiverem em áreas de atuação diversas, deve ser considerada autoridade coatora aquela que tiver atribuição sobre as demais, ainda que não tenha praticado específica e concretamente o ato impugnado.

Por se tratar de substituição processual e não de representação, não há necessidade de se constar na petição inicial os nomes de todos os beneficiários. Apenas quando da execução da ordem, o beneficiário deve comprovar pertencer à entidade beneficiária, bem como se enquadra na situação fática descrita no mandado de segurança. A decisão da ação mandamental abrangerá todos os associados, independentemente de terem-se associado antes ou depois da impetração do *mandamus*, ou até mesmo durante a execução de sua decisão.

Mandado de segurança coletivo X mandado de segurança individual: o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, por um dos legitimados constitucionalmente, não impedirá a utilização do mandado de segurança individual, desde que presentes os requisitos constitucionais. Ocorre que haverá uma relação de continência e conteúdo, que culminará ou na extinção por litispendência do processo de mandado de segurança individual superveniente ao coletivo, ou na reunião de ambos, por continência, pe-

rante o juízo do mandado de segurança coletivo, quando este for ajuizado em segundo lugar.

4.2 Ação civil coletiva

Previsão legal: o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 91 a 100, prevê outra hipótese de defesa coletiva de direitos subjetivos individuais, diferente na prevista para a defesa dos direitos coletivos e difusos.

Competência: reza o art. 93 da Lei n. 8.078/1990 que, ressalvada a competência da Justiça Federal, será competente a justiça local do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, e quando de âmbito nacional ou regional, será competente o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Diferentemente ocorre quando se tratar de direitos difusos e coletivos, tendo aplicação a regra do art. 2º da Lei n. 7.347/1985, onde será competente o foro do local onde ocorrer o dano, tendo prevalência a regra inscrita no art. 109, § 9º, CF/1988, que dispõe que mesmo quando se tratar de entes federais, em não havendo juízo federal no local, prorroga-se a competência para o juízo do local do dano, sendo exceção os casos previstos no ECA, que obedecem à regra própria do seu art. 209. Desta forma, em se tratando de direitos abrangidos pelo art. 93, CDC, quando presentes entes federais que deslocam a competência para justiça federal, essa será a competente, mesmo quando no local do dano não houver vara federal, quando, então, a ação deverá se processar na vara federal da capital do estado.

Objeto: podemos distinguir duas espécies de limitações dos objetos que podem ser demandados via ação civil coletiva:

> Quando tratarmos de direitos coletivos e difusos, o objeto será amplo, abrangendo tanto os direitos coletivos relacionados ao consumidor, quanto todos aqueles relacionados no art. 1º da Lei n. 7.347/1985, quais sejam, os relacionados ao meio ambiente,

> aos bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, paisagístico, turístico e qualquer outro interesse difuso e coletivo.
>
> Quando tratarmos de direitos individuais homogêneos, o objeto estará restrito a responsabilidade por danos individualmente sofridos por consumidores, em sua relação com fornecedores.

Natureza da pretensão: exceto pela possibilidade prevista no art. 51, § 4º, da Lei n. 8.078/1990 (onde o Ministério Público, sempre a requerimento do consumidor ou de entidade que o represente, poderá ajuizar ação com o fim de obter uma declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie a lei ou que desequilibre a relação de consumo), as ações civis coletivas visam a uma condenação, portanto, as suas sentenças são condenatórias, conforme reza o art. 91, da mesma lei, quando dispõe que a ação visa à responsabilização pelos danos sofridos pelos consumidores.

Ação de cumprimento: conseguida sentença condenatória, caberá à vitima ou aos seus sucessores a liquidação e a execução da sentença, que poderão promovê-la até o prazo de um ano, quando então decairão do seu direito, legitimando as pessoas previstas no art. 82.

Nesta hipótese, prevê o art. 100, parágrafo único, que o produto da indenização reverterá para fundo criado pela Lei n. 7.347/1985.

O art. 98, CDC, ainda prevê que a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, mas nessa hipótese não em substituição processual, mas representando as vítimas.

Ação coletiva e ação individual – Autonomia: o art. 103, inc. III, CDC, ao tratar da coisa julgada, nos informa que, nas ações civis coletivas, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido. O § 2º do mesmo artigo dispõe que, no caso de improcedência do pedido, as vítimas que não tiverem intervindo na ação civil coletiva poderão propor ação de indenização a título individual.

Contudo, para que se possam usufruir os efeitos *erga omnes* decorrentes da sentença favorável da ação civil coletiva, é necessário que aquele que propor ação individual peça a sua suspensão, a contar do prazo de trinta dias a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Limitações – natureza da tutela e providências cautelares: é plenamente possível que, nas ações civis coletivas, o juiz profira providências cautelares. Deve-se observar que as ações civis coletivas se limitam ao processo de conhecimento, haja vista que a execução deverá ser proposta pela vítima ou seus sucessores, ou coletivamente, no caso do art. 98, não mais por substituição processual, mas, sim, por representação. Assim sendo, as medidas cautelares da ação civil coletiva serão obtidas no processo de conhecimento, e não poderão vincular, de forma necessária, o patrimônio jurídico do substituído, uma vez que este poderá decidir pela não execução da sentença, ou simplesmente ingressar individualmente contra o réu.

Litispendência: conforme se depreende do art. 104, CDC, não há litispendência entre a ação civil coletiva e a ação individual proposta pela vítima. O que ocorre é a conexão (mesma causa de pedir, dado que o pedido na ação individual é mais abrangente, incluindo uma condenação de conteúdo mais específico), que importará na prevenção do juízo da ação coletiva.

Coisa julgada: como já se mencionou acima, o art. 103, II, CDC, prevê o efeito de coisa julgada, para o caso de procedência da ação civil coletiva. Neste caso, os efeitos da coisa julgada incidem apenas sobre a certeza de que a obrigação do réu existe, devendo as vítimas buscar a liquidação do *quantum* nas ações de cumprimento.

Exceção à regra da coisa julgada se faz em dois casos, quais sejam:

Quando a vítima ingressar na ação civil coletiva como litisconsorte, na forma prevista no art. 94, CDC. Nesse caso, a coisa julgada atingirá o litisconsorte inclusive no caso de improcedência.

Quando a vítima não suspender no prazo legal a ação individual, quando em curso ação civil coletiva (art. 104, parte final, CDC), não se faz coisa julgada em relação a sua ação, mesmo no caso de procedência da ação coletiva.

5 DEFESA COLETIVA DE DIREITOS INDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Previsões legais

O Ministério Público está autorizado a atuar na defesa coletiva de interesses individuais nos seguintes casos previstos em lei:

> Na defesa dos consumidores, art. 91 e 92, Lei n. 8.078/1990;
>
> Na defesa de investidores no mercado de valores imobiliários, Lei n. 7.913/1989;
>
> Na defesa de credores de instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial, art. 46, Lei n. 6.024/1974.

5.2 Constitucionalidade

O art. 127, CF/1988, nos informa a competência do *Parquet*, e lhe atribui a defesa dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, não fazendo referência aos direitos individuais disponíveis.

Contudo, em análise sobre os três casos em que a lei legitima o Ministério Público a defender interesses individuais, percebemos que ela o faz somente de forma que o provimento jurisdicional obtido seja uma sentença genérica, impessoal, ou seja, de forma que a sentença nessas ações seja liquidada e executada de forma individual. Na verdade, a lei, ao legitimar tais atividades pelo Ministério Público visa muito mais ao interesse social do que o interesse individual de cada lesado.

Na medida em que o *Parquet* atua nessas ações, o interesse social é defendido, pois a sociedade, de forma geral, tende a se ressentir quando o poder econômico impera livremente sobre a parcela mais desprotegida da população, que se não poder se respaldar com o poder público atuando em sua defesa, não conseguirá se igualar na defesa jurídica de seus interesses.

Contudo, de acordo com a jurisprudência do STJ, não cabe ao Ministério Público atuar na defesa dos interesses individuais homogêneos nos casos não previstos expressamente em lei. Somente, excepcionalmente, quando em jogo o interesse social, e de acordo com o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvido, é que se poderia autorizar a sua atuação. Nesses casos, caberia ao Poder Judiciário autorizar tal defesa, que deve ocorrer sempre como substituição processual, e o provimento jurisdicional deve ser obtido de forma genérica e não individual.

6 CONCLUSÕES

Quando nos referimos a direitos coletivos, de forma ampla, estamos nos referindo a direitos difusos e coletivos *strictu sensu,* enquanto que, ao tratarmos de direitos individuais homogêneos, falamos de direitos individuais em sua essência.

São interesses ou direitos difusos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

Interesses ou direitos coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, tendo por base uma relação jurídica.

Os direitos individuais homogêneos não possuem um conceito e entendimento unânime, contudo, apesar de homogêneos, são direitos individuais. Direitos individuais homogêneos tratam-se de direitos divisíveis,

pertencentes a grupo determinado ou determinável de pessoas, unidas por uma situação de fato, decorrentes de uma origem comum.

Como instrumentos processuais para defesa dos direitos transindividuais e indivisíveis temos a ação civil pública e a ação popular.

Os direitos individuais, em regra, só podem ser defendidos em juízo por seus próprios titulares. Os direitos individuais homogêneos têm seus titulares determinados e por isso só permitem a substituição processual nos casos permitidos em lei, e em caráter de exceção. A exceção à regra, ou seja, a substituição processual em se tratando de direitos individuais homogêneos ocorre em dois institutos previstos em nosso ordenamento: o mandado de segurança coletivo e a ação civil coletiva.

O Ministério Público está autorizado a atuar na defesa coletiva de interesses individuais somente nos casos previstos em lei e quando presente o interesse social, mas nestes casos dependerá da autorização do Poder Judiciário. O provimento jurisdicional obtido nessas ações coletivas é uma sentença genérica, impessoal, em que a liquidação e a execução serão promovidas de forma individual pelo titular do direito.

7 REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. *Mandado de segurança*. São Paulo: Dialética, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MAGALHÃES, Ednéa Teixeira. *A função institucional do ministério público e a defesa dos direitos individuais homogêneos*. Fortaleza, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O ACESSO À JUSTIÇA NA DIMENSÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM GARANTISTA

Sérgio Luiz Junkes*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O direito fundamental ao "Acesso à Justiça". 3 O Conselho Nacional de Justiça: aspectos gerais. 4 A abordagem garantista. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Malgrado o Acesso à Justiça seja um direito fundamental, e a par de todos os investimentos e avanços legislativos e tecnológicos realizados, o sistema judicial nacional, visto como um todo, permanece moroso e distante da maioria das pessoas.

Esses problemas estruturais corroem a eficácia do Poder Judiciário brasileiro e a sua própria legitimidade perante a sociedade.

Assim é que, conforme dados recentes da DataUnB (MORAES, 2006), 68% da população alegam ter um baixo grau de conhecimento a respeito do Judiciário, enquanto 40% afirmam que a Justiça é morosa, e outros 25% acreditam que esta simplesmente não funciona. Essa percepção popular é plenamente justificada se observados os reflexos negativos decorrentes desse mau funcionamento do sistema judicial na própria economia. Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (GARCIA, 2006), a ineficiência na justiça é responsável pela redução em

* Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Joinville (SC). Doutorando em Direito pela UFSC.

25% da taxa de crescimento de longo prazo do País. Ainda, segundo a mesma pesquisa do IPEA, a existência de um sistema judicial eficiente no Brasil refletiria em um acréscimo de 0,8% na taxa de crescimento, em um aumento de 14% na taxa de produção nacional e de 10,4% na taxa de investimentos, e, outrossim, provocaria uma queda de 9,5% na taxa de desemprego. De acordo com o Banco Central, 20% da composição do spread bancário é devido à morosidade do Judiciário[1]. Não bastasse isso, mazelas como nepotismo, desperdício de recursos financeiros, de desvirtuamento da função judicial para objetivos políticos, de descumprimento de deveres funcionais por parte dos juízes sem nenhuma conseqüência aos faltosos, já há algum tempo ocupam grande espaço na mídia, conforme assevera Dallari (1996, p. 74).

Cichocki Neto[2] diagnostica esse quadro de ineficiência e de descrédito no Poder Judiciário como resultado da sua deficiente gestão administrativa e financeira, totalmente desvinculada dos anseios sociais de Acesso à Justiça.

Entrementes, com a incumbência de enfrentar esses problemas, é que foi criado, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça. Contudo, tendo em vista, de um lado, a enverga-

1 *Vide* notas técnicas do Banco Central do Brasil, n. 35, maio 2003. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/NotasTecnicas/Port/2003nt35sistemajudicialmercadocredbrasilp.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2007.

2 "Mas o que recrudesce enormemente os problemas do acesso à justiça e depende, fundamentalmente, de opções e decisões políticas no quadro da Política Judiciária, é a questão referente à distribuição dos órgãos de jurisdição pelo território. Nem a União, nos casos de sua atribuição; e, nem os Estados, conseguiram ainda solucionar satisfatoriamente os problemas relativos às respectivas organizações e divisões judiciárias. A ausência de uma política judiciária nos níveis federal e estadual propende a induzir à tomada de decisões sobre esse assunto de maneira mais ou menos aleatórias. De regra, tais decisões, importantíssimas à otimização dos serviços judiciários, são tomadas à míngua de dados estatísticos, através de métodos expedidos e que nem sempre coincidem com as verdadeiras necessidades da comunidade. A isso, colabora, ainda, o distanciamento da cúpula dos Tribunais dos jurisdicionados, porque, quase sempre, alheios às reais carências. Inexiste no sistema qualquer espécie de canal de comunicação, entre a sociedade e o Judiciário, capaz de, no mínimo, opinar sobre o funcionamento dos serviços judiciais. Normalmente, as mais importantes decisões políticas desse poder são tomadas, discricionária ou arbitrariamente, pela própria cúpula de direção, ou por algum de seus órgãos, as quais nem sempre são coincidentes com as aspirações e necessidades da população. Por isso, a criação de novas comarcas ou órgãos de jurisdição, quando perpetrada à vista de critérios expedidos e leigos, nem sempre fundados naquelas necessidades, acarreta evidentemente obstrução da atividade jurisdicional e, de conseqüência, a do acesso aos usuários à justiça em algumas localidades e ociosidade dos serviços judiciais, em outras" (CICHOCKI NETO, José. Limitações ao acesso à justiça. p. 102-103).

dura desses problemas, que são históricos e culturais, e, de outro, a certa incredulidade reinante desde o seu advento, principalmente por parte da magistratura, a questão que se põe é se o Conselho Nacional de Justiça conseguirá desincumbir-se dessa colossal missão. Constituir-se-á ele em um organismo capaz de realmente contribuir para a mudança desse cenário de sorte a promover a efetivação do Acesso à Justiça em solo brasileiro? Aliás, existe, de fato, alguma relação entre o Acesso à Justiça e a instituição do Conselho Nacional de Justiça? Durante o curto período de funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, é possível colher alguma evidência nesse sentido? Quais os elementos que limitam a eficácia formal e material do direito ao Acesso à Justiça no plano das atividades não especificamente jurisdicionais dos juízes, e de que forma é possível corrigi-los? Essas indagações compõem justamente o objeto desta singela pesquisa. Em resumo, com ela, pretende-se realçar os principais aspectos teóricos do direito fundamental ao Acesso à Justiça na dimensão do Conselho Nacional de Justiça, tendo como base o garantismo jurídico na perspectiva do direito constitucional brasileiro com enlace no direito processual. A investigação proposta desenvolver-se-á pelo método indutivo e centrar-se-á apenas no plano teórico-normativo, haja vista o estreito âmbito deste artigo.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO "ACESSO À JUSTIÇA"

Cappeletti e Garth estabelecem duas finalidades básicas que o sistema jurídico de reivindicação de direitos e resolução de litígios deve cumprir: acesso igual a todos e produção de resultados individual e socialmente justos. A observância simultânea desses dois fatores representa o que denominam Cappeletti e Garth de "Acesso à Justiça". Para que seja possível o "Acesso à Justiça", esse sistema deve não apenas estruturar-se de acordo com os ditames da Justiça Social, mas também servir como elo para a sua construção (CAPPELETTI e GARTH, 1988, p. 93). Por outro lado, a disponibilização e utilização igualitárias, segundo estes autores, significam

que aquele sistema jurídico tanto pode ser iniciado por qualquer pessoa como ser desenvolvido de forma equilibrada, com paridade de armas entre as partes (1988, p. 165).

O estudo de Cappeletti e Garth (CAPPELETTI e GARTH, 1988, p. 9) marca essa evolução do conteúdo da expressão "Acesso à Justiça", outrora identificado apenas como o acesso à tutela jurisdicional. Sob essa perspectiva, o Acesso à Justiça, nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, consistia apenas em um direito "formal" de propor uma ação ou contestá-la. Correspondia, portanto, a uma igualdade formal entre as pessoas. Ou seja, todos tinham acesso à proteção judicial, mas desde que cada qual arcasse com os custos. Porém, com a expansão daquelas sociedades em complexidade e tamanho, o caráter coletivo passou a imperar nas ações e nos relacionamentos, e o direito passou a consagrar essa evolução. Reconheceram-se, a partir daí, direitos e deveres sociais não só dos governos, mas também dos entes comunitários, associativos e dos indivíduos. Para esses novos direitos, dentre os quais o direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação, não bastava a mera proclamação. Exigiam efetividade e uma atuação, não passiva, mas positiva, por parte do Estado. E, com o advento das reformas propiciadas pelo Estado social, o Acesso à Justiça passou a figurar como o requisito fundamental de um sistema jurídico assentado no respeito ao valor "igualdade". Isso porque, para esse novo modelo estatal, passou a ser considerada inócua a proclamação de direitos se inexistentes os mecanismos adequados para reivindicá-los e garanti-los (1988, p. 11). O Acesso à Justiça, a partir daí, converteu-se em direito social básico, fundamental aos mecanismos adequados para fazer valer, com efetividade, os demais direitos existentes (1988, p. 12-14).

Resumindo o pensamento de Cappeletti e Garth, pode-se dizer que, em sentido amplo, o direito fundamental ao "Acesso à Justiça" corresponde tanto à necessidade de *universalização das vias de acesso* ao sistema judicial, como também à *efetividade* dos seus resultados.

Essa "efetividade", para Barbosa Moreira (1984, p. 27), caracteriza-se a partir do momento em que um processo judicial cumpra simultaneamente as seguintes metas:

> [...] primeiro, o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequada a todos os direitos; segundo, tais instrumentos devem se revelar praticamente utilizáveis por quem quer que se apresente como suposto titular desses direitos, mesmo quando seja indeterminado ou indeterminável o círculo dos sujeitos; terceiro, é necessário que se assegurem condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes a fim de que o convencimento do juiz corresponda, tanto quanto possível à realidade; quarto, o resultado do processo deve ser tal que permita ao vencedor o pleno gozo da utilidade específica assegurada pelo ordenamento; quinto, tais resultados devem ser atingidos com um mínimo dispêndio de tempo e de energia processual.

Dinamarco (2001, p. 270), na sua teoria da instrumentalidade do processo, ampliando a discussão sobre o tema, identifica a "efetividade" deste com a sua capacidade de realizar integralmente e em toda a plenitude os escopos jurídicos, políticos e sociais que norteiam a função jurisdicional.

O escopo jurídico reside na finalidade da jurisdição de atuar a vontade concreta do direito e não na composição da lide. Isso porque a composição da lide significa estabelecer a regra responsável por discipliná-la e solucioná-la no caso concreto. Todavia, antes da existência da lide essa regra já existia. Cumpre à jurisdição, portanto, promover a sua atuação. Em outras palavras, cabe à jurisdição manter-se fiel aos desígnios do direito material, a qual representa a projeção das escolhas políticas e sociais de uma comunidade (DINAMARCO, 2001, p. 209-211).

O escopo político tem o caráter de afirmar a capacidade estatal de impor as suas decisões de modo a dirigir o comportamento das pessoas de acordo com as mesmas regras de convivência compartilhadas. De outro lado, ao mesmo tempo que a jurisdição realiza a afirmação do poder estatal, presta-se também para freá-lo na medida em que lhe cabe salvaguardar as liberdades individuais e a dignidade da pessoa humana da sua interferência, bem como evitar que esta cause danos à vida do grupo social e ao desenvol-

vimento dos seus objetivos comuns. Além de promover o equilíbrio entre esses dois pólos, o escopo político também abrange um terceiro aspecto, que é o de canalizar a participação popular democrática, a qual tem um sentido de possibilitar que qualquer pessoa influa na tomada das decisões do poder político e, por conseguinte, nos destinos da sociedade política (DINAMARCO, 2001, p. 168-171).

Finalmente o escopo social consiste na justa pacificação dos conflitos e na finalidade educativa da jurisdição (DINAMARCO, 2001, p. 317). Essa finalidade educativa refere-se à conscientização dos membros da sociedade acerca das suas obrigações e direitos, inclusive o de reivindicá-los por meio do exercício eficiente da função jurisdicional. É essa eficiência que conduz à sua credibilidade social que, por sua vez, faz com que as pessoas tornem-se zelosas com os seus próprios direitos e responsáveis pelas observâncias dos alheios (DINAMARCO, 2001, p. 162). O outro aspecto é o que diz respeito à pacificação social. Segundo Dinamarco, é conseqüência normal e inevitável da vida em sociedade a eclosão de insatisfações, as quais estão ligadas à idéia de percepção de uma carência ou da ameaça de uma carência. Isso ocorre porque tanto quanto são infinitos o entrechoque de interesses entre as pessoas, são, de outro lado, finitos, os bens da vida sobre os quais incidem. A vida social, todavia, seria difícil se esses estados de insatisfação se perpetuassem sob a forma de decepções permanentes e inafastáveis. Por isso, o Estado, por meio da legislação, define as condutas favoráveis (lícitas) e desfavoráveis (ilícitas) à vida em comunidade, cominando recompensas e castigos (sanções) correspondentes. Além disso, por intermédio da jurisdição, o ente estatal fixa os critérios para que os bens da vida e situações almejados sejam acessíveis. Assim, evitam-se as condutas desagregadoras, estimulam-se as agregadoras e distribuem-se os bens entres as pessoas, criando, destarte, um clima favorável à paz entre as pessoas, sem insatisfações (DINAMARCO, 2001, p. 160). A eliminação dos conflitos por meio de critérios justos constitui o escopo jurisdicional social magno da justa pacificação social (DINAMARCO, 2001, p. 161).

Consoante Dinamarco, a efetividade do processo, como componente da idéia de Acesso à Justiça, compreende a idéia de que o sistema jurisdicional deva ser operacionalizado de modo que se possa "extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas" (DINAMARCO, 2001, p. 266-267).

De acordo com Rodrigues (2005, p. 285), a expressão "efetividade", além da satisfação jurídica requerida, significa que a prestação jurisdicional para ser justa deve ser tempestiva, ou seja, deve ser proferida "em um espaço de tempo compatível com a natureza do objeto litigado. Do contrário, torna-se utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito".

Especificamente no plano constitucional, o direito ao "Acesso à Justiça" condensa, em verdade, em um só tempo, um feixe de direitos fundamentais (RODRIGUES, 2005, p. 66). Para Dinamarco (2001, p. 304), "Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial".

Finalizando este tópico, com base nos aspectos anteriormente realçados, e por opção metodológica, para o fim investigatório proposto, o direito ao Acesso à Justiça é aquele que engloba os seguintes direitos fundamentais previstos na Constituição Federal: a) da inafastabilidade do Poder Judiciário ou da indeclinabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV); b) do devido processo legal (art. 5º, LIV); c) do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); e d) do prazo razoável na prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII).

3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: ASPECTOS GERAIS

Segundo o sociólogo Simon Schwartzmann (2004, p. 195), a chave para uma reforma significativa com vistas ao desenvolvimento econômico

afinado com o bem-estar social passa obrigatoriamente pela implementação combinada dos seguintes elementos: reforma institucional, mudança na legislação e desenvolvimento da capacidade de planejamento dos órgãos governamentais. Para ele, também,

> Instituições transparentes e de conhecimento intensivo são muito menos susceptíveis de ser conduzidas por políticas clientelistas e capturadas por grupos de interesse do que aquelas que permanecem fechadas ao olhar externo e sem uma comunidade de conhecimento comprometida com suas metas (SCHWARTZMANN, 2004, p.192).

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) representa uma verdadeira e significativa "reforma institucional" no plano do Judiciário, seguindo-se as diretrizes de Schwartzmann, uma vez que este passa a ser dotado, por força de emenda constitucional, de um organismo expressamente incumbido de controlar a sua atividade não-jurisdicional, com vistas na sua necessária transparência e abertura aos anseios sociais.

A criação do CNJ, por sua vez, é fruto de uma tentativa de superação da chamada "Crise do Judiciário"[3], que há tempo vem impondo uma postura dos juízes aberta e voltada aos anseios sociais[4].

3 "A crise do Poder Judiciário é, antes de tudo, uma história de desafios. Importante para o diagnóstico da crise, é extremar seus diversos aspectos: crise estrutural de um dos Poderes do Estado intervencionista e monopolizador, macrocéfalo e ineficiente; crise institucional que surgiu e se agravou no delicado jogo do equilíbrio entre os Poderes, com a transformação do Judiciário em mediador de crises políticas e árbitro de conflitos sociais; crise de mentalidade, pela inadequação do recrutamento e da formação do juiz para lidar com os novos conflitos, sociais e políticos, que é chamado a dirimir; crise dos mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional, crise dos cânones clássicos da responsabilidade do juiz" (grifos nossos) (GRINOVER, 1998, p. 27-28).

4 "A crise da justiça, do Judiciário e de seus juízes não há de ser vista apenas em sua faceta negativa, mas pode servir de estímulo, num enfoque prospectivo, para a resposta aos desafios, pela busca dos instrumentos e dos esquemas adequados a fazer face à realidade emergente. "Para tanto, podem servir a deformalização do processo e a deformalização das controvérsias (grifo no original); a aceitação do novo papel de árbitro político dos embates institucionais entre os demais Poderes, pelo Supremo Tribunal Federal; a assunção, pelos membros do Judiciário, de suas atribuições constitucionais, nos novos conflitos sociais; o esforço dos magistrados e de seus órgãos de classe para a necessária mudança de postura, que se fará com o auxílio de cursos de aperfeiçoamento, pela melhoria dos critérios e métodos de seleção e promoção, pela integração crescente dos tribunais por parte de leigos, tudo para quebrar o corporativismo e o enclausuramento dos juízes e para sensibilizá-los e prepará-los para os desafios dos novos tempos e a solução dos conflitos emergentes" (grifos nossos) (GRINOVER, 1998, p. 28).

O polêmico Conselho Nacional de Justiça (CNJ) brasileiro, fruto da "Reforma do Judiciário" instituída pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, tem por escopo o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (CF, art. 103-B, § 4º), sem interferir na atividade jurisdicional destes. Conceitualmente, de acordo com Flávio Costa (2001, p. 113-123), com relação à missão do CNJ, podem ser destacados quatro propósitos fundamentais: a) responsabilização disciplinar dos juízes pelas suas faltas funcionais; b) democratização das relações internas[5]; c) planejamento[6]; e d) publicidade e controle social[7].

Trata-se de um órgão que integra o próprio Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A), mas que, no entanto, apresenta entre os seus quinze membros, seis não oriundos da magistratura, dos quais, dois são do Ministério Público, dois são advogados e dois são cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados respectivamente pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal[8].

5 "A independência dos Juízes não é submetida somente a ameaças vindas de fora da instituição judiciária. Pressões internas, oriundas dos órgãos da cúpula do Poder, também podem comprometer a imparcialidade que se almeja como fator de legitimação das decisões judiciais. [...] consideramos que o Conselho Nacional de Justiça deve ser um instrumento de democratização das relações internas no Judiciário, atuando como Instância revisional de decisões administrativas dos Tribunais, bem como propiciando a participação de Juízes de primeira instância no debate e na deliberação acerca do planejamento e da gestão do Poder Judiciário" (COSTA, 2001, p. 119-120).

6 "[...] a atuação do Conselho Nacional de Justiça prestar-se-ia a combater uma espécie de 'feudalismo judiciário' [...] Esta anomalia manifesta-se na existência de um planejamento estratégico e global do Poder Judiciário, com sintomas bem evidentes, tais como: diferenças abissais no nível de informatização dos serviços e procedimentos; [...] existência de Varas com até cinqüenta vezes mais processos em tramitação do que outras, no mesmo ramo do Judiciário" (COSTA, 2001, p. 121).

7 "[...] é evidente que, sendo parcela da burocracia [...] a Magistratura é submetida a 'tentações' a ela ligadas. Como antídoto, atuam as regras – quase sem exceções – que dispõem sobre a publicidade dos processos judiciais. Contudo, permanecem expressivas partes do 'edifício' distantes das inspeções por parte do público, mormente as referentes ao estabelecimento de metas administrativas, à definição de prioridades institucionais e às informações que permitem analisar a real eficiência dos órgãos judiciais (em conjunto) e de cada julgador (singularmente considerado). Caberia então, ao Conselho Nacional de Justiça, ampliando – os aspectos mencionados – o controle social sobre o funcionamento do Poder Judiciário, produzindo e divulgando maciçamente relatórios analíticos acerca do desempenho deste ramo do Estado" (COSTA, 2001, p. 124).

8 A plena constitucionalidade da Emenda n. 45/2005 no tocante à criação do CNJ restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3367, relatada pelo Min. Cezar Peluso, publicada na p. 4, do Diário da Justiça da União, de 17-3-2006.

A estruturação mista do Conselho Nacional de Justiça brasileiro segue as mesmas linhas e vantagens dos modernos conselhos superiores de administração e gestão das magistraturas. Isso porque, estes, de acordo com Canotilho (2000, p. 665),

> [...] apresentam-se no figurino constitucional, como órgãos de defesa da independência externa dos magistrados relativamente a outros poderes estranhos à organização judiciária. No entanto, a sua composição indicia que não se trata de órgãos de autogoverno da magistratura ou do Ministério Público. A composição mista [...] aponta no sentido de órgãos independentes de administração da justiça mas sem as características dos esquemas organizatórios da "automovimentação corporativa", livres de qualquer ligação à representação democrática. Neste sentido se diz que eles "legitimam" a independência da magistratura furtando-a à "opacidade corporativo-institucional". Por outro lado, a presença de um número significativo de magistrados impede qualquer tentativa de politicização de órgãos que pela sua própria razão de ser se destinam a assegurar a independência externa das magistraturas.

A composição mista do CNJ brasileiro, com a participação de integrantes da sociedade, o conteúdo da sua missão e os instrumentos que a Constituição Federal lhe confere convergem tanto para o modelo ideal proposto por Cappeleti[9], voltado aos "consumidores" da Justiça, quanto para o de Habermas, em que tal se mostra como pressuposto de uma democracia forte baseada em uma cidadania ativa. Na teoria de Habermas, aliás, é imperativo que o sistema judicial propicie o Acesso à Justiça, e que cada membro da sociedade, como cidadão ativo, possa controlá-lo como um verdadeiro processo político[10].

9 "Justamente para remediar o risco da clausura corporativa, particularmente ameaçador numa magistratura de carreira, deve-se adotar, por isso, os instrumentos normativos, organizativos e estruturais que possam tornar a autonomia dos juízes aberta ao corpo social e, assim, às solicitações dos 'consumidores' do supremo bem que é a Justiça" (CAPPELLETTI, 1989, p. 91).

10 "Os direitos só se tornam socialmente eficazes quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc.). E a utilização do direito materializado levanta

O Acesso à Justiça, como se observa da leitura do art. 103-B da Constituição Federal, não é colocado expressamente sob a tutela do CNJ. Todavia, a presente pesquisa pretende demonstrar que se constitui aquele em verdadeiro princípio fundante do organismo e que, por isso, norteia tanto a sua estruturação como a sua atuação. Isso porque o CNJ, por meio das suas funções institucionais de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, pode corrigir e restringir comportamentos dissonantes com o escopo último de tornar o Acesso à Justiça simultaneamente efetivo e igualitariamente disponível a todos os que dele necessitarem.

Mirando-se nesses aspectos, propõe-se que o Conselho Nacional de Justiça constitui-se, ou pode vir a constituir-se, em instituição-chave tanto na construção de um modelo judicial fundado, e condicionado, no Acesso à Justiça como na remoção de óbices existentes a este respeito[11]. Ou seja, o CNJ seria uma instituição essencial à eficácia formal e material do direito fundamental ao Acesso à Justiça.

enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença, etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas do contexto da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte dos clientes de proteção. O contrapoder dos interesses sociais pode ser reforçado através da coletivização da imposição do direito (grifo original), isto é, através de medidas convencionais, tais como seguro de proteção jurídica, assunção dos custos dos processos, etc. O instrumento de demanda em nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como a criação de mediadores, de postos de arbitragem, etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados; seria preciso, no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o engajasse (grifo original) na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado Social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que ela mesma participe na construção do contrapoder articulando interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o status positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o status de cidadão ativo" (grifos nossos) (HABERMAS, 2003, p. 149).

11 Conforme Grinover, o direito de "Acesso à Justiça" implica, entre outras coisas, no "direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa" e, também, no "direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características" (grifos nossos) (GRINOVER, 1998, p. 9-10).

4 A ABORDAGEM GARANTISTA

Com base nas premissas já alinhadas no item anterior, e a fim de atingir o desiderato investigatório proposto, mostra-se viável a análise do problema sob o viés do garantismo. Isso porque o garantismo apresenta três âmbitos distintos, mas conexos entre si, todos eles necessários à abordagem da temática posta. Esses três âmbitos do garantismo, conforme explicitado por Luigi Ferrajoli (2006, p. 785-788), são os seguintes: a) teoria e crítica do direito em que há a distinção entre normatividade e realidade, entre validade, vigência e efetividade; b) modelo normativo substancial que prevê a existência de garantias não só formais mas efetivas dos direitos fundamentais dos cidadãos[12]; e c) uma filosofia política que preconiza a obrigação de justificação externa do direito e do Estado com base nessas garantias fundamentais, as quais lhe servem de fim[13].

Ou seja, segundo a abordagem garantista, seguindo-se a ordem dos três mencionados âmbitos, é simultaneamente possível: a) realizar uma crítica do direito fundamental ao Acesso à Justiça envolvendo tanto os seus aspectos legais como práticos; b) delinear os aspectos teóricos de um modelo normativo substancial de sistema judicial em que o Conselho Nacional de Justiça seja instrumento de garantia formal e efetiva do direito fundamental ao Acesso à Justiça; e c) estabelecer a necessidade de controle social sobre a atividade não jurisdicional dos juízes proporcionado pelo Conselho Nacional de Justiça como fator de justificação externa do direito e do Estado com base na garantia de efetivação do Acesso à Justiça, à qual serve de fim.

12 O garantismo, nessa acepção, identifica-se como modelo em que as práticas jurídicas sujeitam-se, formalmente e materialmente, aos conteúdos constitucionais dos direitos fundamentais (ROSA, 2002, p. 25).

13 Cademartori bem explicita essas acepções delineadoras da teoria do garantismo: "Em nível epistemológico, essa teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em conseqüências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político. Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de direito, ao qual os diversos Estados Reais de direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial" (CADEMARTORI, 2006, p. 230).

De acordo com Cademartori (2006, p. 101-102), constitui "pano de fundo teórico-geral do garantismo a importante distinção de quatro predicados imputáveis às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade):

> a) uma norma é "justa" quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extra-jurídico);
>
> b) uma norma é "vigente" quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
>
> c) uma norma é "válida" quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
>
> d) uma norma é "eficaz" quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).

O garantismo, em resumo, para fins desta pesquisa, é a teoria crítico-normativa vinculada ao Estado Democrático de Direito que situa a efetiva e substancial proteção e concretização do conteúdo dos direitos fundamentais dos cidadãos como o centro e a finalidade de qualquer sistema político-jurídico, e que os coloca, dessa forma, a salvo dos interesses das maiorias e do próprio Estado[14].

O Acesso à Justiça, segundo aqui se propõe, enquadra-se como uma prestação positiva (SARLET, 2004, p. 201), visto que exige do Estado a estruturação de um sistema judicial que produza efetivamente o Acesso à Justiça a todas as pessoas. Essas prestações positivas são próprias do Es-

14 "A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobretudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos apara a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado" (FERRAJOLI, 2006, p.792).

tado Social de Direito como o nosso[15]. O desenvolvimento dessa espécie de Estado em muito contribui para entender tanto a falta de efetividade conferida ao Acesso à Justiça até os dias de hoje como a falta de um controle eficaz sobre a atividade não jurisdicional dos juízes, que os conduzem a uma situação de injustificável privilégio. Isso porque, conforme Ferrajoli (2006, p. 796),

> [...] o desenvolvimento (do Estado Social) surgiu, em grande parte, com o simples alargamento dos espaços de discricionaridade dos aparatos burocráticos, o jogo sem regulação dos grupos de pressão e das clientelas, a proliferação das discriminações e dos privilégios, bem como das sedes extralegais, não controladas e ocultas dos poderes público e parapúblico.

Entrementes, segundo Ferrajoli (2006),

> Não foi ainda, em suma, nem teorizado nem realizado um Estado social de direito, isto é, caracterizado – antes que por concessões – por obrigações taxativamente estabelecidas e sancionadas, de direitos claramente definidos e acionáveis com respeito aos órgãos públicos exatamente individualizados, e, portanto, pela certeza, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas.

A abordagem garantista, portanto, tem o compromisso de contribuir para o suprimento dessa lacuna teórico-normativa própria do Estado Social de modo a tornar efetivo e deduzível em juízo o dever público decorrente das prestações positivas constantes do catálogo de direitos fundamentais. Na pesquisa proposta, sob essas mesmas premissas, pretende-se contribuir com subsídios teóricos para que o Acesso à Justiça, por meio da garantia de controle da atividade não jurisdicional exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, torne-se um direito não só formalmente previsto mas efetivo, e o Judiciário, um poder legítimo. A propósito, a noção de legitimidade, segundo a visão garantista, consiste na "adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores plasmados nas cartas de Direitos fun-

15 Por isso, aqui se diz direito "ao" e não direito "de" Acesso à Justiça. A propósito: FERRAJOLI, 2006, p. 794-795.

damentais" (CADEMARTORI, 2006, p. 230). Por isso, de acordo com Ferrajoli (2006, p. 790),

> [...] não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.

Não se pode olvidar ainda de que, para o garantismo, o Acesso à Justiça é um direito básico e essencial à garantia de todos os demais direitos fundamentais. Isso porque, na visão garantista, o Estado de Direito é aquele que se funda, formalmente, no princípio da legalidade, e, substancialmente, na

> [...] funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos *correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária* (grifos nossos) (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

O sistema judicial brasileiro em relação ao Acesso à Justiça, antes da criação do CNJ, apresentava um baixo grau de garantismo, tanto tomado o modelo constitucional existente como em relação ao seu efetivo funcionamento. Isso porque a ausência de um organismo de controle misto da atividade não jurisdicional contribui decisivamente para a negação prática do direito de Acesso à Justiça proclamado na Carta Magna. Antes do advento do CNJ, carecia o sistema judicial, usando as palavras de Ferrajoli (2006, p. 786), de "mecanismos de invalidação e de reparações idôneos" que propiciassem "o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo". Essa situação, nos termos propostos, inverteu-se a partir da criação e atuação do CNJ.

Veja-se. De acordo com levantamento publicado no jornal Folha de São Paulo em 11 de março de 2007, dos vinte e sete Tribunais de Justiça do País, catorze nunca investigaram seus desembargadores por desvio de conduta. Em outros nove consultados, apenas três punições foram aplicadas. No Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, desde a sua criação, e de acordo com a mesma reportagem, já há *1.724 em curso! Afora as inúmeras punições que já aplicou, cita-se o afastamento, por corrupção, do presidente do Tribunal de Justiça de Rondônia Sebastião Teixeira.*

Desde a sua instalação, a par de seus equívocos e eventuais excessos, o CNJ tem tomado, ainda, inúmeras atitudes que confirmam o seu papel essencial de garantia e promoção ao Acesso à Justiça, como por exemplo:

— criação de banco de dados estatísticos de todo o Poder Judiciário (Resoluções n. 4/2005 e 15/2006)[16];

— determinação para que sejam utilizados critérios objetivos para aferição do merecimento nas promoções/remoções como forma de premiar os magistrados mais produtivos (Resoluções n. 6/2005 e 32/2007);

— proibição do nepotismo (Resolução n. 7/2005, com alteração da Resolução 9/2005; Enunciado Administrativo n. 1);

— fixação de teto remuneratório para o Poder Judiciário (Resolução n. 14/2006);

— estabelecimento de limites de despesas com pessoal para o Poder Judiciário da União (Resolução n. 26/2006);

16 De acordo com o Conselheiro do CNJ Alexandre de Moraes, "Com a criação do sistema de estatística, será permitida análise detalhada sobre a situação de todos os ramos da Justiça, complementada pela formação das comissões para especialização de varas em todo o país e pelo fortalecimento dos Juizados Especiais, que possibilitarão maior celeridade na prestação da Justiça e maior aproximação com a população" (grifos nossos) (A atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido benéfica para o Poder Judiciário? — Sim. União pelo fortalecimento. Jornal Folha de São Paulo — Tendências e Debates, de 25 de março de 2006).

— estipulação da obrigatoriedade de plantão judicial em todo o Poder Judiciário (Resolução n. 36/2007)[17];

— recomendação de destinação de verba para a expansão do atendimento à população do juizado especial (Recomendação n. 4/2006);

— recomendação para o estudo de viabilidade para a criação de varas especializadas em direito de família, sucessões, infância e juventude (Recomendação n. 5/2006);

— iniciativa de elaboração de um Código de Ética da Magistratura;

— ofício a tribunais de todo o País para que façam estudos com relação à acessibilidade de deficientes físicos e pessoas com dificuldade de mobilidade nos tribunais e em todas as suas comarcas e fóruns, e para que insiram em suas previsões orçamentárias o montante necessário para a instalação de rampas de acesso, balcões mais baixos e banheiros adaptados, entre outros, a fim de atender aos deficientes físicos (Pedido de Providências n. 1.236, conselheira Ruth Carvalho);

— realização dos projetos Conciliar é Legal e Justiça Virtual[18]; e

— criação de cadastro nacional de adoção e respectivo sistema – Infoadote (Deliberação na 48ª sessão do CNJ, em 25-9-07).

17 Segundo o Conselheiro do CNJ Eduardo Lorenzoni, "Levantamento feito via internet em 59 tribunais do país alerta para um assunto que ainda não mereceu a devida atenção: os plantões judiciais. A análise, feita nos sites do STF (Supremo Tribunal Federal), STJ (Superior Tribunal de Justiça), TST (Tribunal Superior do Trabalho), Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça, mostrou que apenas 26 — menos da metade — fazem referência, ainda que incompleta, ao plantão jurisdicional permanente exigido pela Constituição Federal. Desses 26, só seis têm uma seção específica sobre o plantão. Entre todos os 59 pesquisados, apenas 14 prevêem plantão permanente como meio de prestação jurisdicional ininterrupta, ou seja, incluindo os dias úteis fora do horário normal de expediente, finais de semana e feriados ou pontos facultativos. Outros 17 tribunais entendem como plantão apenas o funcionamento em dias não úteis (finais de semana, feriados, pontos facultativos)" (Acesso à justiça fora do expediente normal. p. 1).

18 De acordo com Secretário Geral do CNJ Sérgio Renato Tejada Garcia, no tocante ao combate à morosidade, "[...] há muitas ações em andamento, mas uma delas tem o potencial de revolucionar a tramitação de processos no Judiciário: é o chamado processo virtual, ou processo eletrônico, em desenvolvimento pelo CNJ e já utilizado em alguns tribunais. [...] Além de combater a morosidade processual, o processo virtual ainda melhora o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário. Isso porque o processo eletrônico pode ser manejado em horário integral, isto é, as portas da Justiça estão sempre abertas para o jurisdicionado. Além de combater a morosidade processual, o processo virtual ainda melhora o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário" (grifos nossos) (Processo virtual. p. 1).

Em artigo publicado, o Conselheiro Alexandre de Moraes (2006) dá uma medida da contribuição do CNJ em relação ao Acesso à Justiça:

> A atuação do CNJ, para garantir maior celeridade processual e efetividade das decisões judiciais, deve ser pró-ativa, e não reativa, ou seja, em vez de esperar caso a caso o julgamento de procedimentos por excesso de prazo, deve, em conjunto com os tribunais do país, diagnosticar os problemas, regulamentar a questão, fixar metas e indicar a infra-estrutura e logísticas necessárias para seu cumprimento. Com isso, a partir do ingresso do processo no tribunal, seria computado prazo certo para realizar o julgamento, uma vez que, em regra, não há a necessidade de nova produção de provas em segundo grau. [...] A atuação conjunta do CNJ e dos tribunais para a fixação de prazos razoáveis de julgamento de recursos — logicamente, com a possibilidade de justificativas excepcionais de descumprimento, quando então será analisado caso a caso (por exemplo: acúmulo exagerado, suspensão em virtude de aguardar julgamento de outro processo, recente promoção, atraso no parecer do Ministério Público, questões processuais incidentais etc.) — demonstrará a toda a sociedade a atuação pró-ativa do Poder Judiciário contra a morosidade da Justiça, possibilitando maior agilidade processual e um mais eficaz combate à corrupção.

O Conselho Nacional de Justiça, nesses dois anos de existência, conforme o Conselheiro Alencar Rodrigues (2007), tornou-se efetivo canal de controle por parte da sociedade do Judiciário, como é perceptível pelas 4.000 representações que recebeu, envolvendo as mais diversas origens e praticamente todos os tribunais do país. Segundo ele,

> A constatação inicial de que o CNJ vinha atuando de forma independente, rápida e efetiva, corrigindo distorções de todos os matizes e rompendo com o mau corporativismo, presente em todas as organizações coletivas, acabou fazendo com que a sociedade, creditando confiança nesse novo órgão, apresentasse grande volume de representações, muitas delas envolvendo questões sem maior relevância ou interesse institucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao Acesso à Justiça está atrelado ao sistema judicial e, por conseguinte, à sua estruturação e componentes. A definição da sua estrutura pode não se coadunar com tal direito. O mesmo pode ocorrer em relação à atuação dos seus componentes, no caso, os juízes.

Calamandrei[19], por seu turno, considera a deterioração moral do magistrado que se acomoda e se posta alheio aos anseios sociais, como o maior perigo que corre a função jurisdicional, até mesmo maior do que a corrupção ou a interferência política.

Douglas Alencar Rodrigues (2007), nessa esteira, anota que

> O direito de Acesso à Justiça, sem instrumentos processuais que o assegurem em tempo razoável, sem um Poder Judiciário consciente de suas funções constitucionais, políticas e sociais, é um mero discurso vazio. O Acesso ao Judiciário é, portanto, um componente fundamental do acesso à justiça, entendendo esse como acesso à ordem jurídica justa.

Para Grinover (1998, p. 9-10), o direito de "Acesso à Justiça" implica, entre outras coisas, no "direito ao acesso a uma *justiça adequadamente organizada* e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa" e, também, no "direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características" (grifos nossos).

Para que o Acesso à Justiça passe da mera figura de retórica para a realidade, é necessário que haja um controle efetivo sobre a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e sobre o cumprimento dos deveres funcio-

19 "O verdadeiro perigo não vem de fora: é um lento esgotamento interno das consciências, que as torna aquiescentes e resignadas; uma crescente preguiça moral, que à solução justa prefere cada vez mais acomodadora, porque não perturba o sossego e porque a intransigência requer demasiada energia [...]. Creia-me, a pior desgraça que poderia ocorrer a um magistrado seria pegar aquela terrível doença dos burocratas que se chama conformismo. É uma doença mental semelhante à agorafobia: é o pavor da independência própria, uma espécie de obsessão, que não espera as recomendações externas, mas preceda-se, que não se dobra às pressões superiores, mas as imagina e satisfaz antecipadamente" (CALAMANDREI, 1997, p. 277-279).

nais dos juízes. Nesse sentido, Rodrigues[20], há mais de dez anos, vinculava a consecução do Acesso à Justiça a uma revisão da estrutura e funções que permeavam a atividade jurisdicional. A dependência em relação aos outros Poderes e a falta de fiscalização externa eram, segundo ele, os dois grandes problemas estruturais do Poder Judiciário, e que comprometiam o efetivo Acesso à Justiça. Em relação a este último, ao qual unicamente nos deteremos por opção metodológica, preconizava Rodrigues (1994, p. 90):

> Hoje, no Brasil, o Judiciário é o único poder absoluto. A ninguém é dada autoridade para fiscalizá-lo. Os magistrados uma vez concursados e cumprido o estágio probatório, ou nomeados nos casos previstos em lei, tornam-se soberanos. Embora possa parecer haver contradição entre as duas observações (não possuir autonomia e ao mesmo tempo ser soberano), ela não existe. O Poder Judiciário, hoje, em termos de estrutura legal, não possui a autonomia que necessitaria frente aos demais poderes. Em compensação, é absolutamente soberano em relação à sociedade, a quem não tem de prestar contas de suas atividades e decisões. E esse é um dos principais motivos de sua crise contemporânea.

Nesse jaez, destaca Barroso[21] que o Judiciário não pode permanecer sujeito apenas a precários mecanismos internos de fiscalização que escapam ao controle social.

Para a mudança desse indesejável cenário, mostra-se necessário, portanto, o controle da função judiciária por intermédio de um modelo que promova o perfeito equilíbrio entre a independência e a responsabi-

20 "O Judiciário é um instrumento do Estado para a concretização de seus objetivos, através do exercício da atividade jurisdicional, não um fim em si mesmo. Para que haja realmente a possibilidade de um efetivo acesso à justiça, faz-se necessário também repensá-lo em estrutura e funções" (RODRIGUES, 1995, p. 91).

21 "É preciso reconhecer a precariedade das atividades correicionais das Corregedorias de Justiça, pela forma com que são realizadas: esporadicamente junto aos órgãos de primeiro grau e, dificilmente, junto aos órgãos de segunda instância. Resultam, quase sempre, em observações de caráter burocrático e de exigências ao cumprimento de 'normas gerais' seculares que se preocupam mais com as regularidades formais dos livros e registros dos atos, que com a dimensão de prestação jurisdicional. Os relatórios finais dessas atividades normalmente não resultam em qualquer melhoria dos serviços. Da mesma forma, os relatos exigidos temporariamente aos Juízes, além de não serem capazes de avaliar as atividades judiciais do órgão, pois os dados solicitados representam apenas parcela dos serviços, amontoam-se nos escaninhos das Corregedorias, sem que se prestem para abrir canais de decisão à modificação e otimização do serviços" (BARROSO, 1990, p. 127).

lidade da função judiciária tal qual preconizado por Cappeleti[22]. Ou seja, a responsabilidade judicial deve estar inserida na concepção democrática dos consumidores do Direito e da Justiça[23].

O Conselho Nacional de Justiça é o organismo hábil a propiciar um salto de qualidade e de legitimidade do Judiciário ao fomentar uma cultura judicial uniforme voltada à consecução do Acesso à Justiça. Ao controlar a atividade administrativa e funcional dos juízes com base nessa diretriz constitucional, seja punindo e anulando atos quando necessário, seja coletando dados estatísticos, seja ordenando novas políticas judiciárias, etc., sem interferir na independência judicial, o Conselho Nacional de Justiça pode vir a consolidar-se como um instrumento de legitimação e de aproximação entre o Judiciário e os anseios sociais, uma vez que o tornará mais célere e efetivo. Enfim, nos termos da pesquisa proposta, a concretização do Acesso à Justiça, com um Judiciário melhor, passa necessariamente pelo adequado funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, sem interferência nas atividades jurisdicionais da magistratura, e pelo respeito, como regra geral, à autonomia dos Tribunais para se estruturarem da melhor forma possível de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada região.

22 Para tanto, esse modelo ideal deve levar em conta "[...] o fato de que emergiu na sociedade moderna o fenômeno de certo grau de inevitável politicização e socialização da função judiciária [...]. E justamente este fenômeno, ao mesmo tempo que, obviamente, impõe acentuada prudência nas relações entre o judiciário e o resto da organização estatal e social, também impõe, contudo, maior abertura e sensibilização e, assim, a responsabilização da moderna magistratura perante o corpo social, suas necessidades e aspirações" (CAPPELLETTI, 1989, p. 90).

23 "[...] a responsabilidade judicial deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como 'o Estado' ou o 'soberano', seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou isolamento político e social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário" (CAPPELLETTI, 1989, p. 91).

6 REFERÊNCIAS

ALENCAR RODRIGUES, Douglas. Um conselho que deu certo. 2007. Disponível em <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3031&Itemid=129>. Acesso em: 15 jun. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade:* uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millenium, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen G. Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2000.

COSTA, Flávio. *Autogoverno e controle do Judiciário no Brasil:* a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada*. Processo virtual: uma solução revolucionária para a morosidade. CNJ*. 2006. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=50&Itemid=129>. Acesso em: 20 abr. 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

LORENZONI, Eduardo. *Acesso à justiça fora do expediente normal*. Disponível em:<http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=57&Itemid=129>. Acesso em: 18 abr. 2007.

MORAES, Alexandre de. *A atuação do Conselho Nacional de Justiça tem sido benéfica para o Poder Judiciário? — Sim. União pelo fortalecimento.* In: Folha de São Paulo — Tendências e Debates, de 25 mar. 2006.

——————— *Justiça rápida e combate efetivo à corrupção*. 2006. Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=56&Itemid=129>. Acesso em: 18 abr. 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

———————— EC n. 45: Acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC* n. 45/2004. Teresa Arruda Alvim Wambier et al (Coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 283-292.

ROSA, Alexandre. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZMANN, Simon. *Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo*. São Paulo: Augurium, 2004.

A SÚMULA VINCULANTE DIANTE DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ[1]

Valmecir José de Souza*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O instituto da súmula vinculante. 2.1 Noções históricas. 2.1.1 Antecedentes históricos da súmula vinculante. 2.2 Súmula. 2.2.1 Conceito. 2.2.2 Classificação e distinção entre súmula persuasiva e vinculante. 2.3 Súmula persuasiva. 2.3.1 Pressupostos para a emissão das súmulas persuasiva e vinculante. 2.4 Súmula vinculante. 2.4.1 Natureza jurídica. 3 A súmula vinculante e o ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Os sistemas jurídicos. 3.1.1 Sistema do *civil law*. 3.1.2 Sistema do *common law.* 3.2 A súmula vinculante e a Constituição da República Federativa do Brasil. 3.3 Considerações sobre o descumprimento da súmula vinculante. 3.4 A reação da comunidade jurídica diante do novel instituto. 3.5 O princípio do livre convencimento motivado. 3.5.1 A súmula vinculante e o princípio do livre convencimento motivado. 3.6 As correntes favoráveis e contrárias à sumula vinculante. 4 Conclusão. 5. Referências.

1 Adaptação da monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul, como um dos requisitos para a obtenção do título de bacharel em Direito sob a orientação do professor Alexandre Russi (Esp.).

* Formado em Letras (habilitação em Língua Portuguesa e em Literaturas de Língua Portuguesa) pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; formado em Letras pela Faculdade Barddal (habilitação em Língua Inglesa e em Literaturas da Língua Inglesa); bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul; servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral verificar até que ponto o princípio do livre convencimento motivado do juiz ficará afetado com a entrada em vigor da súmula vinculante. Ao longo da pesquisa, procura-se primeiramente fazer uma abordagem histórica com o objetivo de trazer elementos que configurem vestígios precedentes do instituto em estudo. Em seguida, faz-se um estudo cronológico sobre o direito sumular no Brasil, desde a origem das súmulas persuasivas dos tribunais até a publicação das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Após, são abordados os sistemas jurídicos existentes no mundo, com ênfase ao do *civil law*, ao qual o Brasil é filiado, e ao *common law*, do qual o ordenamento jurídico brasileiro sofre influência. Discute-se, em seguida, o princípio do livre convencimento motivado. Depois, são abordadas as correntes favoráveis e as contrárias à súmula vinculante. Por fim, verifica-se, com base em estudos doutrinários, a influência sofrida pelo juiz diante do novo instituto.

Palavras-chave: Súmula. Súmula vinculante. Precedente judicial. Jurisprudência predominante. Livre convencimento motivado. Emenda constitucional.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo geral, com base na doutrina e na legislação pátrias, investigar quais são os pontos conflitantes entre a súmula vinculante e o princípio do livre convencimento motivado, além de identificar a possível limitação causada pelo novel instituto ao poder do magistrado no momento da prestação jurisdicional. Tem como objetivo específico averiguar, no universo das doutrinas pesquisadas, o surgimento da súmula no ordenamento jurídico brasileiro e a sua contribuição para o Direito; verificar a distinção entre súmulas e súmulas vinculantes; estabe-

lecer um paralelo entre as correntes doutrinárias divergentes e apontar as normas atinentes a esse instituto.

O procedimento condutor utilizado foi o da pesquisa exploratória, que envolveu, para tanto, o levantamento bibliográfico doutrinário e, ainda, estudos da legislação vigente. Com relação à abordagem investigativa, o presente estudo caracteriza-se pelo método indutivo, ou seja, ele parte das teorias e leis particulares para atingir o estudo de ocorrência de fenômenos gerais.

2 O INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante passou a vigorar a partir de março de 2007. Ela entrou no ordenamento jurídico brasileiro por conta da Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que surgiu com o propósito de regulamentar o artigo 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45. Este artigo específico da Constituição da República Federativa do Brasil autoriza o Supremo Tribunal Federal a criar, aprovar e rever súmulas com efeito vinculante.

O novo instituto surgiu para dar maior efetividade tanto ao direito processual quanto ao material, e tem como principal propósito garantir mais celeridade e segurança jurídica na entrega da prestação jurisdicional. A sua utilidade estaria justamente na necessidade de encontrar meios hábeis de conter a crescente demanda de processos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e de agilizar a máquina judiciária (FREITAS, 2004, p. 192).

2.1 Noções históricas

Por longo período, desde a colonização até a proclamação da independência, a justiça brasileira foi determinada pelo ordenamento jurídico português. O descobrimento ocorreu durante a vigência das Ordenações Afonsinas. Estas ordenações foram responsáveis pela codificação do Direito

Português, ocorrida em 1446. Tinham como base as seguintes fontes: as "leis do Reino", os "estilos da Corte" e "os costumes antigamente usados", conforme disposto no Livro II, Título X (DAIDONE, 2006, p. 33-34).

A partir das Ordenações Afonsinas, qualquer feito submetido a um tribunal era julgado por uma dessas três fontes nacionais. Na falta delas, era lícito recorrer ao direito romano e ao canônico, surgindo aí o direito subsidiário (MUSCARI, 1999, p. 12).

Durante o período colonial, como o sistema normativo das metrópoles era aplicado nas respectivas colônias, o Brasil adotava modelos de uniformização de jurisprudência, representados pelos "assentos", que possuíam força normativa idêntica à lei (LAMY, 2007, p. 518).

Mônica Sifuentes (2005, p. 228) explica que, na primeira fase da colonização brasileira, a justiça era dispensada pessoalmente. Sob o império das Ordenações Manuelinas, o Brasil foi dividido em capitanias hereditárias, outorgadas entre 1534 e 1536. O conteúdo das cartas de doação era claro ao consignar a máxima de que nas terras da capitania não haveria de entrar, em nenhum tempo, "nem corregedor, nem alçada, nem alguma outra espécie de justiça, para exercitar jurisdição de qualquer modo em nome d'El Rei". O Capitão era investido dos mais amplos poderes relativamente à organização da "sua justiça".

A autora relembra, mais adiante, que, na segunda fase da colonização, esse quadro foi mudado com a nomeação, pelo rei, dos governadores-gerais, considerados seus legítimos representantes na Província, que tinham o poder de revogar tudo o que estivesse escrito contrário às Ordenações nas cartas de doação das capitanias.

Segundo Prado Kelly, citado por Mônica Sifuentes (2005, p. 233), o Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República, reputou inconstitucional os assentos da antiga Casa de Suplicação, "em vista de não

ter sido o poder de editá-los recebido nem do art. 59 da Constituição de 1891, nem do Decreto n. 843, de 1890, nem da Lei n. 221, de 1894".

2.1.1 Antecedentes históricos da súmula vinculante

Os "Estilos da Corte", também chamados de "assentos", correspondiam à jurisprudência uniforme dos tribunais superiores. Foram adotados no Brasil durante o período colonial, e possuíam força normativa de lei (LAMY, 2007, p. 518). As duas ordenações posteriores (Manuelinas e Filipinas) mantiveram a eficácia desses assentos.

As Ordenações[2] Manuelinas (1521) instituíram o mesmo processo de interpretação das leis aos casos concretos. As Ordenações Filipinas (1603) mantiveram os "assentos" com força vinculante e obrigatória (DAIDONE, 2006, p. 34).

Os assentos exerceram relevante papel no ordenamento jurídico português. A sua importância é explicada, a seguir, por Mônica Sifuentes (2005, p. 200):

> Consistia o *assento* na solução de um conflito de jurisprudência, caracterizado pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, relativamente à mesma questão fundamental do direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou de agravo, com maioria qualificada dos seus membros (intervenção de pelo menos 4/5 dos seus juízes), por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil Português.

2 Por volta do século XIII, com a criação da Universidade de Lisboa, por Dom Diniz, que fizera traduzir a Lei das Sete Partidas, o Direito Português e seu processo foram tomando forma e consistência próprias, evolução que culminaria, em 1446, com a promulgação da primeira das Ordenações, por Afonso V (ditas por isso Afonsinas), composta de cinco livros, sendo o terceiro dedicado ao processo civil. Em 1521, sobrevieram as Ordenações Manuelinas, no reinado de Dom Manuel, cognominado de o Venturoso (sob cujo reinado se dera a descoberta do Brasil, em 1500), caracterizando-se tal obra por acréscimos e compilações sobre a Ordenação anterior. De especial interesse o que vinha disposto nessas Ordenações Manuelinas (Livro V, título 58, § 1º): "E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho, para depois não vir em dúvida", ficando assim lançada a semente que depois germinaria sob a forma dos assentos da Casa da Suplicação (MANCUSO, 2007, p. 195).

O poder da Casa da Suplicação para proferir assentos findou-se em 28 de março de 1822 por deliberação tomada pelos membros da "Mesa Grande da Relação", antes mesmo da promulgação da Constituição daquele ano (SIFUENTES, 2005, p. 191).

Ainda, de acordo com a doutrinadora:

> Enquanto as velhas Ordenações do Reino davam à Casa da Suplicação a faculdade de "tomar assentos", unificando a enorme jurisprudência do vasto Império português, a lei que criou o Supremo Tribunal de Justiça não lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve, portanto, durante largo tempo, enquanto vigorou a Constituição do Império, um Tribunal que unificasse a jurisprudência. E o que é mais grave: com o poder de interpretação o legal jamais foi exercido pelo Legislativo, a prerrogativa terminou absorvida pelo Executivo, durante todo o Império.

A autora conclui que os juízes, em sua maioria, despreparados ou, em muitos casos, sujeitos às pressões políticas, suscitavam milhares de dúvidas quanto à interpretação das leis, nos casos sob julgamento, submetendo os autos, para consulta, ao Conselho de Estado (SIFUENTES, 2005, p. 232).

O Tribunal Constitucional português por várias vezes reconheceu os assentos como atos normativos, admitindo, quanto a eles, o acionamento do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (SIFUENTES, 2005, p. 211).

Em 1828, com a criação no Brasil do Supremo Tribunal de Justiça, os assentos deixaram de ser concebidos como fonte vinculante e obrigatória para os julgamentos. A partir de então, a lei passou a ser a única base para os pronunciamentos judiciais no Brasil (LAMY, 2007, p. 518).

Com a Independência, a história do Brasil foi dividida em duas fases distintas: a imperial e a republicana. O Poder Judiciário do Império foi basicamente a reprodução da estrutura portuguesa que, por sua vez,

sofrera acentuada influência francesa. O Poder Moderador, de titularidade do Imperador, tornava ainda mais diminuta a participação política do Poder Judiciário. Conquanto tivesse já na Constituição de 1824 o *status* de poder, o Judiciário via-se mitigado em sua função, seguindo nesse passo a tradição continental europeia (DIAS, 2004, p. 53).

Em 1939, o Código de Processo Civil estabeleceu a base legal para a implementação das súmulas vinculantes, a que previa a possibilidade de se estabelecer a uniformização de julgados pelos tribunais (DAIDONE, 2007, p. 42).

Em 1963, surgem, no cenário jurídico brasileiro, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal (relator da Comissão de Jurisprudência da Corte), as súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Esse acontecimento deu origem a uma nova categoria de direito no Brasil, o direito sumular (SORMANI e SANTANDER, 2007, p. 59).

A princípio, era intenção do ministro a criação de súmula vinculante, pois considerava que ela viria simplificar o trabalho da justiça em todos os graus, sem, contudo, petrificar os entendimentos proferidos, já que se tratava de um instrumento flexível, possível de modificações conforme a realidade social e econômica do país. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, não acatou a proposta do relator nos moldes como ele a havia previsto, passando a editar, a partir de janeiro de 1964, súmulas apenas com efeito persuasivo. A partir de então, outros tribunais passaram a formular suas próprias súmulas jurisprudenciais (DAIDONE, 2006, p. 42).

Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 254) observa que, no plano formal, duas características merecem destaque no nascimento da súmula no Brasil: sua origem regimental (certamente fruto de uma situação específica pela qual passava o Supremo Tribunal Federal à época) e não legal, e o fato, consequência lógica de sua origem regimental, de a possibilidade de sua edição ficar restrita ao próprio Supremo. A primeira previsão le-

gal, juntamente com a extensão aos demais tribunais da possibilidade de também editar súmulas, somente veio com a disciplina do incidente de uniformização de jurisprudência do Código de Processo Civil de 1973, precisamente no seu art. 479.

2.2 Súmula

2.2.1 Conceito

Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 253) chama a atenção para a confusão que geralmente se faz em relação à expressão "súmula". O autor argumenta que se consagrou a prática de se chamar determinado verbete (ou enunciado) de "súmula", o que para ele é um erro:

> Ao contrário do que muitos pensam, o termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (ou seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado.

Conforme definição do Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro de Alcides de Mendonça Lima,

> Súmula é o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, condensado em enunciado que constituirá precedente na uniformização da jurisprudência do próprio órgão (LIMA, p. 531).

É do jurista De Plácido e Silva (1999, p. 784) a seguinte definição:

> Súmula. Do latim *summula* (resumo, epítome breve) tem o sentido de sumário, ou de índice de alguma coisa. É o que de

> modo abreviadíssimo explica o teor, ou o conteúdo integral de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é o resumo ou a própria ementa da sentença ou do acórdão.
>
> No âmbito de uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas, persuasivo, e que, devidamente numerados, se estampam em repertórios.

Mônica Sifuentes (2005, p. 237-238) conceitua a súmula de jurisprudência como aquela que

> se refere a teses jurídicas solidamente assentes em decisões jurisprudenciais, das quais se retira um enunciado, que é o preceito doutrinário que extrapola os casos concretos que lhe deram origem e pode ser utilizado para orientar o julgamento de outros casos.

As duas palavras, na opinião da autora citada, – *súmula* e *enunciado* –, embora tenham significados diferentes, acabaram por ser usadas indistintamente, de modo que por súmula, atualmente, entende-se comumente o próprio enunciado, ou seja, o preceito genérico tirado do resumo da questão de direito julgada.

Pedro Miranda de Oliveira (2006, p. 83) define "súmula" como a ementa que revela a orientação jurisprudencial de um tribunal para casos análogos, ou seja, é o resultado final da formação de uma construção jurisprudencial, na medida em que representa a unificação da jurisprudência.

Para Sérgio Sérvulo da Cunha (1999, p. 124), as súmulas são enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda a comunidade jurídica.

2.2.2 Classificação e distinção entre súmula persuasiva e vinculante

Lênio Luiz Streck (1998, p. 167 e ss.) classifica as súmulas persuasivas em quatro tipos: 1) tautológicas; 2) *intra legem;* 3) *extra legem;* e 4) *contra legem* (inconstitucionais). O autor explica que a denominação *intra legem* refere-se às súmulas interpretativas, ou seja, aquelas que exprimem o resultado da interpretação da lei. Exemplo: Súmula 343 do STF; *extra legem* diz respeito àquelas que objetivam limitar as possibilidades de admissão dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. Exemplo: Súmula 7 do STJ; e as *contra legem (*inconstitucionais) são aquelas súmulas que "extrapolam os limites do ordenamento jurídico, constituindo autênticas criações legislativas". Exemplo: Súmula 2 do STJ.

Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 256), no entanto, classifica as súmulas em três tipos principais: 1) meramente declaratórias (aquelas que apenas dizem o óbvio, ou seja, basicamente, repetem o texto da lei); 2) *intra legem* (refere-se às súmulas que, a partir de uma lei já existente, restringem-se a interpretá-la dentro de limites já estabelecidos no ordenamento jurídico); 3) *extra legem* (corresponde àquelas que preenchem os espaços vazios deixados pela lei ou expande os limites por esta estabelecidos, sem ferir os princípios vetores do sistema).

As súmulas, de outro ponto de vista, também são classificadas em persuasivas e vinculativas (MUSCARI, 1991, p. 39).

No que concerne às súmulas vinculantes (de caráter obrigatório), elas se diferenciam das súmulas editadas pelos tribunais nos termos do art. 479 do Código de Processo Civil porque estas se aplicam somente entre as partes envolvidas no processo, sem obrigatoriedade em relação aos demais membros do Poder Judiciário ou para a Administração Pública (HORVATH JÚNIOR, 2007, p. 802).

A súmula, que antes detinha apenas caráter de pesquisa e consultivo, passa a vincular de forma compulsória toda a jurisdição sobre o tema a ser decidido (DALVI, 2008, p. 439).

2.3 Súmula persuasiva

Conforme visto na seção 2.1.1, a evolução recente do Direito brasileiro teve marco importante na criação, em 1963, da súmula da jurisprudência predominante do STF. Embora nenhuma disposição legal conferisse eficácia vinculativa às proposições insertas na súmula, ela veio a exercer, na prática, enorme influência nos julgamentos, quer de juízos de primeiro grau, quer de tribunais. Não foram frequentes as sentenças e os acórdãos que se animaram a discrepar de alguma tese constante da súmula. Juízes havia, e não só na primeira instância, que se limitavam a aludir à súmula como fundamento de suas decisões, se bem que a rigor, insista-se, semelhante referência não satisfizesse o requisito legal (e depois constitucional) da motivação (MOREIRA, 2005, p. 6).

As súmulas persuasivas não têm força obrigatória, nem para o tribunal que as emite, nem para os juízes e cortes inferiores, mas podem exercer grande influência (e frequentemente exercem) no espírito dos operadores do Direito. A sua inobservância não se constitui afronta ao ordenamento jurídico (MUSCARI, 1999, p. 39-40). Elas têm previsão legal no Código de Processo Civil:

> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.
>
> Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

José de Oliveira Ascensão (1995, p. 310) observa que o precedente de que trata o artigo 479 do CPC não tem nenhuma correspondência com o do sistema anglo-americano, já que este vincularia seguramente os órgãos inferiores e, excepcionalmente, o próprio tribunal que o emitiu. Com relação ao precedente estampado no art. 479 do CPC, segundo o autor, verifica-se que a decisão não vincula os órgãos inferiores. Todo o seu efeito se esgota em relação ao próprio tribunal que a firmou.

Mônica Sifuentes (2005, p. 239) entende que a súmula de jurisprudência, prevista no Código de Processo Civil de 1973, tem, tal como foram concebidas as súmulas do Supremo Tribunal Federal, caráter persuasivo. Não existe, portanto, obrigatoriedade de sua adoção pelos juízes, nem mesmo em relação às editadas pelos próprios tribunais a que estão vinculadas.

O art. 557 do Código de Processo Civil, com sua redação atual, é outro dispositivo que merece ser analisado, já que, embora detenha caráter meramente persuasivo, exerceu o papel de antecessor da atual súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio. Dispõe a norma em questão:

> Art. 557. 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.
>
> § 1º-A 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.

Com relação à nova redação do dispositivo citado, Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 256) traz à colação a análise de Carlos André Lahmeyer Durval e Rita de Cássia Vergette Correia, feita nos seguintes moldes:

> Pela letra da lei, o relator fica, a partir de agora, vinculado ao entendimento diverso sobre a matéria. Inquestionavelmente,

> consagrou-se no Direito Processual Civil brasileiro – pelo menos neste caso – a *súmula vinculante,* ou seja, atribui-se ao magistrado o dever de obedecer ao entendimento dominante no seu tribunal, ou no tribunal superior, em relação à matéria discutida no recurso do qual é relator.

Ao contrário do entendimento citado, Marco Antônio Botto Muscari (1999, p. 36) alerta que "mesmo com essa tendência de potencialização dos efeitos da súmula, porém, ainda lhe falta a obrigatoriedade".

O autor conclui que atualmente poder-se-ia dizer que a súmula tem natureza quase normativa: serve de paradigma aos operadores do Direito e, se acaso ignorada, conta com uma série de salvaguardas tendentes a sua observância. De toda sorte, nada há que obrigue os membros do Poder Judiciário a sua aplicação.

2.3.1 Pressupostos para a emissão das súmulas persuasiva e vinculante

À luz do Código de Processo Civil (arts. 476 e ss.), pressupostos para a emissão da súmula são: a) a existência de julgamento em curso perante órgão de tribunal (quer em sede recursal, quer num feito de competência originária da Corte); b) a divergência (ao menos potencial) de interpretações dadas a uma regra jurídica relevante para o deslinde do caso concreto; e c) a fixação da interpretação a ser observada pelo órgão fracionário, deliberada pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal (MUSCARI, 1999, p. 38).

O mesmo autor afirma que a jurisprudência assentada pela Corte será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal mediante deliberação em Plenário, por maioria absoluta (art. 102, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), e que a conveniência/oportunidade da sumulação fica a critério exclusivo dos ministros, até porque não está prevista a possibilidade de provocação pelas partes.

Com relação aos pressupostos da súmula vinculante, Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 266) observa que o art. 103-A, *caput* e § 2º, do texto constitucional reformado autoriza o Supremo Tribunal Federal aprovar, revisar ou cancelar a súmula de ofício ou por provocação externa. Entretanto, o novel § 1º do art. 103 da Constituição Federal cria pressupostos para a edição dessa modalidade de súmula. Não basta a ocorrência de reiteradas decisões uniformes. Impõe-se que haja, quanto à validade, à interpretação e à eficácia de determinada norma, controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Segundo Rodrigo Jansen (2005, p. 251-252), a redação do art. 103-A permite algumas conclusões importantes: a súmula pressupõe a existência de divergência jurisprudencial sobre a matéria, isto é, não poderão ser postas em súmula matérias já pacificadas pela jurisprudência, salvo se para dirimir controvérsias entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, ou seja, para evitar a proliferação de feitos tendo por parte a própria Administração Pública sobre questões já pacificadas no Judiciário. Afirma-se, por outro lado, que a divergência ou a controvérsia deve ser atual, contudo, se há divergência jurisprudencial ou controvérsia entre Judiciário e Administração Pública é porque a matéria ainda não foi pacificada e permanece atual, isto é, não há divergência ou controvérsia ultrapassada, pois, se ultrapassadas, não mais existirão.

O autor acrescenta que é importante observar que a súmula vinculante somente poderá ter por objeto as questões que acarretem grave insegurança jurídica e as múltiplas demandas sobre questões idênticas. Ele destaca que

> quando se fala em insegurança jurídica perante o Poder Judiciário, fala-se no risco de causas semelhantes serem decididas de modo desigual e, assim, da impossibilidade de prever-se o

> resultado das demandas. É, de qualquer modo, a uniformização de jurisprudência que se coloca em jogo com essas questões.

Ainda, mais adiante, explica que, em princípio, somente aqueles casos que ensejam múltiplas demandas e que, de fato, afogam o Judiciário poderão ser objeto de súmula. São causas em que, na sua maioria, o Poder Público é parte; são causas tributárias, previdenciárias ou relacionadas ao funcionalismo público, como as de correção monetária, FGTS, reposição salarial, etc.

Por fim, o doutrinador conclui que a súmula tem por pressuposto a jurisprudência dominante sobre uma determinada matéria, e a ela deve estar limitada. Isso significa que a súmula deve expressar a *ratio decidendi* de todos os casos que formaram a jurisprudência dominante que lhe deu fundamento[3].

2.4 Súmula vinculante

Por súmula vinculante, compreende-se a manifestação de tribunal superior a respeito de sua jurisprudência sumulada, com efeito *erga omnes*, impedindo que se decida ou se proceda em qualquer seguimento civil ou público da sociedade contra súmula devidamente catalogada e posta como tal (DAIDONE, 2006, p. 78).

Na concepção de Marco Antonio Botto Muscari (1999, p. 40), são vinculantes as súmulas dotadas de força obrigatória, se não para órgão

3 Marcelo Alves Dias de Souza (2007, p. 125-126), ao se reportar sobre o sistema jurídico anglo-americano, explica que "embora comumente se diga que a doutrina do *stare decisis* (ou do precedente obrigatório) significa que as cortes devem seguir o precedente existente quanto ao caso em julgamento, na verdade, o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi* deste precedente". O autor explica que o conceito de *ratio decidendi* é fundamental para o estudo da teoria do precedente obrigatório, e aponta as cinco definições mais comuns do que seja *ratio decidendi*: a) a regra de Direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de Direito do caso; b) a razão explicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação explícita para a resposta dada à questão de Direito do caso; c) a regra de Direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de Direito do caso; d) a razão implicitamente dada pelo juiz para decisão, isto é, a justificação implícita para a resposta dada à questão do caso; e e) a regra de Direito na qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade para um posterior intérprete, isto é, a resposta dada à questão de Direito do caso.

jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízos monocráticos e colegiados que lhe são inferiores.

2.4.1 Natureza jurídica

Com relação à natureza jurídica das súmulas vinculantes, Marco Antonio Botto Muscari (1991, p. 53) assim se posiciona:

> A obrigatoriedade a que estarão submetidos os demais órgãos do Judiciário e da Administração significa que não lhes será lícito, após a emissão da súmula, deixar de acolher a interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal.
>
> É evidente que a súmula vinculante representa bem mais do que a mera jurisprudência, uma vez que a inobservância desta nada tem de ilegal e a afronta àquela configura ato violador da própria Constituição. Não se pode dizer, entretanto, que o preceito sumular esteja equiparado à lei ou à Carta Maior.

O autor enfatiza que a súmula vinculante é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei, e acrescenta:

> ela situa-se a meio-caminho entre uma e outra. Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio. É um *tertium genus,* portanto.

Ainda, Decio Sebastião Daidone (2006, p. 47), dissertando sobre a natureza jurídica da súmula com efeito vinculante, destaca a posição em que ela passa a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro com a sua vigência:

> Passando a fazer parte de nosso regramento jurídico a súmula com efeito vinculante, como já é realidade para o Supremo Tribunal Federal, ou impeditiva para o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho [...], será também fonte

> direta ou imediata de direito e não mais indireta ou facultativa, sendo possível concluir, que por sua força obrigatória, estará acima da própria jurisprudência, mas em posição inferior à lei, já que não deriva dos órgãos autorizados, constitucionalmente a legislar, principalmente o Poder Legislativo, mas do Judiciário. Efetivamente a lei poderá de forma superveniente contrariar a súmula que, por sua vez, terá que se adaptar ao novo regramento através de um novo e longo caminho jurisprudencial, iniciando-se na primeira instância.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 363) argumenta que, na medida em que a súmula vinculante constitui um enunciado geral, abstrato, impessoal e obrigatório, participa da mesma natureza da norma legal, ficando a esta praticamente equiparada, e, como tal, em princípio, sujeita à "interpretação".

Mônica Sifuentes (2005, p. 275) insere a súmula vinculante no quadro geral dos atos jurídicos. Entende tratar-se de ato típico e exclusivo da função jurisdicional, que se situa em uma zona cinzenta da distribuição funcional entre os poderes do Estado, em razão do seu caráter de obrigatoriedade e generalidade, que o aproxima do conteúdo material da lei.

3 A SÚMULA VINCULANTE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro segue a tradição romano-germânica e está integrado à família do sistema do *civil law*. Neste sistema, a lei é a principal fonte de direito, considerada fonte primária por excelência, ao contrário do sistema do *common law*, em que a lei é fonte secundária, estando os precedentes e a jurisprudência acima da norma legislada. No sistema do *civil law,* nenhum outro instrumento, a não ser a lei, tem o poder de inovar a ordem jurídica (SORMANI e SANTANDER, 2007, p. 16).

3.1 Os sistemas jurídicos

José de Oliveira Ascensão (1995, p. 38) classifica os sistemas jurídicos existentes no mundo em ocidental, soviético e muçulmano. O ocidental subdivide-se em dois outros sistemas (que ele denomina subsistemas): romanístico (*civil law),* ao qual o Brasil está filiado; e o anglo-americano (*common law*). O romanístico é o sistema adotado na América Latina, nas zonas da África que não pertencem ao sistema muçulmano ou ao subsistema anglo-americano, e nas várias zonas da Ásia. O anglo-americano (*common law*) vigora em todos os países em que foi politicamente imposto pelo Reino Unido ou pelos Estados Unidos.

Anne-Françoise Debruche (2007), ao contrário do autor citado, defende outra classificação que prevê a existência de quatro tipos de sistema jurídico: *civil law*, também chamado romanista (considerado o sistema mais disseminado no mundo); *common law* (destacando-se o direito inglês, norte-americano e canadense); religioso (destacando-se o direito islâmico, judeu e hindu); e o de direito costumeiro (leis não escritas, observado mais comumente na África).

Os sistemas que interessam a esta pesquisa, e que têm relação direta com o objeto do estudo, são os dois apontados a seguir.

3.1.1 Sistema do *civil law*

Esse sistema teve origem na Roma Antiga. Começou com o imperador Justiniano quando ele reuniu em um único código, denominado *corpus juris civilis*, as leis do continente europeu. Posteriormente, esse código passou a ser conhecido como *civil law*, *continental law* ou *roman law* (DEBRUCHE).

Com a morte do imperador Justiniano, em 565, a.D., termina o período do direito romano e, a partir daí, começa a desenvolver-se o direito

bizantino no oriente, que foi uma evolução do direito justiniano (SOMALI e SANTANDER, 2007, p. 17).

Antes de ser adotado o sistema do *civil law*, o direito romano não se distinguia do direito de outros povos, da mesma forma, "foi costumeiro e jurisprudencial". A evolução histórica e as necessidades expansionistas transformaram o direito romano primitivo em textos codificados (SOMALI e SANTANDER, 2007, p. 17).

Nos países em que se adotam o *civil law*, a legislação representa a principal fonte do direito. Os tribunais fundamentam as sentenças nas disposições de códigos e leis, a partir dos quais se originam as soluções de cada caso. Nesse modelo, todo o sistema jurídico organiza-se em torno da produção e da interpretação legislativa; os costumes, a jurisprudência, os princípios gerais possuem apenas caráter complementar (GARCIA, 2007, p. 31).

3.1.2 Sistema do *common law*

O *common law* originou-se na Inglaterra, e foi utilizado pela maioria dos países que fizeram parte das colônias ou dos territórios britânicos. Tem como característica marcante a valorização da jurisprudência (principal fonte de direito) em detrimento das leis estatutárias. Esse sistema jurídico surgiu do direito inglês não escrito, que se desenvolveu a partir do século XII como conjugação dos direitos bárbaro e romano (com nítida predominância do primeiro). No dizer de Anne-Françoise Debruche, é a lei "feita pelo juiz". Cerca de 30% da população mundial vive em países que têm o *common law* como base legal[4] (DEBRUCHE).

> No sistema *common law* o papel da jurisprudência é muito mais importante e diverso do que no regime da *civil law*, que é assim

4 Anne-Françoise Debruche, doutora pela Universidade de Liége, Bélgica, é autora da tese "Aplicação do direito pelos Juízes da *common law* e da *civil law* em perspectiva comparada", apresentada na Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – Emarf de São Paulo, em 13 de abril de 2007.

> chamado pelo inglês, o sistema jurídico romano-germânico, que se caracteriza pela superioridade da lei escrita sobre as demais fontes do direito, enquanto que o da *common law*, anglo-americano, a jurisprudência é fonte imediata e o costume como fonte mediata (DAIDONE, 2006, p. 30).

Os países colonizados pela Inglaterra, como os Estados Unidos, Irlanda, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, adotaram o mesmo sistema. Na solução das demandas, o juiz aplica os conhecimentos relativos aos usos e costumes sociais, que vão sendo uniformizados e consolidados por meio de precedentes jurisprudenciais, e passam a desempenhar a função que cabe às normas legais no sistema legalista. Nos Estados Unidos, ao contrário da tradição inglesa, a Constituição é um documento normativo, uma fonte de direito, uma norma escrita e conscientemente elaborada, portanto, a tradição jurídica norte-americana efetua um processo de aproximação com a cultura do direito romano-germânico, mas, entretanto, na solução dos litígios, aplicam-se também os precedentes (DAIDONE, 2006, p. 31).

3.2 A súmula vinculante e a constituição da república federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil sofreu uma significativa mudança proporcionada pela Emenda n. 45, cujo objetivo maior foi a reforma do Poder Judiciário. Dentre as principais inovações estabelecidas, uma delas mereceu maior atenção: a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico nacional. Das principais justificativas para a sua criação, destacam-se a melhoria e a celeridade da prestação jurisdicional, e a segurança jurídica. Essa emenda inseriu no texto constitucional o art. 103-A, que trata da súmula vinculante.

Sobre a tramitação legislativa que culminou com a emissão da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, oportuno trazer

à colação ensinamento de Eduardo de Avelar Lamy (2007, p. 524) nos seguintes termos:

> Na data de 26-3-1992, o deputado Hélio Bicudo apresentou a proposta de Emenda Constitucional n. 96/92. Após anos de tramitação perante a Câmara dos Deputados, a redação da deputada Zulaiê Cobra foi aprovada por aquela Casa, sendo protocolada junto ao Senado Federal no ano 2000, sob o n. 29/2000.
>
> A proposta de emenda constitucional teve sua redação consolidada sob a responsabilidade do então senador Bernardo Cabral, tendo sido aprovados os pareceres elaborados junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, encaminhando-se a matéria ao plenário do Senado Federal.
>
> Não tendo sido votada naquela oportunidade, determinou-se o retorno da referida proposta à CCJ para que fossem aprofundados os debates a respeito do assunto, designando-se como relator o senador Edison Lobão, que emitiu parecer favorável à emenda constitucional – novamente referendado pela CCJ – remetendo-a novamente ao plenário, sendo aprovada por cinquenta e um votos a quatro.

Uma vez promulgada a Emenda em 8-12-2004, o texto constitucional passou a viger com a seguinte redação:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar 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 estabelecida em lei.

De acordo com o disposto no citado artigo, o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, aprovar súmulas, que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos órgãos da administração pública e aos do Poder Judiciário, tanto nas esferas federal, estadual

ou municipal. Poderá, também, a Suprema Corte proceder à revisão, ao cancelamento ou à edição de súmulas vinculantes.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 337) explica que, dos termos do *caput* do art. 103-A da Constituição Federal, infere-se que o efeito vinculante não é imanente a *todas as* súmulas do STF, mas é uma eficácia adicional que poderá ser agregada a algumas delas, se como tal forem confirmadas (art. 8º da EC n. 45/2004).

3.3 Considerações sobre o descumprimento da súmula vinculante

O descumprimento por parte dos juízes ou tribunais das súmulas vinculantes dará ensejo à propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

A reclamação é uma ação de conhecimento, com o escopo de alcançar uma decisão de mérito, que julga a lide existente entre o reclamante, o qual alega ter sofrido uma lesão a direito seu, e a autoridade reclamada, à qual se imputa a prática de desacato ou de usurpação. E essa decisão de mérito que vier a ser alcançada revestir-se-á da autoridade da coisa julgada, sendo rescindível, apenas, por ação rescisória (MORATO, 2007, p. 111).

Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (DALVI, 2008, p. 439-440).

3.4 A reação da comunidade jurídica diante do novel instituto

Desde o momento em que integrou o ordenamento jurídico brasileiro, a súmula vinculante dividiu a opinião dos juristas. Rodolfo de Ca-

margo Mancuso (2007, p. 340) afirma que a questão da força vinculante das súmulas constitui matéria particularmente propícia à controvérsia, à semelhança do que se passa, em outros campos, com certos temas propícios a debates acalorados.

Um dos primeiros argumentos levantados pelos oposicionistas da adoção da súmula vinculante é aquele pelo qual se entende que ela violaria o princípio da separação dos poderes insculpido nos arts. 2º e 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para esses críticos, a súmula aprovada tem todas as características de uma norma geral e abstrata, o que configuraria verdadeira usurpação da função típica de legislar, própria do Poder Legislativo (SORMANI e SANTANDER, 2007, p. 92).

3.5 O princípio do livre convencimento motivado

Para melhor compreensão do objeto do presente estudo, é imprescindível uma abordagem, mesmo que superficial, da importância dos princípios na caracterização do direito.

Ana Maria Goffi Scartezzini (2005, p. 68) observa que os princípios são regras basilares de um sistema. Eles cumprem duas funções: determinam a correta interpretação de uma regra e permitem a integração das regras, com o preenchimento de lacunas. São verdadeiras normas jurídicas.

Sobre o assunto, ela traz importante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem

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

Desse modo, a autora conclui que é por meio dos princípios que se obtém o exato alcance e a compreensão das normas que compõem o sistema jurídico positivo, e que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma.

Moacyr Amaral Santos (2008, p. 74) ensina que, por meio do princípio do livre convencimento motivado, ao juiz é concedido o poder de formar livremente a sua convicção quanto à verdade emergente dos fatos constantes dos autos. Significa que o juiz apreciará e avaliará a prova dos fatos e formará a sua convicção livremente quanto à verdade deles.

Para o doutrinador, liberdade de convencimento não equivale a convencimento arbitrário. A convicção, que deverá ser motivada, terá de se assentar na prova dos fatos constantes dos autos e não poderá desprezar as regras legais, porventura existentes, e as máximas de experiência. O juiz, apoiado na prova dos autos, pela influência que exercer em seu espírito de jurista e de homem de bem, formará a convicção a respeito da verdade pesquisada.

Vicente Greco Filho (2003, p. 199-200) pondera que, na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o da prova legal e o da persuasão racional. Acrescenta o autor que:

> Segundo o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, tem o juiz ampla liberdade para decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento [...].
>
> Segundo o sistema da prova legal, que é exatamente o oposto do sistema anterior, cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, cabendo-lhe apenas computar o que foi apresentado [...].
>
> Finalmente, [...] o sistema da persuasão racional, daí o seu nome, o dever de fundamentar a decisão, apresentando as razões do

> convencimento. A obrigação de fundamentar permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos e também que os motivos levam logicamente à conclusão.

Em suma, José Rogério Cruz Tucci (1987, p. 12) argumenta que, se a motivação é concebida como instrumento próprio, o relativo significado é constituído pelas razões que o juiz enunciou como sustentáculo da decisão; já se for visualizada como indício, sua significação é formada pelas conclusões que o observador extrai dos diversos fatos expostos nas razões do julgamento.

O princípio do livre convencimento consagra a liberdade judicial na avaliação das provas trazidas aos autos. A liberdade do julgador, na concepção de Ricardo Arrone (1996, p. 33), é grande e necessária, porém, "pelo princípio do livre convencimento, é tolhido o arbítrio que poderia haver por parte do juiz, e dado às partes meios de questionar decisões e obstar arbitrariedades".

Somente diante das provas, o juiz pode formar o seu livre convencimento. O Código de Processo Civil condiciona o juiz à prova constante dos autos acerca dos fatos e circunstâncias pertinentes à lide, provas que são determinadas pelas partes ou pelo próprio julgador (ARRONE, 1996, p. 33).

A convicção do julgador não se forma imotivadamente, de forma arbitrária. Adstrito à lei, e na forma dela, o juiz deve ter em vista, apenas, o que consta do processo, sendo-lhe vedada a narcoanálise. Sua liberdade não é de decisão no sentido de desapego, podendo decidir conforme bem entender, independente de tudo e de todos (ARRONE, 1996, p. 33).

A liberdade a que se refere o livre convencimento é a de o juiz apreciar os dados apresentados pelas partes, ou por ele buscados, acerca dos fatos controvertidos, ou seja, dos elementos de prova, a fim de embasar

e formar o seu convencimento, mas sempre na forma da lei (ARRONE, 1996, p. 33).

No momento de prolatar a sentença, o juiz, obrigatoriamente, terá de motivar a sua decisão, sob pena de nulidade do ato. "A motivação é essencial, quer no plano jurídico quer no plano fático" (MUSCARI, 1999, p. 70). É isso o que define o art. 131 do Código de Processo Civil *in verbis*:

> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ezequiel Rodrigo Garcia (2007, p. 95-96), dissertando sobre o princípio da independência do juiz (ou do livre convencimento motivado), pondera que, para chegar à solução da causa submetida a seu julgamento, o juiz opera um raciocínio lógico, que compreende juízos de fato e de direito, a serem fundamentados e revelados às partes. Na operação desse raciocínio, tem liberdade para formar seu convencimento, motivadamente; não está subordinado a nenhuma ordem superior de como deva proceder, embora sua decisão seja passível de reforma em grau de recurso. Completa o autor, utilizando-se das palavras de Luiz Cézar Medeiros, que "o juiz é livre em sua decisão, tanto ao valorar as provas como ao aplicar e interpretar as normas jurídicas".

3.5.1 A súmula vinculante e o princípio do livre convencimento motivado

Com a inserção da súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio, uma das questões que suscita controvérsia é a que se refere ao princípio do livre convencimento motivado. Os seguidores da corrente favorável à força vinculante das súmulas afirmam que os benefícios trazidos por esse instituto serão bem mais relevantes à nação, já que proporcionarão uma justiça mais célere, com menor possibilidade de erros (mesmo tipo de ação, mesma causa de pedir, com decisões diversas), além de garantir mais segu-

rança jurídica na prestação jurisdicional. De outro lado, os que contrariam essa corrente afirmam que o efeito das súmulas vinculantes tirará do juiz o poder de livremente sopesar as provas, o que ocasionará prejuízo à própria evolução do direito, além de violar uma das garantias fundamentais estampada na Constituição da República Federativa do Brasil, que é a obrigatoriedade de se fundamentar e motivar as decisões judiciais.

Importante observar que, pelo fato de o ordenamento jurídico não permitir o exercício da autotutela, o cidadão, quando prejudicado no seu direito, busca a solução do seu conflito no Poder Judiciário. Ele espera que a decisão prolatada pelo estado-juiz lhe seja, no mínimo, justa. Para garantir a resolução da lide, a lei estabelece diretrizes pelas quais os juízes devem-se pautar. Visando à segurança jurídica dos jurisdicionados, os incisos IX e X do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) estabelecem que todas as decisões judiciais e administrativas devem ser fundamentadas e motivadas:

> IX — todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
>
> X — as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Sobre a motivação dos atos jurídicos, Gustavo Vettorato (2004) assim se posiciona:

> [...] não devem restar dúvidas que fundamentar, no sentido constitucional, não é apenas indicar o dispositivo legal e dar a decisão. É necessário que o julgador demonstre os fatos, a base jurídica e a ligação entre eles, mostrando a motivação de sua

> decisão. A decisão que não obedecer tal estrutura conterá vícios que afetarão seus *pressupostos de validade e eficácia*.

No entender de Letícia Balsamão Amorim (2006, p. 69), as razões de decisão devem ser expostas com clareza, coerência e congruência, visando à perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos da demanda. Ela ressalta que:

> Diante de um processo judicial, não basta o magistrado resolver o litígio, mas deve demonstrar por que optou por aquela decisão, para que convença as partes e toda a sociedade de que aquela foi a melhor solução e de que usou seus poderes devidamente, e só desta forma a prestação jurisdicional será efetivamente atendida e controlável.

A autora ainda destaca que a motivação da decisão judicial deve ser pública, expressa, clara, coerente, e é necessário que, nos casos mais complexos, além do contexto decisório, tenha expressamente um contexto justificativo (justificação externa). A análise desses requisitos é relevante, pois só uma decisão verdadeiramente "motivada" poderá assumir o papel de garantia fundamental (AMORIM, 2006, p. 76).

Ezequiel Rodrigo Garcia (2007, p. 98) afirma que a fundamentação da decisão que aplica a súmula vinculante resume-se à indicação lógica de subsunção do fato ao entendimento sumulado. Pouco importa as conclusões a que chegou o magistrado depois de sopesar os argumentos suscitados pelas partes e de examinar a *quaestio* em toda a sua extensão. Diz o autor que:

> A rigor, nas situações tratadas em Súmulas Vinculantes, não há mais como sustentar a existência de julgamentos pelo juiz monocrático. O juiz torna-se mero técnico subalterno, encarregado de reproduzir mecanicamente em cada caso o entendimento sumulado.
>
> [...]

> Usando expressão de Rui Barbosa, citada por Evandro Lins e Silva, o juiz se converte "em espelho inerte dos tribunais superiores".

O mesmo raciocínio atribui-se a André Ramos Tavares (2005, p. 114), que, ao dissertar sobre a independência do Judiciário e a livre convicção do juiz, afirma que a súmula vinculante constitui uma camisa de força para as instâncias inferiores e para a função primordial do Judiciário.

3.6 As correntes favoráveis e contrárias à súmula vinculante

Dentre os juristas brasileiros que se posicionam favoráveis à súmula vinculante, destacam-se: Cândido Dinamarco, Teresa Arruda Alvim Wambier, Rodolfo de Camargo Mancuso, Carlos Velloso, Nelson Jobim, José Renato Nalini, Luiz Guilherme Marrinoni, Fernando da Costa Tourinho Neto, Geraldo Brindeiro, Christianne Boulos. São favoráveis, em termos, Arnoldo Wald, Ives Gandra Martins, Ellen Gracie Northfleet e Marcos Moura Ferreira (LAMY, 2007, p. 518).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 340-341) pondera que muitas e respeitáveis vozes levantam-se contra a súmula vinculante. Dentre elas, ele aponta a do jurista Carlos Pestana de Aguiar Silva, que expressa o seu inconformismo do seguinte modo:

> Agora sob o pretexto de ser um mecanismo para reduzir a multiplicação de processos, sem se importar de manietar, engessar, robotizar ou despreparar toda magistratura nacional, exceto a elitizada, que editará as súmulas, assim também se mumificando, involuindo ou estereotipando a resplandecente jurisprudência (AGUIAR SILVA apud MANCUSO, 2007, p. 341).

Ainda, dissertando sobre as correntes contrárias e favoráveis ao novel instituto, Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 331) reporta-se ao pronunciamento de Miguel Reale, realizado no STJ, que se traduz no seguinte:

> Entendo que, também, as súmulas do Superior Tribunal de Justiça não são súmulas abstratas estabelecidas para todo o sempre, e é este o receio da minha classe, a classe dos advogados, quando insistem na luta contra a súmula vinculante. Eu sou favorável à súmula vinculante, tanto no STF como nesta alta Corte, não apenas por motivos de ordem pragmática, ou seja, para atender à mera economia de meios, mas também porque o Direito tem "horizontes de juridicidade", que são comuns e imperativos a todos os graus de jurisdição, sem o que a experiência jurídica de um povo perderia o seu sentido unitário da compreensão do justo. Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção.

Luiz Flávio Borges (2004), ex-presidente da OAB/SP, em declaração ao Jornal Folha de São Paulo de 17 de julho de 2004, afirmou que a súmula vinculante retira do juiz a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção (a sua independência para julgar). Para ele, o juiz torna-se um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior, comprometendo-se, dessa forma, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência. Por fim, ponderou:

> Nossa democracia ganha força quando se ampara nos pilares da cidadania. Entre esses pilares está o da liberdade de expressão, aí inserido o direito do juiz de manifestar a sua convicção sobre a aplicação do direito. Amordaçando esse direito, a súmula vinculante incorpora, mesmo não sendo intenção dos legisladores, em própria mordaça da democracia.

No mesmo sentido, Roberto Mendes Mandelli Junior (2006, p. 121-122) chama a atenção para a importância de se verificar a incompatibilidade da súmula vinculante com os princípios que fundamentam o Estado brasileiro, dentre eles o do Estado Social Democrático de Direito. Segundo o autor:

> A qualidade democrática do Estado, por sua vez, pressupõe a manutenção da complexidade. O valor "democracia" deve estar presente em todas as funções exercidas pelo Estado, inclusive no Poder Judiciário. Um poder que se organiza do alto para baixo, tolhendo um livre convencimento dos membros do Poder Judiciário, que mais se aproxima da sociedade real, onde nasce o direito, contrapõe-se ao modelo democrático de um poder que se pretende, com decisões vinculantes, elevar-se da base para o topo.
>
> A padronização decisória pode gerar a estagnação da jurisprudência, em função dos juízes ficarem adstritos aos limites de decisões vinculantes. Neste caso, em vez de serem as decisões judiciais um fator de oxigenação do sistema jurídico, passariam a funcionar como elemento gerador de uma rigidez imposta de cima para baixo, comprometendo o princípio democrático.

Ainda, no entender do doutrinador, a democracia precisa ser sentida como uma invenção constante do novo, e, para tanto, torna-se necessário conceber o direito como um sistema que possibilite a abertura de espaço para surgir o novo, sensível às demandas sociais emergentes. A perenidade de entendimentos sumulados, a pretexto de uma estabilidade jurídica, reduz a complexidade do direito e é incompatível com a renovação constante de uma sociedade que se pretende democrática (JUNIOR, 2006, p. 122).

Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas (2004, p. 194) observa que a principal crítica, ou desvantagem, que muitos afirmam com relação à nova súmula do STF, é que esta provocaria o "engessamento" do poder que o magistrado possui hodiernamente de julgar conforme seu convencimento as causas a ele submetidas.

A autora argumenta que

> o maior temor que parece rondar a temática da Súmula Vinculante parece ser o perigo de a mesma retirar a necessária liberdade para julgar inerente à função do magistrado. Seria então mecanismo autoritário a restringir significativamente o direito-dever de os julgadores apreciarem cada causa com inde-

> pendência e conforme suas convicções jurídicas. Representaria um repudiável controle político e ideológico dos magistrados. Da adoção do efeito vinculante das súmulas resultariam decisões submissas e atreladas aos tribunais superiores, cujos integrantes são nomeados pelo presidente da República. Haveria, conforme tal entendimento, centralização do poder na cúpula do STF, que, contrariando a nossa Magna Carta, passaria a legislar. Atrelar-se-ia o poder criador da jurisprudência dos tribunais inferiores e dos juízes de primeiro grau. Tal quadro resultaria na existência de um direito estático, e não dinâmico, como se espera que seja. Acabaria dessa forma com a democracia, com a liberdade de julgar, uma vez que as decisões seriam meramente políticas, amarradas às súmulas. Além disso, sua aplicação confrontaria com o art. 5º, II, da CF brasileira, que determina que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Já o autor Sérgio Seiji Shimura (2007, p. 317), citado por Rodolfo de Camargo Mancuso, entende que não está havendo invasão de competência normativa, muito menos um cerceamento da convicção do juiz. De acordo com sua opinião:

> É do sistema processual e constitucional que, em determinada hipótese concreta, o juiz de hierarquia jurisdicional inferior tenha de obedecer ao decidido pela Corte Superior, pelas vias recursais normais; com maior razão, se o caso *sub judice* se enquadra no mesmo paradigma já traçado pela mais alta Corte, decorrente da repetição de casos idênticos.

João Ricardo dos Santos Costa (2002, p. 170-171), contrário ao instituto em estudo, argumenta que o fundamento mais articulado em defesa das súmulas vinculantes é a chaga da morosidade do Judiciário. Em sua opinião, os defensores do efeito vinculante justificam a necessidade do instituto na denominada crise do recurso extraordinário, pelo fato de os casos levados a julgamento no Supremo Tribunal Federal, na sua maioria, serem idênticos, impondo a repetição de decisões sobre a mesma matéria, e resultando por inviabilizar a atividade da Corte Suprema. O

autor acrescenta que o fenômeno decorre das constantes inconstitucionalidades praticadas pelo Poder Executivo, associado ao surto de cidadania estimulado pela Constituição Federal de 1988. Mais adiante, depois de transcrever a argumentação favorável às súmulas, de J. J. Calmon de Passos, faz a seguinte observação:

> Apesar de defender um instrumento com caráter vinculante, Calmon de Passos não admite que as decisões editadas pelos tribunais superiores logrem efeitos maiores do que as emanadas pelo legislador, preconizando ser "inaceitável se negue a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe cumpre aplicar ao caso concreto, quando se cuide de interpretação de súmula vinculante. Donde ser inadmissível sua inaplicabilidade ao caso concreto, desde que justificada a posição do magistrado, tal como ocorre, quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal. Tudo será problema de clareza e pertinência da fundamentação oferecida. Essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) é indispensável e se me afigura, como dito antes, uma decorrência do sistema".

Muitos argumentos contrários surgem por parte daqueles que se opõem às súmulas vinculantes. Segundo alguns opositores, elas ferem cláusula pétrea inserida na Constituição Federal de 1988. Isso significa que, a partir de agora, com a vigência do novo instituto, não só as leis deverão ser observadas mas também as súmulas do STF, o que contrapõe o estabelecido no art. 5º, II, da Constituição Federal.

Com relação ao assunto, Arthur Mendes Lobo (2007, p. 82) assim se manifesta:

> Até se poderia pensar, num primeiro momento, que é inconstitucional a ideia de se inserir em nosso ordenamento uma súmula com efeito vinculante e *erga omnes,* eis que ela ofenderia cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, prevista no art. 5º, II, segundo a qual "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Entretanto, parece-nos que esse dispositivo não traz a exigência de lei em seu sentido

> formal, mas, sim, genericamente considerada. Ainda que assim não o fosse, havendo autorização expressa na Constituição, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e em lei formal, nada impede a imposição de obrigações, diante da delegação prévia do Poder Legislativo, à semelhança do que ocorre com as leis delegadas, medidas provisórias e atos administrativos que emanam normas gerais.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina (2005, p. 379), sobre a controvérsia surgida com o advento da súmula vinculante, assim se expressam:

> Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade.

Para os doutrinadores, o tema é polêmico, e a grande maioria dos autores se posiciona categoricamente contra ou a favor da adoção do sistema.

4 CONCLUSÃO

O tema explorado nesta doutrina está relacionado a um dos assuntos mais controvertidos da atualidade, e foi responsável por uma acirrada discussão que dividiu a opinião dos operadores do direito no Brasil. A celeuma surgiu por conta da introdução do art. 103-A ao texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, o qual introduziu no cenário jurídico nacional a figura do instituto da súmula vinculante.

Pelo que se depreende da pesquisa, aqueles que se manifestam favoráveis à súmula vinculante embasam seus argumentos na ideia de que

ela trará benefícios para o Judiciário brasileiro. As razões que sustentam são as mesmas que ensejaram a criação do instituto, ou seja, celeridade na prestação jurisdicional e segurança jurídica.

Por outro lado, os opositores fundamentam suas convicções principalmente no descumprimento de princípios já garantidos no ordenamento jurídico pátrio, dentre eles o da livre convicção motivada do juiz.

Um dos pontos importantes que se pode destacar, com base nos estudos realizados para a elaboração deste trabalho, é a constatação, nos últimos tempos, da ocorrência de um movimento de aproximação entre os dois grandes sistemas jurídicos: *common law* e *civil law.* Percebe-se claramente que a fronteira que separa ambos os modelos está tornando-se cada vez mais tênue. Por essa razão, não se pode afirmar que nos países em que se adota o sistema do *common law* o precedente seja utilizado como fonte primordial nas decisões judiciais, ou que nos países filiados ao *civil law*, como no caso do Brasil, a lei seja privilegiada como fonte exclusiva do direito.

Constata-se, também, que, com a implantação da súmula vinculante, de aplicabilidade obrigatória, consolida-se no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação da doutrina anglo-saxônica do *stare decisis*[5], embora em moldes diferentes. Esse fenômeno, pelo qual passa o direito brasileiro, é um indicativo que vem corroborar a tendência cada vez mais acentuada no país de atribuir-se força normativa autônoma aos entendimentos jurisprudenciais. Como consequência desse movimento, não há negar que o princípio do livre convencimento motivado do juiz não resulte afrontado, principalmente quando se atribui aos precedentes caráter de obrigatoriedade.

5 Forma reduzida da expressão latina: stare decisis et non quieta movere.

Dentro desse raciocínio, também não há negar que as razões dos opositores não sejam procedentes. Todos concordam que, para desafogar o Poder Judiciário do incontrolável número de processos, é necessário criar mecanismos que acelerem a máquina judicial no intuito de melhor garantir a distribuição da justiça, até porque fazer justiça tardiamente é o mesmo que injustiça. No entanto, os mecanismos a serem criados não podem fragilizar práticas já consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o que se discute não é o fim, mas o meio utilizado para tal propósito. Solucionar os problemas que atingem o Poder Judiciário é aspiração de todos aqueles que militam na atividade jurídica.

Constata-se que à medida que novas súmulas vinculantes vão sendo editadas, mais a abrangência de liberdade do julgador vai sendo limitada. Situação que gera o que os doutrinadores chamam de "fossilização" do Judiciário, e é responsável pela quebra da dinâmica do Direito, com prejuízo para sua evolução.

5 REFERÊNCIAS

AMORIM, Letícia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. *Revista Dialética de direito processual*. São Paulo: Oliveira Rocha. v. 38, maio 2006.

ARONE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito:* introdução e teoria geral*:* uma perspectiva luso-brasileira. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

BORGES, Luiz Flávio. A reforma do Judiciário deve instituir a súmula vinculante? *Folha de São Paulo*, 17 jul. 2004. Disponível em http://

www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1707200410.htm>. Acesso em: 18 abr. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 3 maio 2008.

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. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2007.

COSTA, João Ricardo dos Santos. Súmulas vinculantes – atentado contra o estado democrático de direito. *Revista Ajuris.* Porto Alegre: Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. v. 85, n. 1, jun. 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAIDONE, Décio Sebastião. *A súmula vinculante e impeditiva.* São Paulo: LTr, 2006.

DALVI, Luciano. *Curso de direito constitucional.* São José/SC: Conceito Editorial, 2008.

DEBRUCHE, Anne-Françoise. *Aplicação do direito pelos juízes da* common law *e da* civil law *em perspectiva comparada*. Disponível em: <http://www2.trf2.gov.br/noticias/materia.aspx?id=1627>. Acesso em: 14 abr. 2008.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante:* dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação da súmula vinculante em prol da efetividade do direito. *Revista de processo* n. 116. jul./ago. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GARCIA, Ezequiel Rodrigo. Alguns apontamentos sobre a súmula vinculante. *Jurisprudência catarinense*, Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. v. 110, 2006.

_____. *A súmula vinculante à luz dos princípios constitucionais.* 2007. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) — Universidade do Vale do Itajaí, Univali, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista de direito administrativo.* n. 240. abr./jun. 2005.

JUNIOR, Miguel Horvath. As súmulas vinculantes e a previdência social. *Revista de previdência social* n. 322. set./2007.

JUNIOR, Roberto Mendes Mandelli. Súmula vinculante e o poder judicial. *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica.* Zênio Ventura e outro (Org.). Florianópolis: OAB/SC, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: uma incógnita. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Direito e processo:* estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti. São José/SC: Conceito Editorial, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LOBO, Arthur Mendes. Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante. *Revista IOB de direito civil e processual civil* n. 45. jan./fev. 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORATO, Leonardo L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista de direito civil e processual civil* n. 35. maio/jun. 2005.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Oliveira Rocha. nov. 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral *Primeiras linhas de direito processual civil.* 24. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2008. 2 v.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. A súmula vinculante: o contraditório e a ampla defesa. *Revista de processo* n. 120. fev. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante:* um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 15. ed. rev. e atual. por Nagib Glaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Luis. *Súmula vinculante.* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88:* (des) estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VETTORATO, Gustavo. Garantias constitucionais no processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 364. 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5371>. Acesso em: 14 abr. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al] (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DO DOUTOR VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Deus me concedeu extraordinárias graças, inclusive a de estar aqui neste momento, e também me deu muitos dons.

Por isso, invocando também a São José, a exemplo do que fez minha querida mãe, a agora vó querida, que a ele recorreu para que eu viesse ao mundo saudável e feliz, minhas primeiras palavras são para Ele, o Criador, para agradecer por tudo: pela vida, pela história, por me permitir estar aqui, neste momento de glória para mim, para meus familiares e para todos os que em mim acreditaram e se fizeram companheiros.

As graças foram muitas, como mencionei; os dons, de acordo com a capacidade. Já disse o poeta sambista: Deus dá o frio conforme o cobertor.

Graças a Ele, o cobertor, quando não longo, foi o suficiente para enfrentar as adversidades. De resto, sempre foi comprido e largo.

Com relação aos dons – e ingrato que sou porque são tantos com os quais fui aquinhoado –, faltou-me um: o do poder da oratória, da verve, da palavra fácil e bonita.

Admiro – para não dizer que invejo, porque a inveja é sempre má – a felicidade de um discurso de posse como o do eminente Desembargador Souza Varella, com a elegância e cavalheirismo que lhe são natos; a facilidade da fala do Desembargador Amaral e Silva, e de Vossa Excelência, Senhor Presidente, em qualquer ocasião em que se manifestam; assim como de muitos outros, mais afortunados.

Repito, falta-me o dom da oratória.

Por isso, e até porque o tempo é escasso, só vou falar de sentimentos, de amor, de realizações, de sonhos e de gratidão.

Ou, como disse meu querido mestre, amigo, compadre, meu pai porto-alegrense, Leonel Tozzi, parodiando o compositor, só vou deixar falar a voz do coração.

E meu coração determina que, agora, agradeça as palavras do eminente Desembargador Cesar Abreu, outro brilhante em suas falas.

Palavras de amigo, Desembargador Cesar, são sempre suspeitas. Os bons predicados são ressaltados; os defeitos, encobertos.

Há quase 24 anos, em um mesmo concurso, fomos aprovados, tomamos posse e, de forma combinada, como já então se revelava sermos todos dignos e companheiros, entramos em exercício numa mesma data: dois de janeiro de mil novecentos e oitenta e cinco, isso para não ferir a ordem de antiguidade.

Fizemos nossas carreiras sempre com respeito e lealdade; muitas foram as reuniões festivas, as palavras amigas e a troca de experiências, jurídicas ou particulares.

Honra-me, agora, ser saudado por um amigo, um companheiro, e sentar-me ao lado de Vossa Excelência.

Grato pelas palavras, grato por tudo quanto de bom a mim, aos meus, aos servidores do Poder Judiciário e à sociedade catarinense Vossa Excelência tem proporcionado.

Ainda nas preliminares – como costumamos nos referir quando julgamos –, penso ser meu dever, não fosse só uma grande honra e felicidade, homenagear o Excelentíssimo Senhor Desembargador Orli de Ataíde Rodrigues, que recentemente se aposentou, abrindo a vaga para a qual fui conduzido.

Abro um parêntesis — melhor seria dizer, como se faz no âmbito militar: o Desembargador Orli foi para a reserva remunerada.

Reserva, sim, reserva moral, reserva de simplicidade, de amor, de respeito ao próximo, de dedicação à causa da Justiça, de tudo o que é bom, de honesto, de correção e amizade.

As mulheres sempre têm maior capacidade para exprimir sentimentos. Peço permissão, assim, para ler mensagens enviadas por queridas colegas, como por exemplo Adriana Lisboa, quando o Desembargador Orli aposentou-se, dia primeiro de outubro:

> O Desembargador Orli foi para nós, que tivemos a honra de com ele trabalhar, um exemplo a ser seguido, de humanidade ímpar, sempre atencioso, cortês, fazia o bem sem olhar a quem, ensinava sem arrogância e corrigia sem ofender, distribuía bom humor sem ultrapassar os limites de sua autoridade; justo, nunca fez distinção entre qualquer um que a ele se chegou e ensinou-nos e exercer a Magistratura com dignidade, imparcialidade e devoção. Agradecimentos e elogios a ele serão sempre poucos.

E daí ela externa toda gratidão que ela tem.

Doutora Gabriella Benedetti, também:

> Uso desse espaço para uma singela homenagem ao Desembargador Orli Rodrigues, lageano de origem, que hoje completa setenta anos de nascimento e por isso terá de deixar a Magistratura, à qual se dedicou por mais de trinta e seis anos. O Desembargador Orli Rodrigues é exemplo de ser humano e Magistrado. Quem teve ou tem o privilégio de trabalhar com ele sabe do que estou falando. Homem simples, respeitoso e solidário. Magistrado probo, humano e justo. Desejo ao querido Desembargador Orli que essa nova fase de sua vida, a fase da colheita, seja coroada de realizações e alegrias.

Também nossa querida colega Vânia Petermann Ramos de Mello disse assim:

> Na nossa existência nesse planeta ou no além do mar, enfrentando dificuldades, dor e sofrimento, é difícil cada vez mais encontrar pessoas dignas de respeito, mas sempre brilha uma luz em nossos caminhos e nós, que sempre almejamos bons exemplos para ter coragem em seguir, encontramos o senhor, nosso querido Desembargador Orli Rodrigues, que sempre nos agraciou com o seu carinho e a sua vontade de servir e com mensagens escritas de próprio punho nos incentivando a seguir firmes na causa da Justiça. O senhor é um paradigma para nós e nesse dia em que toda Magistratura desta amada Santa Catarina busca palavras para içar o seu ser, queremos dizer, em forma de poesia, nossa gratidão pelo senhor e profundo respeito, através dos seus exemplos. Com o senhor compreendemos que vale a pena ser uma pessoa honesta e que a dignidade é um dom, uma dádiva conseguida a quem percebe.

Desembargador Orli, são curiosas as coincidências: ontem, seis de novembro, completei trinta e cinco anos de contribuição previdenciária; hoje, por força de leis antiquadas, venho a substituir Vossa Excelência nesta Corte; mas, pelo menos, é um Serrano de Curitibanos substituindo, honrado, um grande Serrano de Lages.

Vida longa, saúde, paz e prosperidade a Vossa Excelência, Desembargador Orli Rodrigues; obrigado por tudo quanto contribuiu para a Justiça, nessas mais de quatro décadas a ela dedicadas.

Beijo carinhoso à excelentíssima senhora sua mãe, que completa agora noventa anos de idade, razão pela qual Vossa Excelência, mais do que justificadamente, não se encontra aqui neste momento.

Senhoras e senhores:

Do amor de Edelvito Ferreira e Rosalina Mathilde Sebem Ferreira (a "Querida", como sempre foi chamada desde a infância por todos, não sem razão), eu nasci, abençoadamente.

Graças, novamente, a Deus, por ter sido gerado em um lar e uma família fantásticos, onde desfrutei do amor, do carinho, dos exemplos e dos valores de honestidade, trabalho, dedicação, esperança e fraternidade.

Desse amor já havia brotado a Rosane, e depois de mim os manos, em todos os sentidos, Edelvito Ferrreira Júnior, César Germano, Yara Maria, Elisiane Maria, Celso André e Dicléa Maria.

Irmãos amigos, irmãos fraternos, sem redundância! Brigas naturais, aconchego sempre, perdão recíproco, amor prevalente.

O coração também dita – pedindo escusas se lhes causo enfado com reminiscências – que devo falar de meus avós Victor e Felicidade (a vó Tica), com os quais vivi desde tenra idade.

E novamente, com perdão pela redundância, mas deixaram eles um legado, um espelho no qual me mirei e miro todos os dias; aliás, Rosita e os meus colaboradores sempre me recomendam, um dia, editar os "ditados da Vó Tica", tanta sabedoria neles contida.

No mesmo lar morava minha tia Maria de Lourdes Ferreira, que me ensinou as primeiras letras e me fez tomar gosto pela leitura.

Grato a todos!

Tudo que falei até agora traduz amor.

Amor, para mim, também tem outro nome: Rosita. Minha companheira há 14 anos, presente em momentos fáceis ou difíceis, mas sempre fiel ao meu lado, tem sido meu sustentáculo; és alvo não só de meu amor, como de minha admiração, meu respeito pelos teus princípios, caráter e autenticidade. Te amo e quero partilhar contigo o resto de meus dias! Beijo!

Estão dentro de meu coração – que espero que resista por mais um bom tempo – esses maravilhosos filhos com que a graça de Deus

me brindou: Louisiana Carolina, Victor César, Liana Priscilla e Rowena Victória.

Como é bom ter filhos; quão difícil criá-los! Mas o resultado é sempre positivo. É amor trocado, ensinamento recíproco. É preocupação, mas alegrias que retornam. É a descoberta para a vida, a adolescência, o primeiro emprego, o emprego, o curso, a faculdade, as dúvidas, as certezas, os amigos, os celulares, os *orkuts*, os *e-mails* – não me sinto preparado para isso tudo, ainda. Só quero lhes dizer, meus filhos: estou aqui, e amo vocês, como também amo essa maravilhosa criaturinha com que fui brindado para me tornar avô, o meu neto Pedro Victor.

Senhoras e senhores:

Também disse que iria falar de sonhos, de amizade.

Meu primeiro amigo foi meu irmão Júnior. Honesto, sagaz, inteligente, forte quando necessário, ameno quando não; talvez não o tenha entendido o suficiente em dados momentos, mas também te amo, meu irmão! Saúde!

Trabalhando desde os onze anos de idade, criança ainda, tive a felicidade de encontrar, no caminho profissional, incipiente então, pessoas como Antônio Mazzutti Leão, depois a Neusa, que me ensinaram a vida em sociedade. Bons tempos, hein?, meus compadres, das pescarias no Lajeado dos Borbas, seu Ló, Dona Maria fritando os cascudos, os mandis, as traíras.

Já em Porto Alegre, outros amigos vieram: Jorge Naoto Okido, Ricardo Francisco da Silveira, outros tantos, colegas de faculdade, do Tribunal Regional Eleitoral, do serviço militar, do Tribunal de Justiça...

Preciso falar, para sossego de minha consciência, com perdão pelos que deixo de citar, de Leonel Tozzi e Estrela.

Foi ele meu verdadeiro pai porto-alegrense. Deu-me os conselhos de que eu precisava; deu-me amparo em horas difíceis; indicou-me para o exercício de cargos importantes; sobretudo, deu-me seu afeto, o seu carinho, o seu exemplo.

Desnecessário falar de seu currículo: todos com alguma vinculação ao Direito Eleitoral sabem que meu amigo Leonel Tozzi é uma das maiores autoridades no assunto no País. O tempo é curto para contar-lhes aqui todos os cargos que ocupou, sempre a seu lado a fiel Estrela. Não só por isso o admiro, mas pelo que me ensinou de sensatez, ponderação, retidão, Justiça, enfim!

Receio estar me tornando chato com tantas histórias pessoais. Peço-lhes, novamente, perdão.

Mas tenho que lhes dizer que, desde as primeiras vezes em que me sentei nas cadeiras da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da PUC-RS, havia chegado a uma conclusão: não nasci para ser advogado, tampouco promotor: deveria ser Juiz. Para isso, profissionalmente, direcionei minha vida.

Após a aprovação em concurso, como é natural, surgiram as primeiras inseguranças.

No dia seguinte à posse, vinte e oito de dezembro, designado, honrosamente, para atuar um mês em Curitibanos, minha terra natal, procurei o então Juiz Pedro Manoel Abreu para me apresentar e receber as orientações para aquele mês de janeiro, de férias forenses.

Recebido de braços abertos, coração cortês, início de uma grande amizade, Sua Excelência me disponibilizou o Fórum e toda a sua estrutura. Sabemos de um episódio, Desembargador Pedro, que não vem ao caso relatar, mas que demonstrava que a responsabilidade com a coisa pública sempre foi uma virtude e um exemplo em Vossa Excelência.

Mês após, já em Lages, fui recebido pelo Desembargador José Antônio Torres Marques, que, quase que literalmente, me levou pela mão a todos os cartórios e gabinetes, a todos os setores do Fórum, apresentando-me aos colegas juízes, promotores e servidores, desde logo fazendo-me referências elogiosas.

Nossas vidas tinham um ponto em comum: ambos havíamos trabalhado na Justiça em Porto Alegre, apesar de mal nos termos visto à época. Certamente isso nos aproximou, mas o mais importante é que nos tornamos amigos, em plenitude, partilhando desde então as nossas alegrias e dissabores.

Obrigado, Zé! Você, como diz o grande poeta e cantor mineiro, mora no lado esquerdo de meu peito.

Aliás, por seu intermédio ganhei outro amigo, o meu querido Desembargador Francisco May Filho, que depois vim a saber tomava chimarrão com meu avô Victor em Curitibanos, em sua passagem pela Comarca. Só posso agradecer a amizade, o carinho e o afeto que Vossa Excelência sempre me dedicou.

Senhor Presidente, Vossa Excelência, sem dúvida um dos expoentes da Magistratura nacional, quando Juiz Corregedor, auxiliando a nossa querida Desembargadora Thereza Grisólia Tang, primeira Juíza e Desembargadora do País — com a qual aliás minha mulher Rosita teve a bênção e se regozija de ter trabalhado, por sua sapiência, serenidade, cultura e humanidade —, graças ao senhor, Presidente, em conjunto com o Desembargador Nestor Silveira, ainda substituto fui removido para Balneário Camboriú, para atuar em um regime de exceção instalado, o que já demonstrava sua preocupação em resolver os intrincados problemas da prestação jurisdicional, preocupação que Vossa Excelência mantém até hoje — *vide* o que tem feito em sua brilhante administração.

Ali foi minha prova de fogo como magistrado; as dificuldades eram muitas, as audiências e sentenças datilografadas em papel carbono, a pesquisa sempre em livros e repertórios jurisprudenciais.

Mais uma vez, contudo, tive as mãos amigas de outros colegas a me amparar. A exemplo do que já havia ocorrido em Lages, com Pedro Paulo Roldão, José Maria Cassiano da Silva, Anselmo Cerello, Joaquim Lisboa, Sérgio de Bem e tantos outros, em Balneário Camboriú encontrei vários outros amigos, como Nelson Juliano Schaefer Martins e o nosso querido e inigualável Atahualpa Garrozi Mascarenhas Passos, o "Apa", que muito cedo o Criador levou de nós. Erva ruim a geada não mata, costumamos dizer na Serra; por certo, outras atribuições Ele lhe reservava. Apa, aquele abraço, hoje e sempre.

Depois, foram outras comarcas — São José do Cedro (e aqui me reporto a mais uma grande amizade, José Carlos Carstens Köhler, sedimentada pela proximidade com São Miguel do Oeste, onde Sua Excelência judicava junto com o Desembargador Torres Marques, e onde deixaram saudades, e todo um povo que até hoje se orgulha de os ter tido como Juízes naquela época), Itaiópolis, São Joaquim, Curitibanos e, finalmente, Capital.

Nesta, logo em seguida à minha chegada, recebi o honroso convite formulado pelo Desembargador Nauro Collaço, outro inesquecível integrante desta Corte, para fazer parte de sua equipe na Corregedoria, onde também aprendi a admirar o Desembargador João Martins e o Desembargador Rubem Córdova.

Mais tarde, quando me encontrava no Fórum do Estreito, fui nomeado pelo Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, outra pessoa que faz parte do meu acervo precioso de amigos, para ser o primeiro Juiz Agrário do Estado, e por designação, como então mandava a Carta Magna do País. Logo a seguir, convidou-me Sua Excelência para ser seu

Coordenador de Magistrados, quando tive a companhia do querido Pedro Caetano e desse servidor inigualável, unanimidade na Magistratura, Jurandir Schroeder.

Com a remoção para Juiz de Segundo Grau, novos desafios, mas sempre contando com a colaboração dos colegas, dos Presidentes da Câmara Civil Especial, onde atuei por sete anos – Silveira Lenzi, Cláudio Dutra e Wilson Nascimento – e, ultimamente, dos ilustres, competentes e humanos integrantes da Primeira Câmara Criminal, Desembargador Amaral e Silva, seu Presidente, Desembargador Souza Varella e Desembargador Solon d´Eça Neves. A todos, meu agradecimento pela maneira sempre cortês, respeitosa e carinhosa com que fui recebido, e pelos ensinamentos com que me brindaram.

Um agradecimento especial tenho que fazer ao amigo e mestre Nilton João de Macedo Machado, pelos ensinamentos, quando Desembargador Substituto, amigo leal e sincero, e que me honrou com um presente muito especial, a toga que ora uso.

Já estou me tornando chato, eu sei; mas não posso deixar de registrar que, em todos os lugares, só fiz amigos: magistrados, promotores de justiça, advogados, servidores. Não há mencioná-los todos, até porque correria o risco de esquecer alguém quando não o poderia. Certo está o Desembargador Cerello, agora também aposentado e homenageado, que sempre afirma que nem em suas preces menciona algum santo, pois poderia melindrar outro.

Mas não posso deixar de citar os colegas do Ministério Público com os quais trabalhei e que se fizeram amigos: Paulo Roberto de Carvalho Roberge, o Roberginho, José Eduardo Fontes, André Carvalho, nosso digno Procurador-Geral de Justiça Gercino Gomes Neto, Pedro Decomain, Jacson Corrêa, Francisco Fabiano, Isaac Sabá Guimarães, Caio Peiter, Raul Rabello, Viviane Winckler, Heloísa Mello, Eliane Volcato, Basílio de Caro

e outros que a memória me faz agora falta, já no adiantado da hora; mas, em especial, esse quase irmão, ilustre Desembargador desta Casa, Cid Goulart Júnior.

A todos, o meu carinho e o meu abraço.

Sem processo, para nada serve um Juiz.

O julgamento só ocorre porque muitos para ele concorreram.

E aqui vale lembrar dos nossos servidores, outros tantos que se fizeram amigos.

Em toda essa minha andança, só encontrei dedicados trabalhadores em prol da Justiça, às vezes estressados por tantas tarefas, mas sempre em busca do melhor para a sociedade. Aliás, sempre digo que os nossos servidores, dentro do serviço público, são os que mais trabalham.

Não posso nominar todos, mas a todos agradeço pela indispensável colaboração.

Vou me permitir mencionar somente os últimos, os que estão atualmente em meu gabinete – de onde, aliás, já saíram três excelentes Magistrados: Fernando Luiz, Marcos Bigolin e Marlon Negri; outros, com certeza, virão. Refiro-me à capitã Ana Paula, seu lugar-tenente Fernando, e os indispensáveis Karina, Samuel, Marcelo, Antenor, Vera, Luiz Paulo, João Filipe e Renato. Parece até a escalação de um time – mas que time! Obrigado a vocês e a todos os que comigo colaboraram, hoje e sempre.

Não posso esquecer, também, meus amigos e colegas da vida acadêmica. Por inspiração do Desembargador Pedro Manoel Abreu, à época à frente do Cejur, frequentei o Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, com outros trinta e tantos colegas magistrados. Ali tivemos professores da mais alta qualificação, como o Professor Doutor – e também desembargador – Volnei Ivo Carlin, Professores Doutores Cesar Pasold, Paulo

Márcio Cruz, Orlando e Osvaldo Ferreira de Mello, José Isaac Pilatti, Sérgio Roberto Baasch Luz, também desembargador, entre tantos. Com certeza seus ensinamentos serviram para minha aprimoração, não somente no aspecto jurídico como humanístico. O que procuro transmitir a meus alunos na Unisul, onde também conquistei grandes amigos, entre mestres e acadêmicos. A todos agradeço, pelo que me fizeram e me fazem de bem.

Senhor Presidente, Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores:

Aquele sonho de adolescente que iniciava o Curso de Direito hoje é plena realidade. Passo a integrar uma das mais respeitáveis Cortes deste País, como é por todos reconhecida. Procurei, em minha vida profissional, sempre fazer o bem e distribuir a verdadeira Justiça. Por certo, os erros foram muitos, mas quero crer que os acertos os superaram.

A responsabilidade, agora, é redobrada, porque no mais das vezes minhas decisões, amparadas por Vossas Excelências, serão definitivas. Mas tenho fé e esperança que, com a iluminação do Supremo Julgador e a colaboração de todos, darei continuidade a essa trajetória já vitoriosa.

Ao encerrar, gostaria de citar um único soneto, de Tomás Antônio Gonzaga, ele também um Magistrado, ao se despedir de Vila Rica (com o qual, aliás, fui homenageado pelo querido amigo José Maria Cassiano da Silva, na minha despedida de Lages), e que espero possa traduzir o que sinto e o que tenho procurado seguir em minha vida:

Obrei quando o discurso me guiava,
Ouvi os sábios quando errar temia;
Aos bons no gabinete o peito abria,
Na rua a todos como iguais tratava.

Julgando os crimes nunca os votos dava

Mais duro, ou pio do que a Lei pedia;
Mas devendo salvar ao justo, ria,
E devendo punir ao réu, chorava.

Não foram, Vila Rica, os meus projetos
Meter em férreo cofre cópia d'ouro
Que farte aos filhos, e que chegue aos netos:

Outras são as fortunas, que me agouro,
Ganhei saudades, adquiri afetos,
Vou fazer destes bens melhor tesouro.

Muito obrigado!

DISCURSO DE POSSE DA DOUTORA REJANE ANDERSEN NO CARGO DE DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, demais autoridades presentes, aqui saudadas na pessoa de Sua Excelência, senhoras e senhores, amigos e familiares:

Preliminarmente, agradeço as palavras com que me distinguiu o eminente Desembargador Cesar Abreu, fruto de gentileza e cavalheirismo de Sua Excelência.

É com elevada honra que assumo o cargo de Desembargadora neste egrégio Sodalício. Tenho ciência das elevadas funções que me serão atribuídas e das responsabilidades a elas atinentes. Sucedo ao eminente Desembargador Anselmo Cerello, magistrado operoso e dinâmico, que enriqueceu esta Corte com sua inteligência, magnitude e visão nos anos em que aqui atuou, culminando pela sua ascensão ao cargo de Corregedor-Geral da Justiça. Não medirei esforços – ante as responsabilidades que me aguardam e ciente de minhas limitações — para servir a esta Casa e dar continuidade ao valioso trabalho desenvolvido pelo ilustre Togado.

A carreira de magistrado, no conceito de Ruy Barbosa,

> é a mais eminente das profissões a que um homem se pode entregar neste mundo. A missão de julgar [continua o mestre] é todavia das mais espinhosas e de maiores sacrifícios, precisando o magistrado de grande energia moral, para caminhar serenamente, sentindo o prazer de ter procurado acertar, tranquilo com sua consciência, mesmo porque a Lei e a consciência são os dois únicos poderes humanos aos quais nossa dignidade se curva.

Orgulha-me poder, neste momento, proclamar a verdade de tãos sábios conceitos, pois que, com independência, lealdade e dedicação, jamais me afastei de tais princípios, trilha por onde avançam as pessoas de fé e de honra. E é assim que apresento o meu passado, e que sirva como penhor de garantia para o futuro.

Percorri, sem açodamento, os diversos estágios da carreira, passando primordialmente pelo sul do Estado, como forma de manter agregada a família, em face das dificuldades da época que cercavam uma magistrada, dificuldades estas que me impediram de levar a êxito curso de mestrado iniciado e quase concluído na Universidade Federal de Santa Catarina, nos idos de 1980. Tal não me impediu de que, em períodos de férias, participasse de cursos, congressos e seminários, inclusive no exterior, como forma de aprimoramento.

Foram, sem dúvida, anos de muito trabalho e dedicação, mas que se demonstraram proveitosos ante a certeza do dever cumprido. E também pelo convívio permanente com a classe dos senhores advogados, pela conjugação de esforços com os ilustres membros do Ministério Público, onde fiz grandes colegas e amigos, e, ainda, pela sempre pronta cooperação dos denodados servidores da Justiça.

E é por tudo isso que, ao atingir o ponto mais elevado da caminhada, e que foi comum à de muitos magistrados, asseguro-lhes que estou apta para continuar a servir à Justiça do Estado.

Fui a quinta mulher a ocupar o cargo de magistrada no Poder Judiciário catarinense, no ano de 1979, e sou, neste momento, coincidentemente, a quinta mulher a alcançar o cargo de desembargadora neste Tribunal.

Ascendo a esta Corte de Justiça com a certeza de levar adiante a tarefa de que me incumbiu, na minha posse, o eminente Desembargador João de Borba, por quem nutro profundo respeito e carinho.

E não poderia deixar passarem *in albis* as palavras da eminente Desembargadora Thereza Grisólia Tang, primeira magistrada deste país, culta, operosa e batalhadora, quando se afastou deste Tribunal, em face de merecida mas precoce aposentadoria:

> Na trabalhosa e delicada missão de julgar reinam aptidão e operosidade, independência e coragem, inclusive, para, no século da demagogia, sobrepor-se a desmedida pressão popular, sem esquecer jamais, como bem lembrou Asúa, que bondade e justiça têm áreas diferentes, mas a justiça repassada de bondade é sempre mais justa.

Finalizando, agradeço a todos os que prestigiaram, a mim e ao Desembargador Victor Ferreira, com sua presença nesta solenidade, às distintas autoridades, amigos e familiares. Dirijo especial reconhecimento ao meu esposo, João Fernando, amor de minha vida, desde os tempos de adolescência no tradicional e rígido Colégio Americano em Porto Alegre, pelo máximo incentivo nesta caminhada jurídica. Aos meus adorados filhos, Demian e Daniel, minha querida nora Suely e meu amado neto Andrey, estando, estes últimos, em longínquo país americano, mas ligados nesta cerimônia por meio de tecnologia avançada, por meio da rede mundial de computadores, todo o meu afeto. Ao meu pai, Oswaldo, aqui presente, dirijo especial carinho. Aos meus familiares, oriundos de outras cidades deste estado, do Rio Grande do Sul e Paraná, bem como amigos daqui e de outros estados, a minha saudação. Desejo, finalmente, neste fim de tarde de primavera, dedicar este especial momento à memória de minha saudosa genitora, Lia Roedel, pelos bons exemplos que me outorgou em sua profícua existência e de quem herdei a retidão de caráter, a firmeza e a perseverança. Peço a Deus que nos ilumine nesta jornada! Obrigada.

DISCURSO DO DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI POR OCASIÃO DO 117º ANIVERSÁRIO DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Reúne-se a Corte de Justiça barriga-verde, no dia comemorativo aos seus 117 anos, e na antevéspera da celebração dos 20 anos da promulgação da Constituição Federal, para a outorga de Medalhas do Mérito Judiciário a pessoas que delas fizeram-se merecendentes.

Desde logo, exalço a coincidência histórica de haver, o ano de 1891, contemplado a edição da primeira Constituição republicana e também a instalação deste Tribunal.

Vivia-se, em 1891, os primeiros tempos do regime republicano. Consigna Aujor Luz, na formidável publicação "Santa Catarina, Quatro Séculos de História", compilada por Carlos Humberto Corrêa, que estava ainda arraigado em muitos o sentimento monárquico, com algumas reações populares que não pouparam derramamento de sangue, quando assume o governo provisório do Estado o então Tenente Engenheiro Lauro Müller, catarinense, mas à época radicado no Rio de Janeiro, que para cá veio com a missão de reorganizar as instituições locais nos moldes republicanos.

A par de prover a eleição dos representantes catarinenses no Senado e na Câmara, incumbiu-se Lauro Müller de remodelar os serviços administrativos e judiciários, criando, no tocante a estes, a comarca de Araranguá e restabelecendo a de Tijucas, que se somavam às doze então existentes, incluída a da Capital.

A mais distante do litoral era a de Curitibanos, cuja sede estivera, anteriormente, em Campos Novos, o que evidencia que o povoamento do Estado muito pouco atingira a região oestina.

Transcorridos mais de cem anos, tem-se hoje um Tribunal que se notabiliza pela celeridade e pela qualidade de seus julgados, pela dissemi-

nação de juizados especiais, pela vanguarda tecnológica em ações tais como o processo virtual ou eletrônico, pela busca de meios não adversariais de resolução de conflitos, pela realização de mutirões conciliatórios e pela efetiva e pioneira descentralização ou desconcentração de suas atividades.

E nestes dois últimos decênios estamos sob a égide da Carta Constitucional de 1988, das mais longevas do período republicano, "que certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca", disse-o Ulysses Guimarães, ao promulgá-la.

Nestes dois decênios experimentaram-se grandes avanços marcadamente na esfera dos direitos fundamentais e na seara da experiência democrática, visando a atender uma sociedade mutante e plural, a cada dia mais desperta e cônscia quanto a seus direitos, refletindo um fenômeno denominado "explosão de litigiosidade".

Para fazer face a essa "explosão de litigiosidade", mecanismos instrumentais vêm sendo exercitados, tais como mediação e arbitragem, súmula vinculante, repercussão geral, efeito imperativo das decisões declaratórias de inconstitucionalidade em ação direta, dentre outros, com o escopo de dar concretude à máxima de Ruy Barbosa, para quem "Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".

Afinal, se o direito, enquanto ideia e conceito, constitui-se em um fenômeno natural, inerente a toda coletividade humana, a justiça, como expressão concreta e positiva do direito, há que ser produto da inteligência e da técnica.

Este Tribunal, que é de Justiça, mas que não se aparta da cidadania, estando atento aos fatos sociais, decidiu, em 2002, galardoar cidadãos e cidadãs que se destacaram de forma notável, contribuindo, direta ou indiretamente, para o engrandecimento da Justiça catarinense.

Logo, aos recipiendários das honrarias concedidas por esta Corte não faltam atributos, nem ações. Atributos e ações que foram identificados pelos Desembargadores proponentes e coletivamente chancelados.

E o que fizeram os homenageados para granjear a láurea que hoje recebem?

Primeiro, cumpriram com exação as atividades que exercem.

Segundo, foram além do que ordinariamente lhes competia em seus misteres.

Mas não seria adequado que a homenagem hoje conferida tivesse duração correspondente à brevidade de uma sessão.

Não! Sua duração tem que transcender a esses poucos minutos da solenidade em si. Bela sim, significativa sem dúvida, mas substancialmente efêmera.

Por isso, a homenagem tem que se eternizar. E essa eternização dá-se pela materialização substanciada na medalha que ora lhes é conferida.

Recebam, pois, os efusivos e merecidos cumprimentos deste Tribunal.

Concluo, recorrendo às palavras de Edmundo Pinto da Luz, revividas, dias atrás, pelo cronista Sérgio da Costa Ramos:

> Bendita seja a terra onde o mar abraça e recorta em ilhas e onde as montanhas sobem, galgando o céu na ânsia de respirar a atmosfera do infinito! Bendita seja a terra de Luiz Delfino e de Victor Meirelles, a arte no ritmo e a arte na cor! Bendita seja a terra de Cruz e Sousa e Anita Garibaldi, a arte no símbolo e a arte no heroísmo! Bendita seja a terra que até no nome é Santa!

E digo eu: Bendita seja a terra que tem homens e mulheres a reverenciar.

DISCURSO DO CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS PACHECO NO 117º ANIVERSÁRIO DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Ao ensejo dos 117 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, honrado em falar em nome dos homenageados com a Medalha da Ordem do Mérito Judiciário do Estado de Santa Catarina, tentarei fazer um esforço para não decepcioná-los.

Não se pode falar de moralidade como força política, porque todos os discursos que a envolvem camuflam interesses de alguém. Não se pode falar de progresso, a menos que se entenda que ele é mais ou menos estimulado de acordo com o poder de diferentes grupos. Não se pode falar de ideais que modificam o curso das coisas, a menos que se entenda que eles representam outro grupo de interesses. Não se pode falar de governantes, partidos, atores políticos e poderes constituídos, exceto que se perceba que eles são meios pelos quais operam os grupos de interesses.

Essas ideias são de um livro que completa em 2008 cem anos de sua primeira edição: *The Process of Government* (O Processo de Governo), obra sem tradução brasileira, de Arthur Fischer Bentley.

Contudo, ao homem público deve ser imputado compromisso moral, já que o exercício da política não pode ser um fim, antes o instrumento de transformação que a nação reclama. A política, antes de constituir uma profissão, é um dom a exigir ação missionária, que prescreve, inclusive, o ofício da paciência. Não por outra razão, o otimismo sinteticamente a conceitua como "ciência, virtude e arte do bem comum".

Cabe, portanto, a nós buscar sempre, entre o que nos separa, aquilo que pode nos unir, porque, se queremos viver juntos na divergência, princípio vital da democracia, estamos condenados a nos entender. Afinal, o êxito pode residir, muitas das vezes, não no resultado final, mas no percurso.

Falando de passado, presente e futuro, há exatamente cem anos morria Machado de Assis, o ilustre morador da Rua Cosme Velho, no Rio de Janeiro, então capital brasileira. O tempo, longo e necessário para confirmar sua genialidade, ainda parece insuficiente para desvendar toda a complexidade em torno da vida e da obra do homem humilde, mulato, gago e epiléptico que se transformou no principal nome da literatura brasileira.

Agora, falando do presente, o historiador Arnold Toynbee, em seu livro *Desafios de nosso Tempo*, inspira séria advertência quando trata da velocidade com que se estão procedendo as novas descobertas, resultantes do alto estágio já alcançado no processamento tecnológico. A advertência aponta em duas direções: uma delas tem a ver com o despreparo do homem para absorver as novas descobertas e poder usufruir de seus benefícios, na velocidade com que elas acontecem; a outra direção conduz ao fato de que, embora a tecnologia seja neutra, o homem não o é. Tende para o bem, mas sofre das tentações do mal. Eles ambos – o bem e o mal – estão nos sentimentos dos humanos. Confirmam as Sagradas Escrituras.

Em todos os ramos do conhecimento já foram desenvolvidos meios, como que milagrosos, para o bem-estar da pessoa humana e para o melhoramento das condições da natureza em seu favor. E nem preciso elencar aqui essas técnicas, porque elas preenchem grandes espaços na mídia, em suas muitas edições diárias. Acontece que o mal não dorme no ponto. O convite à sua adesão e à sua prática é de fachada encantadora. O *marketing* é envolvente e sedutor. Daí o seu combate ser tão difícil e exigir tanta atenção e persistência. Diante disso é que o apóstolo Tiago bradava, no início do cristianismo, contra a acomodação e a indiferença, pois não bastava dizer estar ao lado da virtude e ter fé em sua vitória. Era necessária a obra prática, a ação. O combate aos vícios, entre eles a corrupção, é dever de cidadania. Fazer como os romanos, completando o seu adágio, ensinamento que "permanecer no erro é diabólico".

Antigos sacerdotes de uma das Igrejas ocidentais adotavam o costume de, em determinado dia, exercitar uma cerimônia mediante a qual se dava a confirmação de seus compromissos para com a Instituição, não somente os de respeito às suas regras e aos juramentos próprios da ordenação, mas também aqueles pertinentes à divulgação de sua importância no papel salvífico. Embora houvesse, em cada ano, um dia assim, especialmente voltado para a referida cerimônia, não eram poucos, contudo, os que entendiam que todo dia devesse ser de renovação da fé e confirmação dos compromissos. E os que entendiam dessa forma estavam mais do que certos, pois é preciso renascer a cada instante, como ensinou o Cristo Jesus. Como também fez ver o Apocalipse – livro do Novo Testamento, cuja redação é atribuída a João Evangelista – na passagem em que exalta a fidelidade e assegura prêmio aos que assim procederem até o "apagar da velha chama".

Vejo, com uma certa tristeza, que este século, o da informática e da astronáutica, tem-se caracterizado pela distância entre os homens. Não porque inexistam meios de comunicação, mas pelo alheamento crescente à sorte dos menos favorecidos, diante do gasto de bilhões de dólares para o homem ir às estrelas. Para o homem se afastar dos homens em busca dos mistérios. O mistério mete angústia e medo, asseverava Pascal.

O grave problema é que são esquecidos os que têm fome no Terceiro Mundo, onde também estamos. Não esquecer que recentemente foi servida cactácea (palma, comida destinada ao gado) cozida a muitos de nossos irmãos do Nordeste, para que pudessem sobreviver à seca. Brinca-se de ignorar a realidade, a miséria que aí está. E se assume o mistério... Eu tenho medo disso, porque qual poderia ser o produto desse abandono? Do primado da miséria, da ignorância, da doença? Decerto a reação da violência.

No que diz respeito à segurança da sociedade, nossas casas tornaram-se ilhas, cheias de grades de ferro por todos os lados, como se o cidadão

se tivesse animalizado ou enlouquecido. Banaliza-se a vida. Sequestra-se para extorquir o patrimônio que se fez com tanto trabalho e até sacrifício! Mata-se sob a alegação de que o pensamento era o de que se executava um mendigo. Oh! Porventura mendigo também não é "Templo do Espírito Santo" e "Filho de Deus"? É bom refletir que a impunidade aos ilícitos e ao engodo fomenta a corrupção dos costumes, que leva ao caos.

Então, reagir é preciso. Pois é chegada a hora, se somos frágeis para ser atores em algumas soluções, pelo menos o de exercitar o amor ao próximo. Chegou a hora de se "tornar feliz a humanidade". Mas, para isso, é necessário aproximar as pessoas. Torná-las mais irmãs. Colocá-las mais próximas. Fazê-las mais fraternas, dando-se curso à palavra do evangelista João – "que sejamos um só". Reconhecendo-se a humanidade como uma família solidária.

Vamos mesmo pensar na globalização, termo tão em voga em nossos dias. Não na globalização econômica que estabelece uma nova hierarquia de valores, a cujo topo ascendem as leis de mercado e a desenfreada ganância dos lucros, ao mesmo tempo em que se ignora a dignidade humana, levando-se milhões e milhões de pessoas ao desemprego e à exclusão social.

Agora, mais que nunca, parodiando Fernando Pessoa, "navegar é preciso". É preciso ir, rápido, a todos os cantos, com este canto que é bandeira: o amor fraternal entre as pessoas e pelas pessoas. Sentimento que não exclui, mas reúne; que não ignora, mas aproxima; que não abandona, mas ampara; que não vê no ser humano simplesmente o outro, mas a si próprio.

Esta sim é a globalização que podemos defender. A globalização do amor fraternal.

Agradeço em nome de todos os agraciados, em primeiro lugar aos membros do Tribunal de Justiça que nos outorgaram esta Comenda. Aos

familiares e distintas autoridades e amigos que nos honraram com suas presenças.

Um grande e fraternal abraço a todos com votos de saúde e felicidades.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 95.952-1, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Ellen Gracie
Paciente: José Luiz Santos de Borba
Impetrantes: André Luís Callegari e outro
Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME PREVISTO NO ART. 1°, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90 PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.964/00. APLICAÇÃO EM RELAÇÃO AOS TRIBUTOS ESTADUAIS. PARCELAMENTO NÃO HONRADO. ORDEM DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina pela prática do crime do art. 1°, I, da Lei n. 8.137/90, por quatorze vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, porque, entre julho de 2000 e agosto de 2001, lançou, na escrituração fiscal da empresa que gerenciava, informações falsas, visando a redução do valor devido a título de ICMS.

2. Tendo o crime sido praticado entre julho de 2000 e agosto de 2001, devem incidir as determinações da Lei n. 9.964/00 que, no parágrafo 3° do seu artigo 15, prescreve que "extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente *efetuar o pagamento integral* dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal" (grifou-se).

3. Não têm razão os impetrantes quando pretendem afastar a incidência da Lei n. 9.964/00 sob o argumento de que essa norma é direcionada "ao parcelamento de tributos e contribuições federais, enquanto o paciente foi denunciado pela supressão de ICMS".

4. Há expressa determinação quanto à sua aplicação em relação aos tributos estaduais, como se constata do inciso I do parágrafo 2º do art. 15.

5. Há informação nos autos de que o parcelamento da dívida não foi honrado pelo paciente.

6. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 9 de dezembro de 2008.

Ellen Gracie, Presidente e Relatora

RELATÓRIO

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão que denegou a ordem do *HC* n. 83.215/SC, do Superior Tribunal de Justiça, que ficou assim ementado (fl. 178, apenso):

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. FATOS PRATICADOS NA

VIGÊNCIA DA LEI N. 9.964/00. ADESÃO AO REFIS. PARCELAMENTO PRÉVIO À DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. Descabe reconhecer a extinção da punibilidade, porque a conduta delituosa se perpetrou na vigência da Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, que determina, apenas, a suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída programa de parcelamento da dívida tributária.

2. Ordem denegada, cassando a liminar anteriormente deferida.

Narram os impetrantes que o paciente foi denunciado perante a Vara Criminal de Jaraguá do Sul/SC pelo suposto cometimento dos delitos tipificados no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90, por quatorze vezes, aplicável, ainda, o art. 71 do Código Penal (fl. 3).

Foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que foi denegado, sob o fundamento de que "o parcelamento do débito tributário, consoante o art. 34 da Lei n. 9.249/95, apenas suspende a pretensão punitiva do Estado, que somente será extinta com o pagamento integral do valor devido" (fl. 134, apenso).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi impetrado *habeas corpus*, requerendo, liminarmente, o sobrestamento da ação penal e, no mérito, o reconhecimento e a declaração da extinção da punibilidade do crime imputado ao paciente.

A liminar foi concedida para sobrestar o andamento do feito, até o pronunciamento definitivo da questão (fl. 140, apenso).

No mérito, a relatora Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, denegou a ordem cassando a liminar anteriormente deferida, sob o fundamento de que "o parcelamento da dívida em momento anterior ao recebimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade dos agentes,

a teor do art. 34 da Lei n. 9.249/95, ainda que não se tenha efetuado o pagamento do débito". Acrescentou que o crime em tela foi "praticado entre julho de 2000 e agosto de 2001, já na vigência da Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000".

Em seguida, foram opostos dois embargos de declaração, sendo os primeiros rejeitados e os segundos não conhecidos por intempestividade (fl. 193-196 e 215-217, ambos do apenso).

2. Requerem os impetrantes a concessão da ordem para "trancar definitivamente a ação penal em curso contra o paciente, em face da extinção da punibilidade decorrente do parcelamento do débito tributário anterior à denúncia".

3. Parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela denegação da ordem (fls. 32-35).

É o relatório.

VOTO

1. No julgamento do *HC* n. 83.215, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim sintetizou o tema em discussão neste *writ* (fl. 178, apenso):

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 1º, INCISO I, DA LEI N. 8.137/90. FATOS PRATICADOS NA VIGÊNCIA DA LEI N. 9.964/00. ADESÃO AO REFIS. PARCELAMENTO PRÉVIO À DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO CABIMENTO. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.
>
> 1. Descabe reconhecer a extinção da punibilidade, porque a conduta delituosa se perpetrou na vigência da Lei n. 9.964, de 10 de abril de 2000, que determina, apenas, a suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente estiver incluída programa de parcelamento da dívida tributária.

2. Ordem denegada, cassando a liminar anteriormente deferida.

2. No caso concreto, o paciente foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina pela prática do crime do art. 1°, I, da Lei n. 8.137/90, por quatorze vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, porque, entre julho de 2000 e agosto de 2001, lançou, na escrituração fiscal da empresa que gerenciava, informações falsas, visando a redução do valor devido a título de ICMS (fls. 11-14 do apenso). De acordo com a denúncia, tais condutas geraram um débito, à época, para a empresa, de mais de três milhões de reais.

3. O paciente pretende ver reconhecida a extinção da punibilidade pelo delito que lhe foi imputado, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/95, porque a empresa que gerenciava requereu o parcelamento do débito antes do recebimento da denúncia.

4. Ocorre que, tendo o crime sido praticado entre julho de 2000 e agosto de 2001, devem incidir as determinações da Lei n. 9.964/00 que, no parágrafo 3° do seu artigo 15, prescreve que

> extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente *efetuar o pagamento integral* dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal (grifou-se).

5. Não têm razão os impetrantes quando pretendem afastar a incidência da Lei n. 9.964/00 sob o argumento de que essa norma é direcionada "ao parcelamento de tributos e contribuições federais, enquanto o paciente foi denunciado pela supressão de ICMS".

Com efeito, há expressa determinação quanto à sua aplicação em relação aos tributos estaduais, como se constata do inciso I do parágrafo 2° do art. 15, *in verbis*:

> Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1° e 2° da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990,

> e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.
>
> § 1° A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2º *O disposto neste artigo aplica-se, também:*
>
> I - a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;
>
> II - aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.
>
> § 3° Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal (grifou-se).

Nesse sentido também foi a manifestação do Ministério Público Federal, da qual destaco o seguinte trecho (fl. 34):

> Importa registrar, primeiramente, que não há como acolher o argumento de ser inaplicável a Lei n. 9.964/00, por não se tratar, no caso em exame, de adesão ao Refis. Esta norma, assim como a Lei n. 9.249/95 (cuja incidência é defendida na impetração) e a Lei n. 10.684/2003, trata de tributos de natureza federal e dá outras providências, que, em matéria de extinção de punibilidade por quitação do débito tributário, deve ser estendida aos tributos estaduais.

6. Por fim, ressalto que há informação nos autos (fl. 129 do apenso) de que o parcelamento da dívida não foi honrado pelo paciente.

7. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

MEDIDA CAUTELAR

Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 1.890-1, de Santa Catarina

Relator: Ministro Menezes Direito
Requerente: Bunge Alimentos S. A.
Advogado: Dr. Arno Schmidt Júnior
Requerida: União
Advogado: PFN — Dolizete Fátima Michelin

EMENTA

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMINAR REFERENDADA. TRIBUTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO — CSLL. INCIDÊNCIA SOBRE AS RECEITAS E O LUCRO DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADOS.

1. COM RELAÇÃO AO RECOLHIMENTO DA CSLL, PRESENTES O *FUMUS BONI IURIS* E O *PERICULUM IN MORA*, RESSALTANDO-SE QUE A QUESTÃO ESTÁ EM DISCUSSÃO NO JULGAMENTO DO RE N. 564.413/SC, E A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO, CUJA CONSTITUCIONALIDADE ESTÁ SENDO QUESTIONADA NESTA SUPREMA CORTE, IMPLICARÁ TRANSTORNOS AO EXERCÍCIO REGULAR DAS ATIVIDADES DA REQUERENTE.

2. MEDIDA LIMINAR REFERENDADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Sr. Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a decisão do Relator na ação cautelar, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2008.

Ministro Menezes Direito, Relator

RELATÓRIO

Deferi o pedido de liminar para dar efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 537.200/SC, em decisão assim fundamentada:

> Vistos.
>
> Bunge Alimentos S.A. ingressa com ação cautelar com a finalidade de conferir efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 537.200-6/SC.
>
> Alega a requerente que a exigência do recolhimento de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF) calculadas sobre a receita decorrente de exportação viola categoricamente a imunidade tributária prevista no artigo 149, § 2º, I, da Constituição Federal.
>
> Afirma que:
>
> "De tal modo, conforme restará demonstrado a seguir, existindo a flagrante possibilidade de se dar prosseguimento à cobrança de tributo manifestamente contrário ao mandamento constitucional consagrado no art. 149, § 2º, I (*fumus boni iuris)*; bem como existindo iminente risco de dano de reparação dificultosa inerente a esta malfadada cobrança (*periculum in mora*), demonstra-se salutar a interposição da presente medida.
>
> .....

"No caso da CSLL, a exigência ocorre pela determinação de que não seja excluída da 'receita decorrente de exportação' o *lucro* contido na mesma, quando do resultado do exercício antes da provisão para o imposto de renda.

"Quanto à questão da CPMF, a malfadada incidência é justificada pela impossibilidade de afastar sua incidência na primeira operação de movimentação financeira em moeda nacional que seja fato gerador, após a chamada operação de fechamento de câmbio, realizada por instituições bancárias autorizadas pelo Banco Central para trocar para 'Reais' a moeda estrangeira dada em pagamento ('receita decorrente de exportação') da mercadoria exportada. Nessas operações, tais instituições são legalmente obrigadas a reter e recolher a CPMF respectiva, de acordo com a legislação de regência.

[...] o perigo na demora (autorizador do deferimento da medida liminar ora pleiteada), resta plenamente evidenciado diante do risco de referendar-se a cobrança manifestamente inconstitucional de CSLL e CPMF sobre as 'receitas decorrentes de exportação' durante a pendência do julgamento desta matéria (objeto do presente RE n. 537.200)" (fls. 3-7).

Decido.

Destaco, inicialmente, que esta Corte ainda não se pronunciou quanto à questão posta nestes autos, tendo o Ministro Marco Aurélio determinado o sobrestamento do RE n. 518.532/RJ até o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 462.298-0/PR e 471.287-3/RS, que tratam da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação. Em caso semelhante, o Tribunal Pleno concedeu liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, estando o acórdão assim ementado:

"TRIBUTO. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL. Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Inadmissibilidade. Ofensa aparente ao disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da CF, incluído pela Emenda Constitucional n. 33/2001. Pretensão de inexigibilidade. Razoabilidade jurídica, acrescida de perigo de dano de reparação dificultosa. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem. Liminar cautelar concedida para esse fim. Aparenta ofender o disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da Constituição da

República, incluído pela Emenda n. 33/2001, a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL calculada sobre as grandezas específicas que decorram de receitas de exportação" (AC n. 1.738-MC/SP, Tribunal Pleno, relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 19-10-07).

Com relação ao recolhimento da CSLL, portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando-se o argumento da requerente, à fl. 10, de que a cobrança da contribuição, cuja constitucionalidade está sendo questionada nesta Corte, implicará transtornos ao exercício regular de suas atividades.

No tocante à Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), esclareço que a presente cautelar não está instruída com as peças necessárias ao julgamento, contudo, examinando os autos do recurso extraordinário ao qual se objetiva o efeito suspensivo, verifico que o acórdão recorrido está assim fundamentado:

"[...] não há fundamento para reconhecer a imunidade prevista no artigo 149 da CF em relação à CPMF porque o seu fato gerador é a movimentação financeira, não havendo incidência sobre receita.

"Assim, verificada a incompatibilidade setorial das imunidades e a impossibilidade de interpretá-las extensivamente, mantenho a sentença fustigada" (fl. 122v.).

Com efeito, tendo a CPMF fato gerador decorrente da movimentação financeira, entendo, pelo menos nesse exame preliminar, não ser possível identificar a fumaça do bom direito em tomo do artigo 149 da Constituição Federal.

Do exposto, defiro parcialmente a medida liminar, *ad referendum* da Primeira Turma desta Corte (art. 21, V, RISTF), para suspender a execução do acórdão apenas quanto à incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Determino sejam os presentes autos apensados ao Recurso Extraordinário n. 537.200/SC.

Intime-se (fls. 24- 26).

Posteriormente, determinei a devolução dos autos ao tribunal de origem para que fosse aplicado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

> Vistos.
>
> O Plenário desta Corte, em sessões realizadas por meio eletrônico, concluiu, no exame dos Recursos Extraordinários n. 566.259/RS, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, e 564.413/SC, relator o Ministro Marco Aurélio, pela existência da repercussão geral das matérias constitucionais versadas nestes autos.
>
> Trata-se da discussão acerca da possibilidade de aplicação da imunidade objetiva prevista no artigo 149, § 2º, inciso l, da Constituição Federal à cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira — CPMF.
>
> Na Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, Presidente, no Agravo de Instrumento n. 715.423/RS, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, na sessão de 11/6/08, decidiu que o regime previsto no artigo 543-B, §§ 1° e 3º, do Código de Processo Civil, na hipótese de já ter sido reconhecida por esta Corte a repercussão da matéria constitucional discutida nos autos, aplica-se, também, aos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados anteriormente a 3 de maio de 2007 e aos agravos de instrumento respectivos.
>
> Na sessão do Pleno de 20-8-08, no julgamento da Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Cezar Peluso, Relator, no Recurso Extraordinário n. 540.410/RS, este Tribunal decidiu, em situação similar à anterior, pela devolução dos autos ao tribunal local para os fins do disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.
>
> Assim, nos termos do artigo 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, determino a devolução dos autos ao tribunal de origem para que seja aplicado o disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Trago os autos da ação cautelar para referendo da decisão concessiva da liminar.

É o relatório.

VOTO

Os autos tratam de pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário que trata da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação.

Deferi o pedido de liminar para suspender a execução do acórdão no tocante à incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), decisão que trago agora para referendo, com a seguinte fundamentação:

> Destaco, inicialmente, que esta Corte ainda não se pronunciou quanto à questão posta nestes autos, tendo o Ministro Marco Aurélio determinado o sobrestamento do RE n. 518.532/RJ até o julgamento dos Recursos Extraordinários n. 462.298-0/PR e 471.287-3/RS, que tratam da legitimidade da exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidente sobre a receita decorrente de exportação. Em caso semelhante, o Tribunal Pleno concedeu liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, estando o acórdão assim ementado:
>
> "TRIBUTO. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL. Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Inadmissibilidade. Ofensa aparente ao disposto no art. 149, § 2º, l, da CF, incluído pela Emenda Constitucional n. 33/2001. Pretensão de inexigibilidade. Razoabilidade jurídica, acrescida de perigo de dano de reparação dificultosa. Efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem. Liminar cautelar concedida para esse fim. Aparenta ofender o disposto no art. 149, § 2º, inc. I, da Constituição da República, incluído pela Emenda n. 33/2001, a exigência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido — CSLL calculada sobre as grandezas específicas que decorram de receitas de exportação" (AC n. 1.738-MC/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 19-10-07).
>
> Com relação ao recolhimento da CSLL, portanto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ressaltando-se o argumento da requerente, à fl. 10, de que a cobrança da contribuição, cuja constitucionalidade está sendo questionada nesta Corte, implicará transtornos ao exercício regular de suas atividades (fl. 25).

Esclareço, ainda, que o tema está sendo apreciado no Plenário desta Suprema Corte, no julgamento do RE n. 564.413/SC, com meu voto e os dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto para negar provimento ao recurso e os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Cezar Peluso e a Ministra Cármen Lúcia dando provimento ao recurso do contribuinte. Em seguida, pediu vista a Ministra Ellen Gracie, em 4-12-08.

Como se vê, a questão permanece indefinida, motivo pelo qual considero pertinente a manutenção da liminar, na forma deferida.

Determino, nos termos do entendimento firmado na AC n. 2.177/PE, que a presente cautelar seja encaminhada ao tribunal de origem para que seja apensada ao RE n. 537.200/SC.

RECLAMAÇÃO

Reclamação n. 6.387-9, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Ellen Gracie
Reclamante: Júlio Cezar Vargas
Advogado: Dr. James José da Silva
Reclamado: Relator do *HC* n. 111.883, do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. PRERROGATIVA DE PRISÃO EM SALA DE ESTADO. MAIOR. AVALIAÇÃO DO CASO CONCRETO. PRISÃO EM BATALHÃO DE POLÍCIA MILITAR. IMPROCEDÊNCIA.

1. A reclamação tem como objeto possível descumprimento do disposto no art 7º, inciso V, da Lei n. 8.906/94, norma cuja constitucionalidade foi reconhecida no julgamento da ADIn n. 1.127/DF por esta Corte.

2. O tema referente ao recolhimento de advogado em sala de estado-maior até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória envolve a própria definição da noção de sala de estado-maior. Em precedente desta Corte, considerou-se que se trata de "compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa ser utilizado pelo grupo de Oficiais que assessoram o Comandante da organização militar para exercer suas funções, o local deve oferecer instalações e comodidades condignas" (Rcl. n. 4.535, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

3. A questão referente à existência de grades nas dependências da sala de estado-maior onde o reclamante se encontra recolhido,

por si só, não impede o reconhecimento do perfeito atendimento ao disposto no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94 (Rcl. n. 5.192, rel. Min. Menezes Direito).

4. Não houve descumprimento de julgado desta Corte, já que o juiz federal e o Tribunal Regional Federal preservaram as garantias inerentes à situação do reclamante, atendendo às condições de salubridade, luminosidade e ventilação.

5. Reclamação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar improcedente a reclamação, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 23 de outubro de 2008.

Ellen Gracie, Relatora

RELATÓRIO

1. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, fundada nos arts. 102, I, *l*, da Constituição da República, 13 a 18 da Lei n. 8.038/90 e 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, ajuizada por Júlio Cezar Vargas, advogado, contra ato praticado pelo Relator do Superior Tribunal de Justiça no HC n. 111.883, que indeferiu a liminar requerida quanto à concessão da prisão domiciliar ao reclamante.

Alega o reclamante, em síntese, que continua com o *status* de advogado, regularmente inscrito na OAB/SC, tendo sido reconhecido o direito

de ser recolhido em estabelecimento prisional qualificado como *sala de estado-maior* e, na sua falta, de ficar em prisão domiciliar. No julgamento da ADin n. 1.127-8, o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 7º, inciso V, da Lei n. 8.906/94.

Narra que foi preso em Fortaleza/CE, sendo transferido para Joinville/SC, onde foi colocado numa cela da Delegacia de Polícia Federal e, posteriormente, numa cela da carceragem da Polícia Federal em Florianópolis/SC. Devido à sua insistência, foi transferido para o Batalhão da Polícia Ambiental de Joinville/SC. A defesa do reclamante e o Presidente da OAB/Seccional de Joinville ingressaram com *habeas corpus* no TRF da 4ª Região, tendo a juíza conseguido "nova vaga" para o reclamante no 14º Batalhão da Polícia Militar da 3ª Companhia.

O TRF considerou que o local onde o reclamante se encontra preso atenda aos requisitos legais. Aduz que a sala de estado-maior não se confunde com prisão especial a que alude a Lei n. 10.258/01. A disciplina contida no art. 295 do CPP não permite que o preso seja colocado em local "preso por grades" (fl. 20). A Lei n. 10.258/01 não alterou o direito dos jornalistas, membros do Ministério Público, magistrados e advogados de que sua prisão cautelar seja feita em sala desprovida de grades.

Aduz que, não havendo sala de estado-maior na localidade, é de rigor o recolhimento do advogado em prisão domiciliar.

Assim, requer seja julgada procedente a reclamação para o fim de determinar que o reclamante cumpra a prisão domiciliar ou que lhe seja concedida liberdade provisória até o trânsito em julgado da ação penal.

2. Decisão que indeferiu o pedido de liminar (fls. 79-80).

3. Manifestação do Ministério Público no sentido da improcedência do pedido (fls. 82-85).

4. Pedido de reconsideração formulado pelo reclamante sob o fundamento da ocorrência de fato novo (fls. 101-110).

É o relatório.

VOTO

1. A reclamação ajuizada tem como objeto possível descumprimento do disposto no art. 7º, inciso V, da Lei n. 8.906/94, norma cuja constitucionalidade foi reconhecida no julgamento da ADIn n. 1.127/DF por esta Corte.

Assim, o reclamante argumenta que a juíza federal e o Tribunal Regional Federal descumpriram o dispositivo legal sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.

2. A esse respeito, por serem pertinentes, transcrevo as ponderações apresentadas pelo Senhor Procurador-Geral da República na sua manifestação (fls. 83-85):

> Compulsando os autos, verifica-se que, em momento algum, o Juízo da 2ª Vara Federal de Joinville/SC e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região insurgiram-se contra a constitucionalidade do inciso V, do art. 7º do Estatuto da OAB.
>
> Pelo contrário, ao longo do Inquérito Policial, os Juízos buscaram preservar as garantias inerentes à situação do Reclamante, transferindo-o para diversos locais sempre com o intuito de que estivesse recolhido em local que atendesse aos requisitos legais, com condições de salubridade, luminosidade e ventilação (fls. 41; 47-48; 86-87; 139-143; 172 e 180-182 do Apenso).
>
> Outrossim, consoante documento encaminhado pelo 14º Batalhão de Polícia Militar, o Reclamante está recolhido em local destinado a Oficiais, denominado Sala de Estado-Maior da Companhia, junto com mais 3 (três) advogados e traz consigo pertences de uso pessoal, tais como, *notebook* e forno micro-ondas, o que demonstra claramente que usufrui situação diferenciada em relação aos demais presos provisórios (fls. 163-164, Apenso).

Desse modo, ante tal situação, é plenamente justificável que o Ministro Relator Nilson Naves tenha requisitado informações à autoridade coatora a fim de comprovar a veracidade das alegações apresentadas por Júlio Cezar Vargas.

No que diz respeito ao cerne da questão, o Ministério Público Federal reafirma seu entendimento de que, desde que se garanta ao advogado regularmente inscrito nos quadros da OAB o recolhimento em local condizente com a dignidade inerente ao exercício profissional, alcançado está, sem dúvidas, o escopo pretendido pela norma contida no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94.

Assim, se o local onde Júlio Cezar Vargas encontra-se recolhido é dotado dos atributos exigidos pelo art. 295 do CPP, que dispõe sobre a prisão especial, apresentando condições regulares de higiene, instalações sanitárias satisfatórias, correspondentes à Sala de Estado-Maior, não há justificativa para a concessão da prisão domiciliar.

Se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 1.127/DF, afastou a aplicabilidade do art. 295, do CPP em prol da norma prevista no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94, por outro, tal orientação não prejudicou a incidência subsidiária da lei processual penal, na hipótese de impossibilidade material da execução da regra contida no Estatuto da OAB, verificada quando, de fato, inexistir sala de Estado-Maior disponível ao recolhimento do custodiado.

Ressalte-se que, havendo local revestido das garantias necessárias à preservação da prerrogativa legal consubstanciada no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94, inadequada é a transferência de Júlio Cezar Vargas para a prisão domiciliar ou a concessão de sua liberdade provisória, que são medidas de caráter excepcional, cabíveis em situações de extrema gravidade, notadamente, em razão da dificuldade enfrentada pelas autoridades na fiscalização do seu efetivo cumprimento.

Portanto, a decisão adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao mesmo tempo em que resguardou, no plano fático, a prerrogativa legal contida no art. 7º, F, da Lei n. 8.906/94, assegurou a eficácia da prisão provisória imposta ao Reclamante, não se caracterizando, desse modo, em ofensa ao acórdão proferido na ADI n. 1.127/DF.

Igualmente, a posição adotada no *Habeas Corpus* n. 111.883/SC em buscar elementos que sirvam para embasar a concessão ou denegação da medida liminar não afronta a qualquer decisão do Supremo Tribunal

> Federal, longe disso, considerando que o próprio texto constitucional dispõe sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais em seu art. 93, IX.

3. O tema referente ao recolhimento de advogado em sala de estado-maior até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória envolve a própria definição da noção de sala de estado-maior. Em precedente desta Corte, considerou-se que se trata de

> compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa ser utilizado pelo grupo de Oficiais que assessoram o Comandante da organização militar para exercer suas funções, o local deve oferecer instalações e comodidades condignas (Rcl. n. 4.535, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A esse respeito, aproveito para transcrever ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal em hipótese semelhante à presente (Rcl. n. 5.192/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 25-4-2008):

> Reclamação. Prisão especial. Advogado. Ordem concedida para determinar o recolhimento em sala de estado-maior. Alegado descumprimento. 1. A sala onde determinada a prisão do reclamante não foge aos critérios adotados no precedente desta Corte (Reclamação n. 4.535, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7-5-07), mencionada como parâmetro para definição do conceito de sala de Estado-Maior no acórdão do *Habeas Corpus* n. 90.707/SP, ao qual se aponta descumprimento. 2. Avaliados todos os elementos fáticos ressaltados nas informações prestadas pela Douta Juíza de Direito, no sentido de estar o acusado recolhido em sala pertencente às dependências de Comando das Forças Auxiliares (Polícia Militar), no mesmo local em que também estão recolhidos dois Juízes de Direito, com instalações e comodidades adequadas à higiene e à segurança, afasta-se a alegação de violação do julgado desta Suprema Corte. 3. Reclamação improcedente .

4. A questão referente à existência de grades nas dependências da sala de estado-maior onde o reclamante se encontra recolhido, por si só, não impede o reconhecimento do perfeito atendimento ao disposto no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94. Nesse sentido, trago à colação o julgamento da Reclamação n. 5.192, em que se afirmou que existência de grades em ou-

tras dependências do Batalhão de Polícia, e não apenas no compartimento destinado ao reclamante, não é impeditiva à consideração de o advogado encontrar-se preso em sala de estado-maior (rel. Min. Menezes Direito).

5. Não há, portanto, nos autos descumprimento de julgado desta Corte, uma vez que o juiz federal e o Tribunal Regional Federal preservaram as garantias inerentes à situação do reclamante, atendendo às condições de salubridade, luminosidade e ventilação. O reclamante encontra-se recolhido em local destinado aos oficiais, portando vários pertences de ordem pessoal, como aparelho de *notebook* e forno micro-ondas, recebendo tratamento diferenciado comparativamente aos demais presos provisórios.

Quanto ao "pedido de reconsideração" da decisão que indeferiu o pedido de liminar nos autos desta reclamação, resta prejudicado em razão deste julgamento. Ademais, a circunstância de haver um policial rodoviário federal "no mesmo ambiente" em que se encontra o reclamante não altera a solução para a presente reclamação (porque há profissionais da advocacia também no mesmo local).

6. Ante o exposto, julgo improcedente o pedido de reclamação.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recurso Extraordinário n. 594.209-1, de Santa Catarina

Relator: Ministro Cezar Peluso
Recorrentes: Martinho Dietrich e Arno de Souza
Advogados: Drs. Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin e outro
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

RECURSO. Extraordinário. Apelação criminal. Juntada de documentos, pela acusação, após o oferecimento de contrarrazões de apelação pela defesa. Oportunizado o contraditório, não houve manifestação. Não há formalidade a ser observada, bastando a intimação da parte interessada. Omissão propositada do defensor, que, intimado, não ofereceu resposta. Inteligência do art. 565 do CPP. Nulidade não caracterizada, porque provocada pela defesa. Recurso não provido. A parte não pode beneficiar-se de nulidade que provoque. A propositada omissão do defensor, que, devidamente intimado, não se desincumbiu do ônus de responder, descaracteriza eventual nulidade. Ademais, não há formalidade por obedecer em tais situações, bastando, para efeito de observância das garantias processuais da defesa, intimação para manifestação oportuna da parte interessada. Não há, pois, nulidade por pronunciar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 25 de novembro de 2008.

Ministro Cezar Peluso, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

> DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTS. 39, 44 E 64 DA LEI N. 9.605/98. TERRENO DE MARINHA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CORTE DE ÁRVORES E EXTRAÇÃO DE ESPÉCIES MINERAIS. MATA ATLÂNTICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL. ZONA COSTEIRA. PERMISSÃO/AUTORIZAÇÃO INEXISTENTES À DATA DOS FATOS OU EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM CONCRETO. INTERRUPÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. MARCO INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO. PRECEDENTES DO STJ.
>
> 1. Hipótese em que o terreno em questão, além de estar localizado em área de preservação permanente coberta por Mata Atlântica e na Zona Costeira, constitui-se em terreno de marinha, a justificar a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito. 2. Com relação ao disposto nos arts. 39, 44 e 64 da LCA, a permissão e/ou autorização expedida pelo órgão ambiental após a efetiva realização da conduta não tem o condão de descaracterizar o elemento normativo exigido pelo tipo. Ademais, na espécie, o agir dos acusados extrapolou

> as disposições expressas da autorização ambiental, pelo que se impõe a reforma da sentença absolutória. 3. Fixada a pena em concreto inferior a um ano, o prazo prescricional esgota-se em 2 (dois) anos, lapso já transcorrido entre o marco inicial para contagem do prazo, qual seja, o recebimento do aditamento à denúncia (precedentes do STJ) e os dias atuais (fl. 420).

Alegam os recorrentes violação ao art. 5°, inc. LV, da Constituição Federal, em virtude da juntada de documentos após apresentação das contrarrazões de apelação, e requerem seja conhecido e provido o recurso, para que seja anulado o acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

1.Frágil o recurso.

Alegam os recorrentes que

> o Ministério Público ofereceu as razões de apelação sem efetivar a juntada dos documentos de fls. 286/356 — e portanto a eles já teria acesso —, e ao tê-lo feito somente após as contrarrazões da defesa inviabilizou o exercício do contraditório e da ampla defesa de parte dos recorrentes (fl. 531).

Sustentam que, suposto tenha havido intimação da defesa para que se pronunciasse a respeito dos documentos (fl. 396), aos quais não ofereceu resposta,

> o comportamento processual da acusação, tendo optado por juntar documentos quando já encerrado o contraditório recursal [...] deveria ter ensejado outro encaminhamento de parte do nobre relator, diverso do que adotou. Ao invés de ter julgado o apelo ministerial no mérito deveria Sua Excelência ter convertido o julgamento em diligência e propiciado a reabertura da instrução probatória (fl. 531).

Justificando-se, o subscritor do recurso alega que "não exerceu o contraditório sobre tais documentos", porque "já esgotado o contraditório recursal" (fl. 534), e que "o silêncio da defesa não é capaz de afastar a violação ao art. 5º, LV, da CF, ao contrário do afirmado no acórdão dos embargos pelo Tribunal recorrido. Mesmo que a defesa tivesse se manifestado, ainda assim não restaria [*sic*] afastada a nulidade insanável aqui sustentada" (fl. 535).

Os recorrentes mesmos admitem ter sido intencional sua inércia em atender ao despacho de fl. 396, que lhes facultara manifestarem-se sobre os documentos juntados. Ora, escusa advertir que a parte não pode beneficiar-se de nulidade que provoque. A propositada omissão do defensor, que se não desincumbiu do ônus de responder, consoante certificou o Tribunal *a quo* (fls. 398, cc. fls. 396), descaracteriza eventual nulidade, conforme o disposto no art. 565 do Código de Processo Penal.

Ademais, anoto que, diversamente do que se sustenta, não há formalidade por observar em tais situações, bastando, para efeito de observância das garantias processuais da defesa, intimação para manifestação oportuna da parte interessada. É que, se, quanto à extensão do recurso, o Tribunal *ad quem* fica adstrito à argumentação do recorrente, sua profundidade abrange todas as questões relevantes para o julgamento, gozando nisso, o Tribunal, de amplos poderes instrutórios.

Assim, pode conhecer da força de documentos tardios, se entender necessária à decisão do recurso, tendo por limite apenas o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Só haveria nulidade, se o Tribunal *a quo* não tivesse, em afronta às garantias do art. 5°, inc. LV, da Constituição da República, aberto prazo para manifestação, que não ocorreu por exclusivo e soberano alvitre da defesa.

Não há, pois, nulidade por pronunciar.

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 94.350-1, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Cármen Lúcia
Recorrentes: Luís Batschauer e Anselmo Batschauer
Advogados: Drs. Elton Jessi Voltolini e outro
Recorrido: Ministério Público Federal

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. JUNTADA DE PARECER E ADITAMENTO DA APELAÇÃO. DOCUMENTO: NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Parecer da lavra de jurista renomado não constitui documento nos termos da legislação processual penal vigente.

2. A apelação da defesa, salvo limitação explícita no ato de sua interposição, devolve ao Tribunal todas as questões relevantes do processo, independentemente de elas terem sido arguidas pelos Recorrentes nas razões de apelação ou, no caso, no pedido de aditamento.

3. Recurso Ordinário ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a presidência do Mi-

nistro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

Brasília, 14 de outubro de 2008.

Cármen Lúcia, Relatora

RELATÓRIO

1. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, interposto por Anselmo Batschauer e Luís Batschauer, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, em 20 de outubro de 2005, denegou a ordem no *Habeas Corpus* n. 44.780.

2. O eminente Relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca, expôs o caso e decidiu nos termos seguintes:

> [...] Cuida-se de *habeas corpus* [...] contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que indeferiu a juntada de aditamento da apelação feita extemporaneamente.
>
> Consta dos autos que os pacientes foram condenados pelo cometimento do delito previsto no art. 95, *d*, da Lei n. 8.212/91 c/c art. 71 do Código Penal à pena de 3 anos de reclusão.
>
> Após a interposição do recurso de apelação, veio a defesa requerer a juntada de "Aditamento às Razões de Apelação", o que foi indeferido pelo Relator Convocado no Tribunal *a quo*.
>
> Formulado pedido de reconsideração, o qual foi também negado, assim como o agravo regimental foi desprovido, sob a alegação de que o aditamento fora feito fora do prazo legal.
>
> Neste *writ* alegam os pacientes ter havido cerceamento de defesa, em virtude de não ter sido respeitada a sua garantia de juntar documentos a qualquer tempo, a teor do que dispõe o art. 231 do CPP.
>
> Apontam, por fim, a nulidade da decisão que não recebeu o aditamento à apelação por falta de motivação, pleiteando que outra seja proferida com o recebimento dos documentos citados.

[...]

A ordem não comporta concessão. Se não, vejamos:

Não se olvida que o artigo 231 do Código de Processo Penal faculte às partes a juntada de documentos em qualquer fase processual.

Entretanto, tal regra não é absoluta, devendo ser interpretada de maneira ponderada.

Tendo o julgador verificado que o recurso de apelação interposto pela defesa é suficiente para a análise do caso a ele submetido, inocorre qualquer nulidade ou cerceamento de defesa.

Há que se ter em mente que o processo penal persegue a verdade real, o que pode ser alcançado considerando-se as demais provas constantes dos autos.

Nesse sentido, trago a lume o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS. APELAÇÃO. INDEFERIMENTO. CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA.

"1 — Não obstante os arts. 231 e 400, ambos do CPP, facultarem a juntada de documentos, até mesmo após a sentença, a regra não é absoluta, comportando, por isso mesmo, temperamentos. É que, se no processo penal busca-se a verdade real, isso também depende, não só da oportunidade de apresentação de documentos, mas, sobretudo, do bom andamento do feito, devendo o juiz para isso indeferir requerimentos com nítidos propósitos protelatórios e tumultuários, como ocorre no caso presente.

"2 — Ordem denegada" (*HC* n. 20820/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17-3-2003).

Outrossim, em respeito ao princípio *pas de nullité sans grief*, deve a parte demonstrar o efetivo prejuízo que lhes fora causado com o não recebimento do documento, o que não ocorreu no caso presente.

Amoldam-se à hipótese os artigos 563 e 566 do Código de Processo Penal, que detêm o seguinte teor:

"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

> ”Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.
>
> Por fim, tenha-se que a decisão atacada foi alvo de debate não só quando da análise do pedido de reconsideração, mas também quando da interposição de agravo regimental, embargos de declaração, embargos infringentes, recursos especial e extraordinário e agravo de instrumento. Ou seja, resta completamente afastada a tese de patente nulidade, como pretende fazer crer a defesa.
>
> À vista do exposto, denego a ordem (fls. 495-497).

3. Contra aquele acórdão foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados, *verbis*:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OMISSÕES E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão “ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão”.
>
> 2. Para se configurar a contradição, é necessário que a fundamentação do julgado esteja em desarmonia com a conclusão atingida, o que em nenhum momento foi demonstrado pelos Embargantes.
>
> 3. Não padece de vício de omissão o acórdão embargado que, apreciando toda a matéria da impetração de acordo com a jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, deixa de discutir matérias fáticas que não foram, sequer, levantadas ou discutidas nas instâncias originárias.
>
> 4. O real objetivo dos Embargantes é conferir efeitos modificativos aos presentes embargos, visando revisão do julgamento da questão que não lhes foi favorável. Pretensão que não se coaduna com a via eleita, que tem a finalidade de sanar eventual omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, inexistentes na espécie.
>
> 5. Embargos de declaração rejeitados (fl. 578).

4. No presente Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, reiteram-se as questões suscitadas perante o Superior Tribunal de Justiça, notadamente a de que o indeferimento da "juntada de documentos e aditamento" teria contrariado os arts. 5º, inc. LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República.

Requerem o provimento do presente recurso para que sejam declarados nulos os atos posteriores à prolação do acórdão "[...] que não apreciou os referidos documentos e nulidades protocolados [...]" (fl. 601).

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo "[...] desprovimento do recurso [...]" (fl. 690).

É o relatório.

VOTO

1. A Procuradoria-Geral da República se manifestou nos termos seguintes:

> 8. Primeiramente, cabe ressaltar que o art. 231 do CPP, invocado pelos recorrentes, está inserido no Capítulo que trata de documentos (Capítulo IX), estes entendidos como meio de provas. Assim, o chamado pelos recorrentes "Aditamento às Razões de Apelação", peça esta acompanhada de parecer do Professor Damásio E. de Jesus, não são, tecnicamente, meio de provas que possibilitem a juntada a qualquer tempo e em qualquer instância. Quando muito, a referida peça poderia ser recebida como "memorial".
>
> 9. Ademais, conforme ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo o julgador verificado que o recurso de apelação interposto pela defesa é suficiente para a análise do caso a ele submetido, inocorre qualquer nulidade ou cerceamento de defesa o indeferimento de peças avulsas que não se caracterizam como meio de provas.
>
> 10. Por fim, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grief*, deveria a defesa dos ora recorrentes ter demonstrado o efetivo prejuízo que foi causado com o não recebimento do citado documento, o que não ocorreu *in casu*. Assim sendo, nos termos dos arts. 563 e 566 do CPP,

> não há declarar a nulidade dos atos posteriores à prolação do acórdão que julgou a apelação.
>
> 11. Isso posto, opino pelo desprovimento do recurso (fls. 689-690).

2. Correto o parecer, cujos fundamentos adoto como razão de decidir.

3. Comentando os artigos 231 e seguintes do Código de Processo Penal, ensina Guilherme de Souza Nucci que "toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato juridicamente relevante" (*Código de processo penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 414) deve ser considerada documento.

A dizer, o parecer elaborado pelo Prof. Damásio E. de Jesus, por não se tratar de um escrito destinado à prova — passível de ser submetido ao contraditório e apresentado em qualquer fase do processo —, não pode ser qualificado como um documento nos termos da legislação processual penal vigente.

É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que os "pareceres opinativos [...] não se equiparam a documentos" (RE n. 93.243, rel. Min. Thompson Flores, DJ 5-12-1980), e que a eventual "juntada de parecer da lavra de importante jurista" sequer "induz à abertura de vista à contraparte" (RE n. 357.447-AgR-ED, rela. Mina. Ellen Gracie, DJ 6-8-2004).

4. Mesmo que se pudesse cogitar da possibilidade de se enquadrar o referido parecer nos termos pretendidos pelos Recorrentes, é de se ressaltar que, quanto ao indeferimento do pedido de aditamento às razões de apelação, nada há de se rever na decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pois, como é cediço, a apelação da defesa, salvo limitação explícita no ato de sua interposição, devolve ao Tribunal todas as questões relevantes do processo, independentemente de

elas terem sido arguidas pelos Recorrentes nas razões de apelação ou, no caso, no pedido de aditamento.

Ademais, apesar de alegado pelos Recorrentes que "o aditamento teria decorrido através de peticionamento pouco tempo após a distribuição do processo no TRF4" (fl. 597), as provas juntadas aos autos revelam que *a*) em 7 de agosto de 2000, as razões de apelação foram oferecidas pelos Recorrentes perante o Juízo da 2ª Vara Federal de Joinville-SC (fls. 50-102); *b*) em 24 de novembro de 2000, a apelação foi distribuída no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 597 e 626); e *c*) em 3 de outubro de 2001, o pedido de aditamento às razões de apelação foi apresentado pelos Recorrentes perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 104-325 e 624); ou seja, o pedido de aditamento não ocorreu — como querem fazer crer os Recorrentes — em "menos de dois meses depois da distribuição" (fl. 597), mas, sim, quase um ano depois da distribuição da apelação naquele Tribunal Regional Federal.

5. Pelo exposto, encaminho a votação no sentido de negar provimento ao presente recurso.

É o meu voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 95.149, de Santa Catarina (2008/0080571-1)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Agravante: União
Procuradora: Flavia Martins Affonso
Agravada: Hilda Mauricia de Souza
Advogada: Fernanda Maria Besen Couto
Interessado: Estado de Santa Catarina

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE RECONHECEU A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. JUÍZO QUE CUMPRIU O OFÍCIO EXPEDIDO PELO STJ E PROLATOU DECISÃO. PERDA DE INTERESSE DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. As informações trazidas pelo Estado de Santa Catarina e documentos anexados noticiam que já foi exarada decisão nos autos da ação originária pelo Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, em cumprimento ao ofício expedido por esta Corte no presente conflito de competência. Desse modo, resta patente a perda de interesse no agravo regimental que ora se apresenta para reformar a decisão que dirimiu o conflito de competência, e que já teve cumprimento.

2. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2008.

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto pela União (fls. 75-85) contra decisão de fls. 69 e 70, que concluiu pela perda de interesse do agravo regimental posto já haver sido cumprida, pelo juízo *a quo*, a decisão que dirimiu o conflito de competência. Eis os seus termos (fl. 69):

> As informações trazidas pelo Estado de Santa Catarina, na petição de fls. 67-81 (reclamação), e documentos anexados, noticiam que já foi exarada decisão nos autos da ação originária pelo Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, em cumprimento ao ofício expedido por esta Corte no presente conflito de competência.
>
> Desse modo, resta patente a perda de interesse no agravo regimental que ora se apresenta para reformar a decisão que dirimiu o conflito de competência, e que já teve cumprimento.

Sustenta a agravante, em suma, que não há perda de interesse no julgamento do conflito de competência quando da prolação de sentença quando se trata de competência absoluta. E concluiu que o tema deve ser afeto à Corte Especial do STJ para que declare a competência do suscitante, Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

O pleito não oferece condições de obter êxito.

As informações trazidas pelo Estado de Santa Catarina, na petição de fls. 67-81 (reclamação), e documentos anexados noticiam que já foi exarada decisão nos autos da ação originária pelo Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, em cumprimento ao ofício expedido por esta Corte no presente conflito de competência. Desse modo, resta patente a perda de interesse no agravo regimental que ora se apresenta para reformar a decisão que dirimiu o conflito de competência, e que já teve cumprimento.

Assim exposto, julga-se prejudicado o presente agravo regimental.

É como voto.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*

Recurso em *Habeas Corpus* n. 18.670, de Santa Catarina (2005/0192930-4)

Relator : Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Edson Luiz Veiga Gonçalves
Advogado: Cilco Luiz Rufino da Silva
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA SANÇÃO. CONTROLE DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ATO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO DOS MEMBROS DO TRIBUNAL *A QUO*. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. O controle jurisdicional feito pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de *habeas corpus*, do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame de eventual ilegalidade do ato, não podendo o juiz invadir o mérito da decisão da autoridade militar e analisar a conveniência, oportunidade ou motivação do ato, pois demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere. Precedentes do STJ.

2. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca das alegações de suspeição e impedimento dos membros da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não pode este Superior Tribunal analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2008 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Edson Luiz Veiga Gonçalves, impugnando acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso em sentido estrito (Recurso Criminal n. 2005.020523-4) por ele interposto contra decisão que denegou o *writ* originário por inexistir ilegalidade ou abuso de poder na punição administrativa a ele imposta, estando o julgado assim resumido na ementa (fl. 231):

PROCESSUAL PENAL — AUDITORIA MILITAR — DECISÃO QUE DENEGOU *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO — AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA — RECURSO DESPROVIDO.

Não há afronta aos princípios da legalidade, moralidade ou dignidade da pessoa humana quando a punição disciplinar militar é justificada em procedimento disciplinar administrativo devidamente instaurado e processado de acordo com o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina — RDPMSC.

Sustenta que não há justa causa para a punição disciplinar a ele imputada, pois o ato não está vinculado ao exercício de sua função e, embora competente a autoridade coatora, faltam os pré-requisitos da motivação e da finalidade do ato, ferindo o princípio da legalidade. Alega, ainda, suspeição em relação ao Desembargador Amaral e Silva, que "antipatiza logo com qualquer profissional que faça qualquer crítica aos serviços prestados por seus pares da magistratura" (fl. 240) e impedimento do Desembargador Solon d'Eça Neves, que declarou ser prestador de serviços para a Escola de Oficiais da Polícia Militar daquele estado.

Requer, por esses motivos, o provimento do recurso para que, concedendo a ordem, seja anulado o acórdão impugnado.

Sem contrarrazões, o recurso foi admitido na origem e remetido a este Tribunal (fl. 245).

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 248-253).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, pugna o recorrente pela nulidade do acórdão proferido em sede de recurso em sentido estrito, em que pretendia a decretação da ilegalidade da punição disciplinar a ele imputada.

Quanto ao pedido de fl. 241, concedo, inicialmente, o benefício da assistência judiciária, nos termos da Lei n. 1.060/1950.

Colhe-se do acórdão ora impugnado:

> 1 - *Data venia*, primeiramente, observo que não há nos autos qualquer notícia de que o recorrente já tenha cumprido a punição disciplinar, pelo que entendo que o recurso não está prejudicado.
>
> 2 - No mérito, o inconformismo não merece prosperar.
>
> Não vislumbro qualquer afronta aos princípios da legalidade, moralidade ou dignidade da pessoa humana, eis que a punição disciplinar foi justificada em procedimento disciplinar administrativo devidamente instaurado e processado de acordo com o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina — RDPMSC.
>
> Ainda, conforme bem analisado pelo digno Juiz da Auditoria Militar, a conduta do recorrente é prevista como transgressão disciplinar pelo art. 13, item 1, anexo I, do RDPMSC, não havendo qualquer ilegalidade na aplicação da respectiva punição.
>
> Constou da decisão do culto e operoso Juiz, Dr. Getúlio Corrêa (fls. 150-154):
>
> "Quando se analisam sanções disciplinares é necessário ter um cuidado especial em relação aos princípios de hierarquia e disciplina, que correspondem ao fundamento das instituições militares.
>
> "Embora o art. 142, § 2º, da CF, seja expresso em vedar *habeas corpus* em relação a punições disciplinares, estas podem sofrer uma reavaliação do Judiciário, até em atendimento ao preceituado na mesma Carta Magna (art. 5º, LXVIII).
>
> "Assim a análise deve restringir-se a manifesta ilegalidade ou abuso de poder.
>
> "2 - *Punição por ato não relacionado à função*

"Alega o impetrante que o ato pelo qual o paciente foi punido não tem ligação com a função que exerce. No entanto, o Policial Militar tem uma série de obrigações relacionadas à ética policial militar, previstas no Estatuto dos Policiais Militares (Lei Estadual 6.218/83), em especial no art. 29, que muitas vezes não tem uma relação direta com as funções que este exerce na corporação, mas que sendo descumpridas podem caracterizar transgressão disciplinar.

"No caso, o paciente foi punido por frequentar lugar incompatível com seu nível social e o decoro da classe, o que caracteriza transgressão disciplinar consoante item 43 do Anexo 1 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina — RDPMSC, situação que encontra respaldo nos artigos 12 e 13 do mesmo regulamento, que tratam da definição de transgressão disciplinar:

'Art. 12 - Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da Ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

'Art. 13 - São transgressões disciplinares:

'1) todas as ações ou omissões contrárias à disciplina policial-militar especificadas no Anexo I do presente Regulamento;

'2) todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressão do Anexo I citado, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais-Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviços estabelecidas por autoridades competentes'.

"Dessa forma, o fato que deu origem à punição disciplinar, embora não tenha relação direta com as funções exercidas pelo impetrante, é previsto no art. 13, item 1 e Anexo I, ambos do RDPMSC como transgressão disciplinar, não existindo ilegalidade na aplicação da punição por este motivo.

"3 - *Ausência de audiência e de produção de provas*

"Também sustentou o impetrante que a inexistência de audiência e a falta de produção de provas tornam a aplicação da punição disciplinar nula.

> "Para aplicação de uma punição disciplinar no âmbito da Polícia Militar de Santa Catarina, devem ser atendidas as exigências do RDPMSC e do Regulamento de Processo Administrativo Disciplinar (Portaria n. 009/PMSC/2001).
>
> "No que se refere ao RDPMSC, deve-se observar a competência das autoridades para aplicação da punição, conforme art. 9º, assim como a forma (art. 28) e sua duração (Anexo III), o que foi obedecido pela autoridade impetrada.
>
> "Em relação ao Regulamento de Processo Administrativo — RPAD, foi observado o procedimento previsto nos arts. 62 a 64, ou seja, o sumaríssimo, no qual há oportunidade para que o processado apresente defesa, o que o fez na forma do art. 63, IV, conforme o documento de fl. 93, não procedendo a alegação de que a falta de audiência e de produção de provas tornam a punição nula, pois logo após a apresentação da defesa, o paciente poderia ter apresentado testemunhas e solicitado a produção de provas (art. 63, V, do RPAD)".
>
> Esta Corte já decidiu: [...].
>
> 3 — Pelo exposto, não vislumbrando ilegalidade ou abuso de poder na punição disciplinar, nego provimento ao recurso.

Como bem salientou o aresto impugnado, o ato de aplicação da punição disciplinar ao recorrente não apresenta nenhuma ilegalidade ou abuso de poder, tendo-se pautado nos arts. 13 e 14 do Regulamento de Processo Administrativo Disciplinar e 62 e 64 do Regulamento de Processo Administrativo.

Além disso, o controle jurisdicional feito por esta Corte, em sede de *habeas corpus*, do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame de eventual ilegalidade do ato, não podendo o juiz invadir o mérito da decisão da autoridade militar, analisando a conveniência, oportunidade ou motivação do ato, pois demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção

contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere.

> Nesse sentido:
>
> CRIMINAL. *HC*. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DESCABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* PARA A ANÁLISE DO MÉRITO DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. ORDEM DENEGADA.
>
> I. Em relação à punição disciplinar militar, só se admite a análise da legalidade do ato, via *habeas corpus*, quando encontrar-se em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão.
>
> II. Não evidenciada qualquer ilegalidade flagrante na sanção disciplinar militar, no tocante à competência do agente, ao direito de defesa e quanto às razões que apoiaram a autoridade administrativa, tem-se o *habeas corpus* como meio impróprio para atacar o mérito da punição disciplinar militar.
>
> III. Ordem denegada (*HC* n. 17.025/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 3-6-2002).
>
> RHC — *HABEAS CORPUS* — POLÍCIA MILITAR — SANÇÃO DISCIPLINAR — ADMISSIBILIDADE — INTELIGÊNCIA DO ART. 142, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — Não cabe *habeas corpus,* em relação a punições disciplinares militares. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competência do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, § 2º, da Constituição da República alcança a polícia militar porque auxiliar e reserva do exército (art. 144, § 5º) (RHC n. 1.375/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ de 16-10-1991).

Não havendo manifestação do tribunal de origem acerca das alegações de suspeição e impedimento dos membros da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não pode

o Superior Tribunal de Justiça analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 22.164, de Santa Catarina (2006/0128135-0)

Relator : Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Tatiana Passos
Advogados: Marco Antônio Ceni Lemos e outros
Impetrado: Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Procuradores: Mônica Mattedi e outros

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. EXCLUSÃO DE CANDIDATA APROVADA. EQUIPARAÇÃO À CONDIÇÃO DE DESISTENTE. SANÇÃO NÃO PREVISTA NO EDITAL.

1. Hipótese em que a candidata impetrante, aprovada em 11º lugar no Concurso para Ingresso na Atividade Notarial e de Registro, deixou de comparecer à sessão pública de escolha de serventias e, por isso, foi equiparada à condição de desistente do concurso.

2. O Edital do concurso em momento algum determinou a exclusão do certame dos candidatos que não comparecessem à sessão pública de escolha de serventias, nem previu para o fato a sanção de "desistência tácita". Diante da ausência da previsão dessa penalidade na lei editalícia, a candidata tem direito a permanecer no certame.

3. Entretanto, no caso em análise, a petição inicial do *mandamus* foi indeferida, sem ter havido notificação da autoridade apontada como coatora, nem manifestação do Ministério Público. Assim, inaplicável, *in casu*, a Teoria da Causa Madura. Precedentes do STJ.

4. Recurso ordinário parcialmente provido para, afastada a exclusão da recorrente do concurso, determinar a apreciação dos pedidos de mérito do mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

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 parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Dra. Suzana Maria Hias, pela parte recorrente, Tatiana Passos.

Brasília, 28 de outubro de 2008.

Ministro Herman Benjamin, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto com base no art. 105, II, *b*, da CF, contra decisão do Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao agravo regimental da recorrente.

Na origem, a candidata impetrou mandado de segurança contra ato do Conselho da Magistratura, representado por seus Presidente e

Vice-Presidente, que subscreveram o ato impugnado, qual seja o acórdão proferido nos autos do Processo Administrativo n. 214150-2004.7.

Na petição inicial do *mandamus,* relata que:

a) "Considerando a classificação que obteve neste processo seletivo e a persistente vacância do Ofício Imobiliário de Rio Negrinho (em virtude da voluntária desistência do candidato Eduardo Arruda Schroeder quanto a este Ofício), líquido e certo se mostra o seu direito de optar pela aludida serventia, isto tendo em vista o desinteresse dos candidatos que a precederam na ordem de aprovação referida" (fl. 5);

b) "A decisão do Conselho da Magistratura, todavia, constrangeu indevidamente esta prerrogativa da Impetrante, sendo que o fundamento erigido para denegar sua pretensão — 'equiparação' da candidata à condição de desistente — além de não encontrar suporte nas disposições do edital da concorrência, ofende o preceito legal e constitucional que impõe respeito, rigoroso, à ordem de classificação dos candidados" (fl. 5);

c) "Segundo as razões expostas no corpo do ato coator, a circunstância de a Impetrante não ter comparecido à sessão pública de opção, que havia sido designada na forma do inciso 15.5 do Edital n. 62/2000, alçar-lhe-ia à condição de desistente do concurso, isto a teor do subsequente inciso 15.12".

Em resumo, a impetrante alega possuir direito líquido e certo à nomeação e à investidura no Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Rio Negrinho, em razão da sua aprovação em 11º lugar no certame e de superveniente modificação da ordem de classificação do concurso, resultante da desistência dos candidatos aprovados em 2º e 3º lugares.

Afirma, também, que "em momento algum o aludido edital, notadamente o subitem 15.12 que fora invocado pelo v. Acórdão do Conselho da Magistratura como razão de decidir, imputa a condição de desistente

ao candidato que, aprovado no certame, não comparece à sessão pública de opção" (fl. 6).

O Relator indeferiu a petição inicial em face da ocorrência de preclusão temporal, declarando extinto o processo na forma do art. 8º da Lei n. 1.533/1951.

A recorrente interpôs, então, agravo regimental contra essa decisão, tendo o acórdão recebido a seguinte ementa (fl. 234):

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE DELEGAÇÕES DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. PROCESSO EXTINTO. AUSÊNCIA EM SESSÃO PÚBLICA PARA EXERCÍCIO DE OPÇÃO. DESISTÊNCIA TÁCITA. FALTA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Abstendo-se o candidato aprovado em certame de comparecer à audiência pública previamente designada e divulgada por Edital, *ex vi* do subitem 15.12 do Edital n. 62/2000, há desistência tácita, abdicando aquele do direito conquistado, que não pode ser ressuscitado.
>
> Há, nesse contexto, carência de direito líquido e certo (RSTJ 27/140 e 147/386), pois o direito "para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. Malheiros Editores. p. 37).

Contra essa decisão, a impetrante interpôs o presente recurso ordinário, requerendo a delegação definitiva do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Rio Negrinho ou, alternativamente, a designação de nova audiência pública de opção de serventias.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões, argumentando que:

> Muito embora convocada nos termos do item 15.5 do Edital do concurso (Edital 62/2000), a Recorrente não compareceu à sessão pública de opção, não obtendo, por isso, qualquer delegação. Tem-se, desta feita, que por ter praticado ato incompatível com o de opção por serventia na época oportuna, desistiu tacitamente do direito que se via investida, nos termos do subitem 15.12 do Edital n. 62/2000 (fl. 286).

A atual ocupante do Ofício de Registro de Imóveis de Rio Negrinho e litisconsorte passiva, Lígia Lilian Moser Zonta, também foi ouvida em contrarrazões, tendo arguido que:

> A recorrente precisava comparecer à sessão pública de escolha de serventia, no dia e hora designados no edital convocatório. Ao deixar de comparecer, perdeu a hora numa etapa do processo e a vez de continuar participando do certame. Seja porque descumpriu a obrigação de comparecer à sessão pública destinada à escolha de serventia, seja porque o termo transcorreu em branco, o direito da recorrente de participar do certame sofreu inevitável autoaborto (fl. 297).

O Ministério Público federal opinou pela anulação do acórdão recorrido em virtude da ausência de manifestação do Ministério Público estadual quanto ao cabimento e ao mérito do *mandamus* na instância de origem.

No mérito, manifestou-se pelo não provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia dos autos cinge-se ao estabelecimento dos efeitos do não comparecimento de candidata aprovada à sessão de escolha das serventias oferecidas no concurso público, apesar de regularmente notificada.

A resposta, por óbvio, está no edital.

Inicialmente, cabe observar que o certame compreende 5 fases distintas e sucessivas, conforme previsto no item 1.2: a) prova preliminar, b) prova técnica, c) prova oral, d) investigação de vida funcional e individual e e) prova de títulos.

O item 6.2 do Edital impõe o caráter eliminatório apenas às quatro primeiras fases, ou seja, às provas preliminar, técnica e oral, bem como à investigação de vida pregressa.

Além disso, a única menção do Edital à desistência está no item 15.12, que se refere aos prazos do item 15.7. Por relevante, transcrevo-os:

> 15.7. A investidura na delegação, perante o Secretário de Estado da Justiça e Cidadania dar-se-á em 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, uma única vez. Para entrar em exercício, o candidato designado, munido da documentação comprobatória da posse, deverá apresentar-se perante o Diretor do Foro da respectiva comarca, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da posse.
>
> 15.12. A inobservância dos prazos fixados no subitem 15.7 implicará na desistência do candidato, abrindo-se nova oportunidade de opção, respeitando-se a ordem de classificação do concurso, excluídos os desistentes.

Como relatado, a questão dos autos envolve a intepretação da cláusula 15.5 do Edital e de seus respectivos efeitos. Confira-se sua redação: "15.5 Os candidatos classificados serão convocados por publicação no Diário da Justiça para, em local, dia e hora designados, respeitada na escolha a ordem de classificação indicarem as serventias de sua preferência".

Da sua leitura decorre que o item 15.5 do Edital apenas prevê a convocação dos candidatos aprovados para a escolha das serventias de sua preferência. Vale dizer: o item 15.5 do Edital não estabelece sanção para o caso de não comparecimento à sessão de opção. Em verdade, não prevê efeito algum para a hipótese de ausência à sessão.

Por isso, imputar à candidata impetrante a condição de desistente, pelo fato de não ter comparecido à escolha de serventias, corresponde a aplicar-lhe uma sanção sem norma editalícia que a previsse.

Em outras palavras: o Edital, em nenhum momento, determinou que o comparecimento à sessão pública de escolha de serventias constituía um dever: nem quando enumerou as fases eliminatórias, nem quando listou as hipóteses em que o candidato seria considerado desistente. Dessa forma, o comparecimento à sessão consistia em um ônus, tendo a candidata a faculdade de comparecer ou não.

Por se tratar de um ônus, o único efeito do não comparecimento poderia ser a perda da faculdade de opção de serventia em relação aos outros candidatos que estiveram presentes à sessão pública, mas não a exclusão do certame, porque essa regra não estava prevista no Edital.

Por fim, reitero que a petição inicial do mandado de segurança foi indeferida pelo tribunal de origem, na forma do art. 8º da Lei n. 1.533/1951, não tendo havido notificação da autoridade apontada como coatora, nem manifestação do Ministério Público. Assim, é inaplicável na hipótese a Teoria da Causa Madura, conforme já decidido por esta Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL (ART. 8º DA LEI N. 1.533/51). JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO MANDAMENTAL (ART. 515, § 3º, DO CPC). IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. No caso dos autos, a petição inicial do mandado de segurança, impetrado pelos ora recorridos, foi indeferida liminarmente pelo julgador, com fundamento no art. 8º da Lei n. 1.533/51. Assim, não houve sequer as determinações contidas no art. 7º da referida lei, dentre elas a notificação da autoridade apontada como coatora para prestar informações, não se proporcionando ao requerido oportunidade de se manifestar nos autos, em evidente violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

> 2. Na hipótese examinada, não há falar em extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do Código de Processo Civil), tampouco em causa em "condições de imediato julgamento", o que afastaria a possibilidade do julgamento do mérito pelo Tribunal de origem, sob pena de grave violação dos mesmos princípios antes mencionados.
>
> 3. Recurso especial provido (REsp. n. 596.859/RR, rela. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 7-12-2006, DJ 1º-2-2007, p. 394).

Diante do exposto, afastado o indeferimento da petição inicial, dou parcial provimento ao recurso ordinário para determinar a análise do mérito do mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É como voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2001.011483-6, de Tubarão

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EXCLUSÃO DE PARTE DO POLO ATIVO DA DEMANDA – INTERLOCUTÓRIO ATACADO POR MEIO DE AGRAVO RETIDO, E NÃO DE INSTRUMENTO, COMO PREVIA A LEGISLAÇÃO EM VIGOR À ÉPOCA – APELAÇÃO CÍVEL – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE DE PARTE PARA RECORRER – AGRAVO RETIDO E APELO NÃO CONHECIDOS.

A decisão que, ainda que proferida em audiência, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, excluindo parte processual, merece ser atacada por meio de agravo de instrumento.

A parte excluída do feito por meio de interlocutório não combatido em tempo e modo, não mais detém legitimidade para interpor recurso de apelação bem como para requerer expressamente a apreciação, em preliminar, do agravo retido interposto.

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – REGRA DE CARÁTER RELATIVO QUE VEM SENDO MITIGADA A BEM DA CELERIDADE E EFETIVIDADE REQUERIDAS AO PROCESSO VIGENTE.

Para que seja reconhecida nulidade por conta do princípio da identidade física do juiz, não basta a simples alegação, é necessário

seja evidenciado o prejuízo suportado pela parte com a realização dos atos em desconformidade com o preceito invocado.

O princípio da identidade física do juiz vem sendo mitigado pelo Judiciário, não só a bem da celeridade e efetividade requeridas ao processo vigente, mas também em razão da realidade prática procedimental dos dias atuais.

CONTRATO – "TERMO DE COMPROMISSO" FIRMADO ENTRE OS LITIGANTES – INTERPRETAÇÃO CONFORME A VONTADE DAS PARTES PARA ALCANÇAR O REAL SENTIDO DO PACTO – EXEGESE DO ARTIGO 85 DO CC DE 1916, MODIFICADO PELO ARTIGO 112 DO CC DE 2002 – RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.011483-6, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível), em que são apelantes Despachante Tonon Ltda. e Clóvis Tonon, e apelada Comat – Comércio de Automóveis Tubarão Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido e da apelação cível interpostos por Clóvis Tonon e conhecer do apelo de Despachante Tonon Ltda., afastar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Despachante Tonon Ltda. e Clóvis Tonon ajuizaram ação de indenização c/c danos morais contra Comat – Comércio de Automóveis Tubarão Ltda.

Aduziram, em síntese, que Despachante Tonon Ltda. teria firmado "termo de compromisso" com a ré, pelo qual esta obrigava-se a encaminhar-lhe uma média de 20 veículos mensais, por um período de 24 meses, para

os serviços de despachante, fixado um valor máximo de R$ 30,00 por unidade, ultrapassável unicamente mediante autorização escrita.

Disseram, a par disso, que, violando o ajuste, a Comat teria encaminhado apenas 77 veículos dos 480 acordados no período, o que ensejara prejuízo de R$ 12.090,00 à empresa despachante.

Salientaram que, com o dinheiro esperado desses serviços, o autor Clóvis comprou da ré um automóvel financiado, assumindo a obrigação de pagar as respectivas prestações à Volkswagen Serviços S.A.

Ante a frustração gerada pelo não envio de novos veículos para emplacamento, Clóvis não conseguiu suportar as prestações do automóvel adquirido, de modo que foi ajuizada contra ele uma ação de busca e apreensão, incluindo-se seu nome no rol de inadimplentes.

Após essas e outras considerações, requereram a citação da ré e a condenação do

> Requerido ao pagamento de R$ 6.045,00 (seis mil e quarenta e cinco reais) para o autor, a título de perdas e danos decorrentes do não cumprimento do compromisso assumido, acrescidos de juros e correção monetária, mais uma indenização por danos morais e abalo de crédito correspondentes a 1.000 (um mil) salários-mínimos ou em valor a ser arbitrado por esse juízo (fls. 2-11).

Regularmente citada, a ré ofereceu contestação (fls. 103-109), em que arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* de Clóvis.

No mérito, aduziu, sinteticamente, que

> pelo claro e preciso teor do termo de compromisso anexado à exordial, que o compromisso da Contestante, repita-se, era tão somente de encaminhar, que não se confunde com a garantia da Autora alcançar o serviço de licenciamento do veículo, porque isso depende exclusivamente da vontade do comprador e não da Ré, ora Contestante (fl. 105).

Houve réplica às fls. 111-112.

Após o saneador, em audiência conciliatória, o Magistrado julgou extinto o processo em relação a Clóvis Tonon; foi interposto agravo retido (fls. 124-126) e julgado improcedente o pedido feito por Despachante Tonon Ltda. (fls. 146-150).

Inconformados com a prestação jurisdicional recebida, apelaram Despachante Tonon Ltda. e Clóvis Tonon, pugnando, em prefacial, pela apreciação do agravo retido.

No mais sustentaram a nulidade da sentença ante a não observância do princípio da identidade física do juiz; postularam, quanto ao mérito, a reforma da decisão pelas mesmas razões deduzidas na exordial.

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação das contrarrazões, e os autos ascenderam a este Tribunal.

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Despachante Tonon Ltda. e Clóvis Tonon da decisão proferida pelo eminente juiz de primeiro grau que indeferiu o pedido formulado na ação de indenização c/c danos morais ajuizada contra Comat – Comércio de Automóveis Tubarão Ltda.

Os requisitos extrínsecos dos recursos estão presentes, uma vez que o remédio é tempestivo e está devidamente preparado.

O mesmo não ocorre, todavia, com relação aos chamados requisitos intrínsecos, que, na ordem de três, dizem respeito ao conteúdo e à forma da decisão recorrida, quais sejam: o cabimento, o interesse e a legitimação para recorrer.

O cabimento guarda pertinência com a previsão legal no estatuto processual (recorribilidade) e adequação do recurso à decisão proferida.

O interesse recursal, por sua vez, desdobra-se no binômio necessidade e utilidade do recurso.

A legitimidade, justamente o item que, no particular, merece atenção, está prevista no artigo 499 do CPC, que estabelece o rol dos que podem recorrer – as partes, o Ministério Público e o terceiro prejudicado pela decisão impugnada.

Conquanto isso, no apelo manejado por Despachante Tonon Ltda. e Clóvis Tonon, há pedido expresso de apreciação do agravo retido interposto exclusivamente pelo último requerente.

Essa decisão foi proferida em audiência, na qual foi acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, por conseguinte, extinto o feito em relação a Clóvis.

Ora, ao ser Clóvis excluído da ação em 28 de junho de 2000, deixou de ser parte e passou a não mais deter legitimidade para interpor apelação e, consequentemente, para requerer expressamente a apreciação, em preliminar, do agravo retido interposto.

Saliente-se, todavia, que à data da prolação do despacho saneador, ou seja, em 28 de junho de 2000, o remédio previsto no Código de Processo Civil para atacar interlocutórios que excluíam parte da relação processual era o agravo de instrumento, e não o retido, como equivocadamente se procedeu na hipótese.

Colhe-se da redação dos artigos da lei processual em vigor ao tempo do ato inquinado, *verbis*:

> Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento. (Redação dada pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)
>
> Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (Redação dada pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)

> Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. (Redação dada pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)
>
> § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal. (Incluído pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)
>
> § 2º Interposto o agravo, o juiz poderá reformar sua decisão, após ouvida a parte contrária, em 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)
>
> § 3º Das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão. (Incluído pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)
>
> § 4º Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação. (Incluído pela Lei n. 9.139, de 30-11-1995)

Ora, como se pode verificar da simples interpretação literal dos dispositivos mencionados, à época, junho de 2000, o agravo retido tinha cabimento em hipóteses excepcionais, dentre as quais não se incluía a circunstância *sub examine*.

Assim, não tendo Clóvis se valido oportunamente do recurso adequado ao enfrentamento de *quaestio* preliminar, a matéria ficou preclusa, e ele tornou-se *não parte*, logo, ilegitimado para interpor apelação.

E como não é parte, igualmente não pode ele requerer a apreciação do agravo retido, e, em decorrência, nenhum recurso de Clóvis pode ser conhecido.

Feitas tais considerações, passa-se à análise da preliminar aventada.

Nas razões recursais foi invocado o princípio da identidade física do juiz; salientou a recorrente que, embora a instrução processual tivesse sido realizada pelo então Juiz e hoje Desembargador Lédio Rosa de Andrade, a sentença foi prolatada por outro magistrado, o Juiz Paulo Marcos de Farias,

o que violaria a necessidade de vinculação preceituada no mandamento do artigo 132 do Código de Processo Civil.

Ocorre que, embora na hipótese não se confundam o juiz que presidiu a instrução e o prolator da sentença, deve-se ter em conta que o princípio da identidade física do juiz não possui valor absoluto, como pretende fazer crer a recorrente com suas ponderações.

Isso significa que não basta invocar ofensa ao aludido princípio para que seja reconhecida a nulidade processual apontada, uma vez que, para tanto, deve-se evidenciar o efetivo prejuízo suportado pela parte com a realização dos atos em desconformidade com o preceito invocado.

E, na hipótese sob comento, não logrou a recorrente informar qual o prejuízo efetivo teve de suportar em face do desatendimento do aludido mandamento.

Demais, deve-se ter em conta que o princípio da identidade física do juiz vem sendo mitigado pelo Judiciário, isso não só a bem da celeridade e efetividade requeridas ao processo civil vigente, mas também da realidade prática procedimental dos dias atuais.

Nessa linha é o entendimento desta colenda Corte de Justiça, *verbis*:

> PROCESSO CIVIL – PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – PRECEITO MITIGADO – EXCEÇÕES DO ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.
>
> As exceções ao princípio da identidade física do juiz possibilitam que, em caso de afastamento por qualquer motivo do magistrado, o seu sucessor profira a sentença, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.
>
> O preceito foi mitigado para não ocorrer a inviabilização da prestação jurisdicional, bem como para não atentar ao princípio da celeridade processual.

> PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA – FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTO JURÍDICO – NULIDADE INOCORRENTE.
>
> O juiz não está obrigado a responder todas alegações das partes, quando já tinha encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um ou todos os seus argumentos.
>
> DANO MORAL – INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR – CRIAÇÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO – AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO PELO MEC – ALTERAÇÃO DA NOMENCLATURA DA GRADUAÇÃO – PROMESSA DE OBTENÇÃO DE UM TÍTULO DE BACHAREL FRUSTRADA – LESÃO CARACTERIZADA.
>
> Violada a liberdade de escolha e provocada grave frustração com a promessa de graduação em curso universitário que nunca existiu, é dever da universidade indenizar o abalo moral com a falsa expectativa criada.
>
> LESÃO EXTRAPATRIMONIAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – DUPLO CARÁTER – COMPENSATÓRIO E PUNITIVO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO MAGISTRADO — APRECIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.
>
> Não havendo disposição legal expressa determinando o cálculo do dano moral, o julgador deve fundar-se nos diversos fatores que envolvem o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa; as causas que deram origem à lesão e a condição socioeconômica do agente (Ap. Cív. n. 2001.002153-1, de Itajaí, rel. Des. Volnei Carlin).

E, ainda, complementando o entendimento:

> PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DO QUE PRESIDIU A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ TENDENTE A NULIFICAR A DECISÃO NÃO CONFIGURADA NA HIPÓTESE – PRELIMINAR AFASTADA.
>
> 1. Hodiernamente os tribunais têm atenuado o princípio da identidade física do juiz em prol dos da efetividade e celeridade processuais

> no sentido de não nulificar a sentença proferida por magistrado diverso do que presidiu a audiência de instrução e julgamento quando evidenciada a inexistência de prejuízo às partes.
>
> CIVIL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – AUTOR QUE DETÉM ININTERRUPTAMENTE A POSSE INDIRETA DE IMÓVEL – POSSUIDOR DIRETO A TÍTULO GRATUITO QUE TOLERA A OCUPAÇÃO DO BEM POR TERCEIRA PESSOA (RÉ) – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO POR PARTE DO POSSUIDOR INDIRETO – ESBULHO CARACTERIZADO – USUCAPIÃO ARGUIDO COMO MATÉRIA DE DEFESA – PRECARIEDADE DA POSSE EVIDENCIADA – MODALIDADE DE POSSE INJUSTA QUE NÃO SE CONVALESCE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 497 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (CORRESPONDENTE AO ARTIGO 1.208 DO CC/02) – REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEMONSTRADOS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.
>
> 2. A comprovação da posse anterior do autor, ainda que exercida de forma indireta, e do esbulho praticado pela parte ré – verificado com a ocupação do bem a título precário – induz ao acolhimento do pedido reintegratório (artigos 926 e 927 do CPC) (Ap. Cív. n. 2004.025173-4, de Araranguá, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

Ora, diante dos fundamentos supradeclinados, não se verifica nenhum óbice para que o juiz que não tenha procedido à instrução processual julgue o processo, como ocorreu na hipótese ventilada.

Esgotada a tese preliminar, passa-se à questão de fundo.

No mérito, os argumentos sustentados na minuta recursal prestam-se, com a devida vênia, a desconstituir a conclusão a que chegou o ilustre Magistrado de primeiro grau de jurisdição.

Entendeu o ilustre Prolator do *decisum* que o "termo de compromisso" (fl. 13) obrigaria a recorrida apenas a "encaminhar mensalmente à Despachante Tonon Ltda., para efetuar o 1º emplacamento a quantia

média de 20 (vinte) veículos 0K, por um período de 24 meses, a contar da data", nos exatos termos da redação contida no bojo do pacto.

No entanto, essa não parece a melhor exegese a ser conferida à mencionada avença.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, destacando a importância da atividade interpretativa em relação aos contratos, salientam, *verbis*:

> O contrato traduz uma forma de autodisciplina da intenção das partes, na disponibilização de seus patrimônios e, mais do que isso, dos seus desejos e pretensões.
>
> Assim, a regra básica de interpretação de contrato não poderia ser outra, senão a do art. 112 do CC-02 (art. 85 do CC-16):
>
> "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".
>
> A concepção de tal regra não é a exclusão do sentido das palavras, pois isso se constituiria na própria derrocada da figura jurídica do contrato (e de toda a segurança por ele propugnada), mas sim a compreensão adequada do que aparenta ser a vontade dos sujeitos contratantes, ainda que isso não transpareça aparentemente da literalidade do quanto escrito (*Novo curso de direito civil*: contratos. 2. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4, p.172).

Nessa linha, deve-se registrar, por oportuno, que a interpretação dada pelo eminente Magistrado ao termo não alcançou o real sentido pretendido com a pactuação.

Ora, não há admitir razoável que tenha sido firmado pacto para se estabelecer apenas o encaminhamento de veículos à apelante ante a ausência de utilidade de estipulação nesse sentido.

Entrementes, a simples indicação de veículos ao despachante recorrente não lhe traria nenhuma vantagem efetiva que justificasse a realização do ajuste.

Saliente-se, ademais, que o documento firmado em papel timbrado da ré induz à provável situação de que os referidos "emplacamentos" seriam custeados por esta última, a título de prêmio pela compra de veículos novos, como ordinariamente acontece com a negociação de automóveis para atrair o consumidor.

Com efeito, no particular, não se pode deixar de observar a regra do artigo 335 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

> Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Tem-se, porém, na hipótese, que a interpretação a ser dada ao contrato deve levar em consideração a real intenção dos pactuantes, afastando-se a literalidade dos termos contidos no aludido documento.

Nessa tessitura, deve-se observar, ainda, que por meio do documento denominado *"termo de compromisso"* a ré obrigou-se a encaminhar, para efetuar o primeiro emplacamento, à despachante autora a quantia mensal de 20 veículos zero-quilômetro por um período de 24 meses, a contar de 14 de agosto de 1996, no valor mínimo de R$ 30,00 cada.

Ao que se verifica da prova documental lastreada aos autos (fl. 21), há registros de que foram emplacados pela despachante autora apenas 77 veículos novos vendidos pela ré.

Apesar de haver impugnado o teor do documento acostado pela autora, não logrou a ré fazer prova efetiva de que teria indicado nem encaminhado efetivamente os veículos para emplacamento àquela.

Outrossim, a testemunha Romeu Paes, arrolada pela autora, disse "que em 1997 o depoente comprou um carro na requerida; que quando efetuou a compra nenhum funcionário da requerida lhe recomendou qualquer despachante para legalizar o veículo" (fl. 137).

Já o testemunho prestado por Claúdio da Silva Rodrigues, vendedor da ré, não trouxe maiores detalhes acerca do suposto negócio realizado diretamente com o diretor da empresa. Ele limitou-se, basicamente, a dizer que teria indicado o despachante aos clientes e que o preço ajustado para a viabilização dos documentos era de R$ 30,00 por veículo, ou seja, a metade do valor de mercado.

Assim, os elementos trazidos ao feito levam a concluir que deve ser condenada a ré apelada a indenizar à autora apelante o valor do prejuízo sofrido com os veículos que deixou de licenciar.

Dos 480 veículos que deveriam ser encaminhados para serviços de despachante à autora por força do pacto que originou a lide, apenas 77 foram efetivamente enviados. Deixou a autora de auferir os rendimentos da legalização de 403 automóveis, no valor de R$ 30,00 cada, o que lhe renderia R$ 12.090,00. No entanto, limitou-se a postular indenização equivalente a 50% do que teria direito, ou seja, R$ 6.045,00, abrindo mão da importância remanescente.

Sobre esse *quantum*, incidirão juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, desde a citação até a entrada em vigor do Código Civil atual, e, a partir daí, no percentual de 1% ao mês, até a data do efetivo pagamento (artigo 406 do Código Civil), quando a quantia deverá ser atualizada monetariamente.

No que toca aos ônus sucumbenciais, ficam invertidos por conta do acolhimento do pedido em segundo grau de jurisdição.

Ex positis, afastam-se as preliminares, conhece-se unicamente do recurso da autora Despachante Tonon Ltda. e dá-se-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e da apelação cível interpostos por Clóvis Tonon e conhecer do apelo de Despachante Tonon Ltda., afastar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 21 de agosto de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Newton Janke.

Florianópolis, 15 de outubro de 2008.

Jaime Luiz Vicari

RELATOR

Apelação Cível n. 2006.025372-6, da Capital

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO – REPRODUÇÃO LITERAL DE TEXTOS E FOTOS SUPOSTAMENTE NÃO AUTORIZADA – DEFESA CONSISTENTE EM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO – PERMISSÃO APENAS PARA USO EM SALA DE AULA E PESQUISA – SUPOSTA CESSÃO DE DIREITOS DO AUTOR QUE NÃO ATENDE AO DISPOSTO NO ARTIGO 50 DA LEI N. 9.610/1998 – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAGISTRADO QUE APLICA O § 4º DO ARTIGO 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Em demanda cautelar, presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, o requerimento perseguido deve ser deferido. No caso, aparenta ter ocorrido reprodução literal de textos e fotos de obra do requerente sem a devida autorização, unicamente para pesquisas e uso em sala de aula.

Mesmo tratando-se de cautelar, não há considerá-la como menos complexa ou de menor importância. O trabalho realizado pelo patrono da parte recorrida foi detalhado, com pormenorização dos trechos contendo plágio, distribuição de cartas precatórias para várias cidades do Brasil, além do longo trâmite processual, o que foi devidamente considerado pela Magistrada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.025372-6, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante Alcides Conejeiro Peres e apelado Franco Gentili:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso interposto de sentença prolatada nos autos de ação cautelar preparatória de busca e apreensão ajuizada por Franco Gentili contra Alcides Conejeiro Peres.

Em sua inicial (fls. 2-27), aduziu o requerente, em linhas gerais, que é especialista em história medieval e que teria editado e publicado, no ano de 1996, o livro intitulado "Tortura – Instrumentos Medievais", com grande sucesso de vendas, porquanto teriam sido vendidas mais de 40.000 cópias, encontrando-se na 11ª edição.

Mencionou que teria tomado conhecimento da existência de outra obra sobre o mesmo tema, intitulada "Inquisição e os Instrumentos de Tortura da Idade Média", de autoria de Alcides Conejeiro Peres e publicada pela Casa Publicadora das Assembleias de Deus.

Disse que, "ao perfilar o capítulo descrito como 'PARTE 2 – OS INSTRUMENTOS DE TORTURA DA IDADE MÉDIA', do dito exemplar, constatou a reprodução *ipsis litteris* de sua obra", o que vulneraria o disposto na Lei n. 9.610/1998, e que, portanto, todos os exemplares da obra plagiadora deveriam ser apreendidos liminarmente.

O Magistrado *a quo* postergou a análise do pedido de busca e apreensão para após a citação (fl. 79), o que ensejou a interposição de recurso de agravo de instrumento perante o egrégio Tribunal de Justiça (fls. 81-100), posteriormente desprovido (fls. 177-181).

A Casa Publicadora das Assembleias de Deus apresentou contestação (fls. 126-129), em que arguiu ilegitimidade de parte, pois teria "sido contratada para prestar serviços de editoração de livro para o senhor Alcides

Conejeiro Peres, não tendo nenhuma responsabilidade quanto às alegações de plágio afirmadas pelo autor na inicial".

No mérito, negou a existência do plágio, pois o requerido Alcides teria recebido autorização escrita do autor para utilizar-se dos seus textos e fotos.

Alcides Conejeiro Peres também apresentou contestação (fls. 144-149), em que reeditou a defesa da co-requerida, acrescentando que em seu livro constaria menção expressa à obra do requerente.

Houve impugnação (fls. 168-175), na qual o requerente, ora apelado, sustentou que no ano de 1996, recém-chegado da Itália, com dificuldade de compreender o português, teria conhecido Alcides na exposição de instrumentos medievais de tortura feita por Franco na cidade de Campinas.

Disse que se deixou

> cativar pela envolvente conversa do astucioso interlocutor, ora requerido, e crédulo de este se manteria dentro do permissivo legal e ético, haja visto que era também um colega de escrita, concedeu-lhe uma simples autorização para que utilizasse em suas aulas, [...] nunca imaginando que o mesmo iria de forma sorrateira e torpe, comercializar como se fosse seu.

Sobreveio, então, a sentença ora hostilizada (fls. 215-224), que deu pela procedência do pedido e determinou a abstenção da editora em publicar novamente a obra contestada, bem como a busca e apreensão de todos os exemplares que estivessem a venda no mercado.

Alcides Conejeiro Peres interpôs apelação (fls. 248-253), insistindo na tese de que o apelado teria autorizado a reprodução dos textos e fotos de seu livro. Disse também que os honorários sucumbenciais, de R$ 3.000,00, seriam excessivos e deveriam ser minorados.

Nas contrarrazões (fls. 258-263), o recorrido disse que teria havido desrespeito aos seus direitos autorais e que teria sido ludibriado pelo

apelante, pois "em nenhum momento houve qualquer cessão válida dos direitos autorais da obra do apelado, mesmo porque a suposta autorização [...] não atende a forma prescrita em lei. Nem foi a intenção do apelado ceder qualquer direito de uso comercial de sua obra".

Após, os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça.

VOTO

Tratam os autos de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou procedentes os requerimentos formulados em ação cautelar preparatória que visava à apreensão de livros a venda e à abstenção de novas publicações.

Apenas o autor do livro acusado de plágio mostrou-se irresignado; a editora ficou silente.

Com efeito, ficou incontroverso nos autos que o ora apelante transcreveu literalmente, em seu livro, a obra do recorrido. Disse que teria uma autorização, constante à fl. 151, escrita em italiano, que significaria "autoriza-se Alcides Conejeiro Peres a reproduzir o presente texto e foto".

A respeito dessa anotação, o apelado disse que teria sido ludibriado e que nunca foi a sua intenção de que um terceiro publicasse integralmente a sua obra.

Em sede de processo cautelar preparatório, não se analisa o direito material que será discutido na chamada ação principal; trata-se apenas de garantir a efetividade desse processo a ser desenvolvido.

De outro modo, para que a parte obtenha sucesso em seu pleito cautelar, é imprescindível a presença de dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A fumaça do bom direito, em uma cognição sumária não exauriente, típico das cautelares, mostra-se presente, tanto pela falta de discussão a respeito da reprodução literal dos textos e fotos como também pela argumentação de que o recorrente teria autorização expressa para se utilizar do trabalho intelectual do recorrido.

Ora, o apelado disse que foi enganado e que nunca autorizou ninguém a publicar a sua obra em nome alheio. Alegou que queria apenas permitir que o apelante, também historiador, utilizasse o material em pesquisas e aulas. Em um juízo de cognição superficial, mostra-se plausível e provável que tal situação tenha ocorrido.

Ademais, a Lei n. 9.610/1998, que trata da proteção dos direitos autorais, traz, em seu artigo 50, a forma pela qual a cessão deve ser feita, ou seja, é prescrita em lei, *in verbis*:

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

§ 1º Poderá a cessão ser averbada à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, ou, não estando a obra registrada, poderá o instrumento ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

Não há, na autorização colacionada aos autos, nenhum desses elementos. Portanto, quando o negócio jurídico não atende a forma prescrita em lei, ele é nulo, conforme o disposto no artigo 166, inciso IV, do Código Civil (artigos 82 e 129 do Código de 1916). Afirma-se isso, obviamente, em exame sumário; tal fato deverá ser apurado no processo devido, o qual, inclusive, fará coisa julgada material.

Assim, perfeitamente demonstrado o *fumus boni iuris* no presente caso.

Entretanto, há que observar o segundo requisito, ou seja, o perigo da demora. Por óbvio que a edição, publicação e venda de livro que potencialmente atinge direitos do autor comprometem a efetividade do processo futuro, seja de apuração de real contrafação e nulidade de negócio jurídico, seja de responsabilidade civil ou penal.

Como salientado nas razões do presente recurso, a sentença demorou mais de 7 anos para ser prolatada, o que efetivamente demonstra uma tramitação morosa, exemplo que não deve ser seguido, mas que não afasta o *periculum in mora*, como quer fazer acreditar o apelante.

Fica evidente, portanto, a plausibilidade do direito material do recorrido, bem como o risco da demora, pelo que a sentença hostilizada deve ser mantida, garantindo assim a efetividade da ação principal.

Em relação aos honorários advocatícios, não assiste razão ao recorrente. Em causas em que não há condenação, deve-se observar o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Em que pese tratar-se de uma ação cautelar, não há considerá-la como menos complexa ou de menor importância. O trabalho feito pelo patrono da parte recorrida foi detalhado, pormenorizando os trechos copiados, distribuindo cartas precatórias para várias partes do Brasil, e acompanhando, ainda, o longo trâmite processual.

Dessa forma, o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios na sentença combatida deve ser mantido.

Ex positis, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade, conhecer do presente recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 11 de setembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 28 de setembro de 2008.

Jaime Luiz Vicari

RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.005160-6, de Chapecó

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE ÁGUA. INADIMPLEMENTO. FATOS CONSTITUTIVOS COMPROVADOS (ART. 333, I, CPC). SUPOSTA NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO SUBSISTENTE (ART. 24, IV, E ART. 59, PARÁGRAGO ÚNICO, LEI N. 8.666/1993). JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DOS TERMOS INICIAIS. ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO. REMUNERAÇÃO CONDIGNA DO PROFISSIONAL. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Comprovando o autor a prestação de serviços de transporte de água em caminhões-pipa às filiais da ré (art. 333, I, CPC), havendo por esta inadimplemento da obrigação pecuniária, e não se configurando a alegada nulidade da contratação (art. 24, IV, c/c o art. 59, parágrafo único, Lei n. 8.666/1993), adequada é a prolação de sentença condenatória.

2. Em caso de inadimplemento de obrigação contratual, os juros de mora incidem a partir da citação (art. 219, CPC), e a correção monetária, no caso, flui a contar da definição do valor da prestação pecuniária, sob pena de defasagem.

3. Fixados honorários advocatícios em sintonia com os critérios legais que disciplinam o assunto (art. 20, § 3º, *a-c*, c/c o § 4º, CPC), infactível é acolher o pedido de redução, sob pena de motejo à valorização condigna do profissional do Direito, de interesse de toda a nobre classe dos advogados.

4. Recurso parcialmente provido, quanto aos juros.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.005160-6, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível), em que é apelante Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan, e é apelada Transportes Merigo Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan contra a decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Chapecó que, em ação de cobrança proposta por Transportes Merigo Ltda., resolveu o mérito com comando de procedência do pedido (art. 269, I, CPC), nos termos do dispositivo assim lavrado:

> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por TRANSPORTES MERIGO LTDA., para condenar a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento CASAN, no pagamento de R$ 13.020,00 (treze mil e vinte reais), em favor da primeira, aplicada correção monetária (INPC) desde o vencimento do débito, além de juros de mora de 0,5% ao mês até 10-1-2003 e, após referida data, aplicados juros de mora de 1% ao mês. Arcará a Ré com as despesas processuais e honorários advocatícios, cujo valor fixo em 15% sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 20, § 3º, CPC, obedecidos ao grau de zelo do profissional; lugar de prestação dos serviços; e natureza da causa. P.R.I.

Em razões recursais, sustenta a Casan que, no ano de 2002, em função da estiagem que atingiu o oeste catarinense e da consequente decretação de estado de emergência pelos municípios locais, contratou com a autora Transportes Merigo Ltda., com dispensa de licitação, certas operações de transporte, por caminhões-pipa, de água para suas filiais — incluída a de Seara. Observa porém que, quando cessada, na data de 17-5-2002, a situação emergencial, pagou regularmente, em 28-5-2002, todos os serviços que lhe foram prestados nessa condição, por meio de ordem de serviço no valor de R$ 21.076,00 (vinte e um mil e setenta e seis reais). Sustenta, nesse cenário, que (a) não há prova de que o transporte de água que se alega prestado na ação de cobrança, no valor de R$ 13.020,00 (treze mil e vinte reais), tenha efetivamente ocorrido, e que, (b) mesmo que o tenha, a contratação de tal serviço, efetuado (em tese) na data de 19-12-2002, se ressente de nulidade, porque realizada após o estado de emergência e não precedida da necessária licitação. Ataca a (c) fixação do termo inicial de juros de mora e correção monetária e (d) invectiva a provisão dos honorários advocatícios. E, com tais alegações, requer provimento.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 173-179), ascenderam os autos, vindo-me redistribuídos pela egrégia Segunda Câmara de Direito Público (fls. 193-195).

VOTO

1. Nos autos, encontro prova (art. 333, I, CPC) de que os serviços de transporte de água por caminhão-pipa, no valor de R$ 13.020,00 (treze mil e vinte reais), foram efetivamente prestados pela autora à Casan (filial de Seara). Nesse sentido o documento de fl. 14, em que o gerente regional da Casan subscreve requisição (n. 79.046) referente à "locação de caminhão-pipa" no exato valor aqui reclamado, e o documento de fl. 15, em que também um funcionário (quiçá o mesmo) da Casan declara, "para os devidos fins, que a requisição de material n. 79.046 refere-se a

transportes de água na filial da Casan em Seara–SC. Serviço este realizado pela [...] Transportes Merigo Ltda.".

A prova da prestação dos serviços, assim, é evidente. Como é evidente que os serviços assim prestados, por outro lado, não foram regularmente pagos à prestadora, certeza que advém das próprias alegações da Casan e da ausência de recibo apto (art. 940, CC/02), não valendo como tal a ordem de pagamento emitida (n. 1731/02) (fl. 45), relativa a operações diversas.

A prova documental, aliás, é corroborada pela testemunhal:

> Foi o depoente quem emitiu a requisição n. 79.046 da fl. 14 e a declaração de fl. 15; o depoente assumiu a gerência da CASAN em Chapecó após a contratação da autora; como medida de sua gerência, providenciou o pagamento de todos os débitos pendentes da CASAN em Chapecó; a autora, inclusive, recebeu aproximadamente R$ 21.000,00 pelos seus serviços; posteriormente a autora procurou o depoente dizendo que havia mais um débito pendente; o depoente contatou com a unidade de Seara a qual confirmou a realização dos serviços que não foram pagos; por isso emitiu a requisição de fl. 14; afirma o depoente que a autora realizou esses serviços e não recebeu pagamento porque houve a troca do governo estadual, não remetendo à matriz o valor para pagamento; o valor devido era de aproximadamente R$ 13.000,00 (treze mil reais) (fl. 138).

Daí restar provado o fato constitutivo (prestação de serviços inadimplida) que autoriza a consequência jurídica colimada (cobrança correlata).

2. A alegação, noutro giro, de que a contratação de serviços sem procedimento licitatório na data de 19-12-2002 se afigura nula de pleno direito, diante da prévia expiração, em 17-5-2002, do estado de emergência que autorizava a dispensa, não merece ser acolhida nas particularidades da espécie.

É que, embora a requisição date de 19-12-2002, as provas não permitem concluir, com segurança, que essa data realmente corresponda à da contratação ou à da efetiva prestação dos serviços, pois há sinais contrários. O depoimento acima transcrito, por exemplo, passa a ideia de que a requisição foi emitida com o objetivo de facilitar, para fins probatórios, serviços que foram prestados e não pagos em período anterior, documentando um crédito residual por contrato referente à época (jan-mai/02) em que a situação de emergência tornava lícita a dispensa de licitação (art. 24, IV, Lei n. 8.666/1993). Nesse caso não existiria nulidade, dúvida que põe em xeque a alegação central do recurso, preponderando a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

No regime dos contratos administrativos, aliás, a declaração de nulidade, malgrado os efeitos retroativos, não exime a Administração de remunerar o contratado de boa-fé pelos serviços prestados ou de indenizá-lo pelos dispêndios em que incorreu até a data da fulminação, obrigação de que o Poder Público apenas se demite comprovando o conluio ou a má-fé do particular.

Nesse sentido o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993:

> Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.
>
> Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Comentando o dispositivo, Marçal Justen Filho leciona:

> O ato praticado pelo agente administrativo, ainda quando viciado, vincula a Administração Pública. O terceiro, desde que de boa-fé, não pode ser prejudicado pelo vício que desconhecia nem poderia conhecer [...].

> A questão se torna ainda mais complexa se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (nulo) lhe impunha. A Administração tem que arcar com as consequências dos atos praticados por seus agentes. A Administração está obrigada a indenizar, de modo amplo e completo, as perdas e danos derivadas. Se a Administração recebesse a prestação executada pelo particular e se recusasse a cumprir o contrato por invocar sua nulidade, haveria seu locupletamento indevido.
>
> [...]
>
> Se o terceiro atuou de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração recuse ao particular o benefício que ele extrairia da avença (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 381).

No caso nada indica, em princípio, a presença de má-fé, como regra geral não presumida. Note-se que, envolvendo as partes, existiram contratos formalizados com a dispensa de licitação quando realmente era possível (art. 24, IV, Lei n. 8.666/1993), e em decorrência de tais contratações (lícitas) inúmeras operações de transporte foram realizadas. Nesses termos, ainda que se admita que o contrato ora reclamado tenha sido enfeixado quando não mais se permitia a contratação direta (logo de forma ilícita), nada indica concretamente que, pela afinidade de procedimentos e operações, não tenha sido entendido pela parte como uma mera continuidade dos contratos iniciais, circunstância que, verificada, afasta, em potencial, a intenção de ser contratada em detrimento de um universo de pretendentes (má-fé) e de violar o princípio da impessoalidade (art. 37, CF). E em tal cenário, não havendo demonstração palmar de má-fé, eximir a Administração de pagar por serviços que lhe foram realmente prestados implicaria enriquecimento ilícito, sendo inviável infirmar tal obrigação, ressalvado virtual ressarcimento ao Erário por ato de improbidade, se devidamente apurado.

3. A condenação deve ser acrescida dos acessórios legais.

Como indenização pelo retardamento culposo na satisfação da obrigação, os juros de mora, nos ilícitos contratuais, incidem a partir da citação (art. 219, CPC e cf., *a contrario sensu*, Súmula 54, STJ), na linha de copiosa jurisprudência (cf. Ap. Cív. n. 2006.010742-9, Ap. Cív. n. 2006.009749-6, Ap. Cív. n. 2003.011109-3, REsp. n. 546.392). Não fluem, portanto, a contar *do vencimento do débito*, por isso merece a sentença sensível reparo relativamente ao termo inicial.

Conclusão que não se estende ao *dies a quo* da correção monetária. A recomposição da moeda traduz, ontologicamente, mero imperativo de equidade e justiça, à medida que preserva no tempo o valor aquisitivo do dinheiro, corroído pela espiral inflacionária. Não implica um *plus* ao credor da prestação pecuniária, incidindo, nesse ambiente, durante todo o período em que um valor devido em sua estimativa inicial não é resgatado, a fim de que tal valor, quando pago, ostente a mesma expressão do momento originário, recompondo o dano resultante do inadimplemento (cf. REsp. n. 25.213/RS). Assim, andou bem o juiz ao fixar o termo inicial na data que consta dos autos como a de requisição dos serviços, momento em que o valor respectivo já estava definido (fl. 14) e a partir do qual é lídima a correção, sob pena de defasagem e locupletamento.

4. Por fim, o estipêndio advocatício fixado na sentença, de 15% (quinze por cento) sobre o valor nominal de uma condenação não expressiva (R$ 13.020,00), nisso incluída a remuneração por processo que já dura 5 (cinco) anos, atende os dispositivos legais que disciplinam o assunto (art. 20, § 3º, *a-c,* c/c o § 4º, CPC), sendo insuscetível de redução sem motejo à valorização condigna do profissional do Direito, ideal que interessa a todos os membros da nobre e distinta classe dos advogados (cf. Ap. Cív. n. 2007.013243-2).

5. Isso posto, voto pelo provimento parcial.

DECISÃO

Por unanimidade, a Câmara dá provimento parcial ao recurso para definir a data da citação como termo inicial de fluência dos juros de mora.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Henry Goy Petry Júnior.

Florianópolis, 1º de julho de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

Apelação Cível n. 2007.007135-4, de Balneário Camboriú

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

DIREITOS AUTORAIS. RÁDIOS COMUNITÁRIAS.

1. As rádios comunitárias operadas em baixa potência, sem objetivo de lucro, por associações e fundações locais (art. 1º, Lei n. 9.612/1998), que priorizam em sua programação fins educativos, artísticos, culturais, informativos e de promoção da cultura comunitária (art. 221, I-II, CF c/c os arts. 3º, I-V, e 4º, I-IV, Lei n. 9.612/1998), ao exporem ao público composições musicais por radiodifusão não se sujeitam ao pagamento, ao Ecad, dos direitos patrimoniais dos autores das obras intelectuais (arts. 28, 68, § 4º, e 99, Lei n. 9.610/1998).

2. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.007135-4, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é apelante Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad, e apelada a Associação Comunitária Ecológica do Rio Camboriú:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de origem, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad propôs ação de cobrança contra Associação Comunitária Ecológica do Rio Camboriú, expondo como *causa petendi* que a ré, no exercício da atividade de radiodifusão, transmite ao público composições musicais sem prévia autorização dos titulares dos direitos autorais (art. 29, VIII, *d*, Lei n. 9.610/1998) e sem efetuar os recolhimentos correlatos (art. 68, § 4º, Lei n. 9.610/1998), e postulando, com base nisso, seja ela

condenada ao pagamento de R$ 6.411,73 (seis mil, quatrocentos e onze reais e setenta e três centavos) pelas exposições realizadas sem a remuneração da propriedade imaterial, acrescidos da multa legal (art. 109, Lei n. 9.610/1998) e das prestações referentes às exibições realizadas no curso da lide (art. 290, CPC), no valor mensal de 6 (seis) UDHs.

Citada, a ré contestou (art. 300, CPC) alegando, em resumo, que, por ser rádio comunitária sem finalidade lucrativa e investida em importante papel no seio da comunidade local (art. 7º, Lei n. 9.612/1998), não se insere no conceito de "empresa de radiodifusão", de quem é exigível o pagamento dos direitos autorais (art. 68, § 4º, e art. 89, Lei n. 9.610/1998). Pediu improcedência.

Simultaneamente (art. 229, CPC), propôs reconvenção (art. 315, CPC) invocando a mesma tese e requerendo, baseada nela, a declaração de inexistência de relação jurídica, com custas processuais e provisão honorária.

Intimado na pessoa de seu procurador (art. 316, CPC), o autor apresentou, em petições apartadas, réplica à contestação (art. 327, CPC) e contestação à reconvenção (art. 316, CPC), formulando as postulações de estilo.

Trâmites legais, sobreveio sentença (art. 162, § 1º, c/c o art. 330, I, CPC) resolutiva do mérito (art. 269, I, CPC) na forma do dispositivo retro:

> Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na presente ação de cobrança.
>
> Da mesma forma, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na reconvenção e DECLARO a inexistência do débito perseguido na inicial.
>
> Em consequência, JULGO EXTINTO o processo, com resolução de mérito, na forma do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

> CONDENO a parte autora/reconvinda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em R$ 500,00 (quinhentos reais), a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
>
> P.R.I.

Inconformado, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad interpõe apelação (art. 513, CPC) atacando, em peças autônomas, o resultado da ação e da reconvenção. Como preliminar, alega inépcia da inicial da reconvenção por falta de recolhimento das custas. No mérito, sustenta que, no regime atual, a finalidade lucrativa não é requisito para que a exposição pública, por estação radiodifusora, de composições musicais se submeta ao pagamento dos direitos de autor (arts. 28, 29, VIII, *d*, 68, *caput* e §§ 2º e 4º, Lei n. 9.610/1998), pelo que as rádios comunitárias não estão eximidas da obrigação. Requer a reforma da sentença para que se julguem procedentes os pedidos iniciais e improcedente (ou extinta) a reconvenção, adaptada a sucumbência, ou, alternativamente, se proceda ao prequestionamento de dispositivos legais (art. 315, CPC; arts. 28, 29, 31 e 68, Lei n. 9.610/1998; e art. 5º, XXVII e XXVIII, *b*, CF).

Com contrarrazões, ascenderam os autos.

VOTO

1. Trata-se de apelação cível em que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad, em resumo, invectiva sentença que isentou a Associação Comunitária Ecológica do Rio Camboriú (Rádio Comunitária), no exercício da atividade de radiodifusão, do recolhimento dos direitos autorais pela exposição pública de criações intelectuais tuteladas (obras musicais).

2. Inicialmente, firme é a posição desta Corte no sentido de que, não obstante a autonomia da reconvenção (ação de contra-ataque), sua propositura não se sujeita à distribuição e ao recolhimento de custas iniciais; as

despesas correspondentes deverão ser satisfeitas ao final, pelo sucumbente. Daí não haver espaço à extinção (cf. Apelações Cíveis n. 2004.019921-0 e 2006.008653-4), de modo que não se aplica esse específico pressuposto processual (art. 267, IV, CPC).

Sumariamente, afasto a tese preliminar e adentro no mérito, iniciando a apreciação do recurso com um breve panorama do aspecto jurídico.

3. A proteção às criações do intelecto, constitucionalmente garantida (art. 5º, XXVII), projeta-se, em nível infraconstitucional, em dois planos (art. 22, Lei n. 9.610/1998): (a) o plano dos direitos pessoais ou morais do autor, inerentes à personalidade e indisponíveis (art. 27, Lei n. 9.610/1998), que garantem aos criadores de obras literárias, musicais, artísticas, dramáticas e científicas, dentre outras (art. 7º, I-XIII, Lei n. 9.610/1998), as prerrogativas de reivindicar a autoria da criação, ter seu nome ou pseudônimo a ela associado, modificá-la, conservá-la inédita, assegurá-la íntegra e retirá-la de circulação nos casos legais (art. 24, I-VII, Lei n. 9.610/1998); e (b) o plano dos direitos patrimoniais do autor, disponíveis, que lhe rendem, no prazo legal (art. 41, Lei n. 9.610/1998), o direito de explorar economicamente, em caráter exclusivo, a utilização, fruição e disposição da obra literária, musical, artística ou científica (art. 28, Lei n. 9.610/1998), condicionando qualquer forma de utilização por terceiros à prévia anuência do titular (art. 29, I-X, Lei n. 9.610/1998), nisso incluída a exposição ao público (art. 68, §§, Lei n. 9.610/1998), que supõe o recolhimento de valores remuneratórios ao escritório central encarregado da arrecadação dos direitos econômicos do autor (art. 99, Lei n. 9.610/1998), caso em que se presume autorizada a reprodução.

Assim dispõem, a título de ilustração, os preceptivos legais que disciplinam o assunto, em especial, no que interessa ao caso, os arts. 7º, V, 22, 24, incs. I-VII, 27, 28, 29, incs. I, VI, VIII, *a-f*, 68, §§ 2º, 4º, 5º e 6º, e 99, da Lei n. 9.610/1998:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

V — as composições musicais, tenham ou não letra;

[...]

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

[...]

Art. 24. São direitos morais do autor:

I — o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II — o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III — o de conservar a obra inédita;

IV — o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V — o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI — o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII — o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

[...]

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I — a reprodução parcial ou integral;

[...]

VI — a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

[...]

VIII — a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

[...]

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou literomusicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou literomusicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

[...]

> § 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.
>
> § 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.
>
> § 6º O empresário entregará ao escritório central, imediatamente após a execução pública ou transmissão, relação completa das obras e fonogramas utilizados, indicando os nomes dos respectivos autores, artistas e produtores.
>
> [...]
>
> Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e literomusicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.

3.1. As rádios comunitárias, por outro lado, constituem estações de radiodifusão sonora, autorizadas pela União (art. 70, Lei n. 4.117/1962), operadas em baixa potência e titularizadas por associações e fundações comunitárias sem fins lucrativos (art. 1º, Lei n. 9.612/1998). Exercendo papel de interesse público, a programação de tais rádios prioriza metas educativas, artísticas, culturais e informativas, e promove a cultura local, a difusão de ideias, tradições e hábitos da comunidade (art. 221, I-II, CF, c/c os arts. 3º, I-V, e 4º, I-IV, Lei n. 9.612/1998), sem exploração lucrativa de atividade econômica.

Assim os arts. 1º, 3º, incs. I-V, e 4º, incs. I-IV, da Lei n. 9.612/1998:

> Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

> [...]
>
> Art. 3º O Serviço de Radiodifusão Comunitária tem por finalidade o atendimento à comunidade beneficiada, com vistas a:
>
> I — dar oportunidade à difusão de ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade;
>
> II — oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social;
>
> III — prestar serviços de utilidade pública, integrando-se aos serviços de defesa civil, sempre que necessário;
>
> IV — contribuir para o aperfeiçoamento profissional nas áreas de atuação dos jornalistas e radialistas, de conformidade com a legislação profissional vigente;
>
> V — permitir a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível.
>
> Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:
>
> I — preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade;
>
> II — promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida;
>
> III — respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, favorecendo a integração dos membros da comunidade atendida;
>
> IV — não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.

4. Posto esse panorama inicial, põe-se a questão central do recurso: estariam as rádios comunitárias, quando expusessem ao público, por meio de radiodifusão, composições musicais, sujeitas a recolher valores destinados a remunerar os autores pela utilização de suas criações intelectuais?

Embora polêmico o tema, tenho que a resposta é negativa.

A arrecadação, pelo escritório central, de valores referentes à exibição pública de composições musicais é uma forma de tutela aos *direitos patrimoniais* do autor, assegurando aos criadores de obras intelectuais a prerrogativa de (a) fruí-las economicamente e (b) obter renda com a exploração por terceiros. Daí resulta, a toda evidência, que não é qualquer uso ou exposição pública que gera a percepção de direitos autorais. A música, expressão milenar da arte, destina-se a difundir-se no mundo e a afagar a audição alheia, e os próprios autores o almejam ao retirá-las do anonimato. No uso natural e despretensioso por terceiros, para satisfação própria ou sem fins econômicos, não há, portanto, violação aos *direitos patrimoniais* do autor, nem necessidade de garanti-los. A efetiva necessidade de assegurar tais direitos, com a cobrança de valores pelo escritório central, só surge quando a divulgação é feita por terceiro em benefício próprio, que alcança proveito patrimonial sem prestar a contrapartida à obra que auxilia a atividade, usurpada em seu potencial econômico. Nesses casos a *expressão patrimonial* do direito do autor é violada e digna de tutela. Do contrário, não. E por isso, pedindo vênia às posições em sentido oposto (cf. REsp. n. 524.873/ES), tenho que a retribuição pelos direitos autorais só é devida quando o uso ou exposição pública é feita com objetivo de lucro, conclusão não afastada pela alteração literal (não teleológica — cf. Ap. Cív. n. 2005.020536-8) no texto normativo (Lei n. 5.988/1973 c/c a Lei n. 9.610/1998).

Nesse sentido é a orientação desta Corte:

> COBRANÇA. ECAD. DIREITOS AUTORAIS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO DE SOM AMBIENTE EM SALA DE ESPERA DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. DESVINCULAÇÃO COM OS SERVIÇOS ORIGINARIAMENTE PRESTADOS. USO PRIVADO. INEXISTÊNCIA DE OBTENÇÃO DE LUCRO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ORIUNDA DAS PRERROGATIVAS INTELECTUAIS JÁ ADIMPLIDAS PELAS RESPECTIVAS TRANSMISSORAS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XXVII E XXVIII, *b*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 28 DA LEI N. 9.610/98. RELAÇÃO OBRIGACIONAL DECLARADA INEXISTENTE. DEVER DA RÉ DE RESTITUIR OS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

A utilização de aparelhos televisores e de radiodifusão em estabelecimentos hospitalares é considerada de uso privado porquanto, além de completamente desvinculada dos serviços originariamente prestados, não enseja qualquer obtenção de lucro capaz de justificar a cobrança de direitos autorais pelo ECAD. Mesmo porque, o pagamento destas prerrogativas intelectuais já foi previamente realizado pelas respectivas emissoras (Apelação Cível n. 2005.012665-3, de Balneário Camboriú, relator Des. Marcus Tulio Sartorato).

AÇÃO DE COBRANÇA E MEDIDA CAUTELAR. DIREITOS AUTORAIS. FUNDAÇÃO CULTURAL. ENTIDADE MUNICIPAL SEM FINS LUCRATIVOS. EVENTO CARNAVALESCO DE RUA. COBRANÇA DE INGRESSOS POPULARES QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA VIOLAÇÃO A DIREITO AUTORAL. ARRECADAÇÃO PARA CUSTEAR DESPESAS, SEM PROJEÇÃO DE LUCRO. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSOS DA FUNDAÇÃO PROVIDOS. RECURSOS DO ECAD PREJUDICADOS (Apelação Cível n. 2004.032080-1 e 2004.015845-9, de Criciúma, relator Des. Cesar Abreu).

DIREITO AUTORAL — ECAD — EVENTO CULTURAL SEM INTUITO DE LUCRO — COBRANÇA INDEVIDA.

"Na execução de músicas em festas populares patrocinadas pelo Poder Público, nas quais não há objetivo de lucro, nem mesmo indireto, não são devidos direitos autorais" (AC n. 1997.012368-0) (Apelação Cível n. 2005.009674-5, de Itajaí, relator Des. Newton Trisotto).

SHOW AO VIVO COM O INTÉRPRETE DA MÚSICA – DIREITOS AUTORAIS – EVENTO PÚBLICO GRATUITO – AUSÊNCIA DE LUCRO DIRETO OU INDIRETO – INTEGRAÇÃO SOCIAL – FESTIVIDADE LOCAL – PAGAMENTO INDEVIDO.

> A Municipalidade se exime da responsabilidade de pagar os direitos autorais quando organiza espetáculo público não almejando lucros diretos ou indiretos, mas somente a integração social e a comemoração de festa localista (Ap. Cív. n. 2006.003641-2, Des. Volnei Carlin).
>
> AÇÃO DE COBRANÇA — DIREITOS AUTORAIS — ECAD — CARNAVAL DE RUA E SEMANA CULTURAL — EVENTO PROMOVIDO PELO MUNICÍPIO SEM O OBJETIVO DE LUCRO E SEM COBRANÇA DE INGRESSO — AUSÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR — RECURSO PROVIDO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO PATRONO DO RÉU EXCLUÍDO DO PROCESSO — VALOR FIXO — ART. 20, § 4º, DO CPC — MAJORAÇÃO ATENDIDA EM PARTE.
>
> O Município que promove carnaval de rua e outros eventos culturais sem fins lucrativos, apenas com o objetivo de incentivar e difundir a manifestação da cultura local ou nacional, sem cobrar ingresso, não tem obrigação de pagar direitos autorais ao ECAD.
>
> Os honorários advocatícios arbitrados em valor fixo, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, atendendo o seu grau de zelo, o lugar e o tempo de prestação do serviço, bem como o valor, a natureza e a importância da causa, como disposto no § 3º, alíneas "a", "b" e "c" do mesmo artigo (Ap. Cív. n. 2005.020536-8, Des. Jaime Ramos).
>
> Tampouco foram olvidados os artigos 28, 29, 68 e 99 da Lei n. 9.610/98 e 29, 30 e 73 da Lei n. 5.988/73. Diante da inexistência de prova de lucro, apenas se privilegiou o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça de que "a execução de músicas em festejos promovidos pela municipalidade sem intuito de lucro, direto ou indireto, não está sujeita ao pagamento de direitos autorais" (REsp n. 111.991, Min. Cesar Asfor Rocha) (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2004.009297-0/0001.00, de Criciúma, relator Des. Luiz Cézar Medeiros).

Enfim: se a exposição pública de obra intelectual se realiza sem objetivo de lucro, não é devida a cobrança de direitos patrimoniais do autor. E assim, possuindo a estação radiodifusora, no caso, natureza comunitária, sem fins lucrativos e com objetivo, dentre outros, de promover a educação

ambiental local (art. 225, VI, CF), o uso de composições musicais em sua programação não a sujeita ao pagamento de direito autoral. É correta, portanto, a sentença que conclui pela improcedência da cobrança e pela procedência da reconvenção.

5. Isso posto, voto pelo desprovimento.

DECISÃO

Por unanimidade, a Câmara nega provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Henry Goy Petry Júnior.

Florianópolis, 1º de julho de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

Embargos de Declaração em Ação Rescisória n. 2007.002856-6/0001.00, de Turvo

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

DECLARATÓRIOS. REJEIÇÃO.

1. Não havendo na prestação jurisdicional a omissão e o erro material arguidos, imperativa é a rejeição dos embargos declaratórios por ausência de requisito intrínseco de admissibilidade (art. 535, I-II, CPC), pois não se vocaciona o recurso à rediscussão do julgado ou à reforma da decisão.

2. Embargos de declaração rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Ação Rescisória n. 2007.002856-6/0001.00, da comarca de Turvo (Vara única), em que é embargante Fiat Automóveis S.A. — Fiasa, e embargado Michel Cristhian Wagner:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, rejeitar os embargos de declaração. Custas legais.

RELATÓRIO

Fiat Automóveis S.A. – Fiasa aforou ação rescisória (art. 485, V, CPC) contra Michel Cristhian Wagner para desconstituir, por supostas violações a dispositivos legais, prestação jurisdicional prolatada em *ação de reparação de danos,* nos pontos referentes (a) à imposição de multa por dia de descumprimento de ordem judicial, (b) à condenação ao pagamento de danos materiais e (c) à condenação relativa à indenização por danos morais.

Esta Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, julgou parcialmente procedente

o pedido (*iudicium rescindens*) para, na questão correspondente aos danos morais (e só nela), desconstituir a sentença por violação a dispositivos legais (arts. 944 e 884 do CC/02 e princípios da razoabilidade e da proporcionalidade) e, em sede de rejulgamento (*iudicium rescissorium*), fixar a indenização pela lesão anímica em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com juros de mora a partir da citação na causa originária (art. 219, CPC), e correção monetária a contar da presente data (fl. 691), e reflexos sucumbenciais.

A questão jurídica vem sintetizada na seguinte ementa:

AÇÃO RESCISÓRIA. SUPOSTAS VIOLAÇÕES A DISPOSITIVOS LEGAIS (ART. 485, V, CPC) NA FIXAÇÃO DE *ASTREINTES* (ART. 461, § 4º, CPC) E EM CONDENAÇÕES POR DANOS MATERIAIS (ARTS. 128 E 460, CPC) E MORAIS (ARTS. 944 E 884, CC). VIOLAÇÃO LIMITADA AOS ÚLTIMOS. PEDIDO PROCEDENTE EM PARTE (*IUDICIUM RESCINDENS*). REJULGAMENTO (*IUDICIUM RESCISSORIUM*). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. As *astreintes* representam meio de coerção indireta vocacionado à tutela específica de obrigações de fazer, positivas ou negativas (art. 461, CPC), ou do dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC), relegando para segundo plano o sucedâneo das perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC). O escopo das *astreintes* é dirigido, portanto, a incutir pressão psicológica sobre o destinatário de ordem mandamental, instando-o, com cominação persuasiva, à adoção da postura de fazer, não fazer ou entregar em prol do litigante adverso.

Para efeito de ação rescisória, não viola os dispositivos legais (art. 485, V, CPC) que disciplinam (art. 461, §§, CPC) as *astreintes* a sentença que, tendo em vista a renitência da parte, uma portentosa sociedade, no cumprimento de ordens anteriores do processo, provisiona as *astreintes* em elevados patamares para convencê-la de que é preferível cumprir a obrigação a suportar as quantias estabelecidas como multa.

2. Havendo, na interpretação lógico-sistemática da petição inicial, pedido de condenação pelos danos materiais representados pela privação de uso de automóvel adquirido, não julga fora (*extra*) ou além (*ultra*) do pedido a sentença que impõe à parte adversa o

> dever de indenizá-los, ainda que tal postulação não se expresse no tópico "*dos pedidos*".
>
> *Errores in procedendo* (arts. 128 e 460, CPC) ausentes.
>
> 3. A indenização por danos morais, fixada de acordo com múltiplos critérios aceitos pela jurisprudência, define-se principalmente, porém, em função da "*extensão do dano*" a ser indenizado (art. 944, CC/02), sujeitando-se o magistrado, no ato ponderado de arbitramento, a observar a proibição ao enriquecimento ilícito (art. 884, CC/02) e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade informativos da jurisdição.
>
> Malfere tais normas (regras e princípios) e sujeita-se, no ponto, à desconstituição em sede rescisória (art. 485, V, CPC) a decisão que, ao fixar a indenização por abalo moral, esquece a extensão da lesão anímica a ser reparada por estimativa e põe em relevo, unicamente, o caráter punitivo-pedagógico da indenização e a capacidade econômica do ofensor, a ponto de ocasionar um manifesto locupletamento.
>
> 4. Nesse cenário cabe cindir parcialmente a sentença, exclusivamente quanto aos danos morais, e rejulgar a causa originária quantificando-se a indenização em consideração à estimada extensão do abalo anímico a ser indenizado (art. 944, CC/02), sem que se descurem, embora como fatores secundários de fixação, critérios como o dolo e o porte econômico do ofensor, a finalidade admonitória da sanção, a razoabilidade, a proporcionalidade e o bom-senso, em ordem a evitar o enriquecimento sem causa e a atingir quantia que compensa os efeitos deletérios do ato e os pune na medida.
>
> 5. Parcial procedência dos pedidos iniciais.
>
> 6. Sucumbência recíproca.

Contra tal decisão, Fiat S.A. avia os presentes declaratórios. Alega que o aresto embargado se centra em premissa fática materialmente errônea, pois considerou que o cumprimento da liminar que impunha a inscrição do veículo adquirido na Base de Índice Nacional (art. 125, I, CTB) ocorreu em 28-2-2005, quando remonta, na realidade, a 22-10-2004. E daí pretende que, alterada essa premissa central, projetem-se reflexos nos pontos

correlacionados (I) à imposição da multa por dia de descumprimento de liminar (*astreinte*) e (II) à quantificação da indenização por danos morais. Sustenta, ainda, a (III) omissão do julgado em virtude da "não apreciação expressa da violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da multa cominatória" (fl. 706).

Conclui postulando provimento, com efeito infringente, para:

> a) reconhecer a ocorrência de erro material na fundamentação do r. *decisum* (cumprimento da tutela antecipada em 28/02/2005, quando efetivamente foi cumprida em 22/10/2004), e assim modificar o acórdão, proferindo nova decisão assentada na premissa de que a Embargante realizou o ato determinado pela ordem judicial antes do período assinalado para atendimento;
>
> b) analisar específica e expressamente a questão da violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação da multa cominatória.

Vieram os autos para apresentação em mesa.

VOTO

1. Recurso com rígida configuração processual (art. 535, I e II, CPC), destinado exclusivamente à integração do julgado, os embargos de declaração vêem na presença de omissão, obscuridade, contradição ou erro material requisitos intrínsecos de admissibilidade (cf. J. C. Barbosa Moreira. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 117), hipóteses de cabimento sem as quais a rejeição é imperativa. Rediscutir a lide, em embargos, é cruzada infactível (cf. TJSC. ED-AC n. 2007.020928-3/0001.00) e representa delírio processual (STJ. EDREsp. n. 38.344); neles descabe avaliar se a decisão, no mérito, é ou não certa e viola ou não dispositivos legais.

2. Com essa introdução, o recurso deve ser rejeitado.

a. É que a alegação nele formulada não reflete, nem mesmo em tese, erro material. Este é o divórcio entre o pensamento e a escrita, que ocorre quando o primeiro se firma em determinado sentido, mas, por lapso irrefletido, externa-se em antagonismo. Quando o verbo, assim, não corresponde ao pensamento (cf. Edcl n. 2007.023805-7/0001.00). Não é o que se alega no caso, no qual se busca, sob a rubrica de erro material, denunciar um suposto *error in iudicando* cometido na decisão, cuja premissa se pretende alterada mediante reanálise à luz de documento novo (fl. 712) e de revolvimento fático-probatório (fl. 254). Os embargos, porém, enquanto apelos de mera integração (não de anulação ou reforma), a isso não se prestam, pelo que descabe a pretensão.

Consta da decisão embargada:

> No caso, fixada a multa cominatória em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, em liminar datada de 17/09/04, referida multa, após minoração provisória para R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo Tribunal (em 13/01/05), foi majorada na sentença, antes do julgamento final do recurso, para R$ 100.000,00 (cem mil reais) diários, arbitrados em 01/02/05, quando ainda não cumprida (por incrível que pareça) a ordem judicial. *Ordem essa apenas acatada, como informa a ré (o autor nada esclarece), em 28/02/05 (fls. 326 e 506 e 605)*. Ou seja: um veículo adquirido em 26/08/04, cuja liberação foi determinada judicialmente na data de 17/09/04, só foi disponibilizado ao jurisdicionado em 28/02/05, mesmo estando arbitrada elevada multa cominatória (grifo ausente no original).

Ora, se a conclusão do julgado, à luz das provas analisadas (fls. 326, 506 e 605), é no sentido de que, na ação originária, a decisão liminar que impunha a inscrição do veículo na BIN foi cumprida apenas em 28-2-2005, pretender, com base em nova análise e novas provas (fls. 254-712), que se entenda que tal decisão foi cumprida em 22-10-2004 traduz vedada rediscussão. Principalmente se, com o recurso, se objetiva suprir omissão da própria petição inicial, a qual, sem prejuízo da excelência do trabalho, não

explora, como aliás consta do voto (cf. negrito acima), a data tida agora, em momento serôdio, como imprescindível ao julgamento da causa. E daí resulta que a pretensão quando muito pode ser deduzida em recurso especial, mas nunca em sede de embargos.

b. Ainda que assim não fosse, certo é que o documento (fl. 712) e as razões dos embargos não teriam, caso admitidos, densidade suficiente para alterar a premissa do julgado, pois se contrapõem a documentos em sentido inverso (fls. 327-345), demonstrando que, na data alegada pelo embargante e em ocasiões posteriores, a tutela mandamental ainda não havia sido observada.

E vale observar que, mesmo que (por hipótese) estivesse cumprida (em 22-10-2004), de nada adiantaria essa observância à ordem sem a comunicação ao juízo e à parte contrária, comunicação judicial apenas realizada meses após (em 9-2-2005 – fl. 253), remontando a ciência da parte adversa a data ainda posterior (1º-3-2005 – fl. 326). Antes disso, isto é, antes da efetiva cientificação processual da parte adversa, o cumprimento na insciência dos sujeitos do processo representaria medida anódina, que, a menos que se exigisse do interessado a (absurda) tarefa de consultar diariamente os sistemas do órgão de trânsito, não seria suficiente para permitir a plena realização do bem da vida postulado em juízo (a regularização do veículo), finalidade das *astreintes*.

Ora, a partir do momento em que o processo judicial existe como instrumento de resolução dos litígios, natural é que os atos praticados devem nele ser formalizados e que não se possa presumir, em caso contrário, que o litigante favorecido com ordem judicial teve ciência (extrajudicial) do cumprimento da medida necessária à realização de seus direitos. Significa que a prova do cumprimento da ordem (inscrição na BIN) e da cientificação da parte contrária, para que a partir daí pudesse cessar a utilidade da medida judicial (regularizando a situação do veículo) e a multa, deveria,

em princípio, constar do processo, o que competiria à litigante onerada com a ordem jurisdicional, no caso a embargante.

c. Dessa exposição resulta que, assim pela (a) natureza do recurso quanto pelas (b) circunstâncias da causa, não se pode alterar a premissa adotada pelo julgado, não cabendo excogitar de reflexos com eficácia infringente.

A quantificação da indenização por danos morais teve como parâmetro o período correto de privação do uso do bem, quando não pela data de cumprimento da ordem, ao menos pela ocasião em que a parte adversa dela teve ciência para fruir do bem da vida que as *astreintes* visavam instrumentalizar.

A data de cumprimento da decisão e o consequente *dies a quo* de incidência da multa, por outro lado, também não podem ser alterados nos termos da fundamentação acima (itens *a* e *b*), por isso é manifesta a impertinência.

d. Noutro giro, não houve omissão quanto à suposta lesão às máximas da proporcionalidade e razoabilidade na fixação do valor das *astreintes*.

A questão é versada nos seguintes termos:

> Em perspectiva ontológica, as *astreintes* representam meio de coerção indireta (cf. REsp n. 771616) vocacionado à tutela específica de obrigações de fazer, positivas ou negativas (art. 461, CPC), ou de dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC), relegando para segundo plano o sucedâneo das perdas e danos (art. 461, § 1°, CPC). Não possuem tônica indenizatória ou compensatória ao credor da prestação inadimplida (art. 461, § 2°, CPC), nem a essência punitiva das sanções processuais (art. 14, V, parágrafo único, CPC), característica apenas remota, recôndita na forma de sanção pecuniária. *O escopo das* astreintes*, na verdade, é dirigido ao fim de incutir pressão psicológica sobre o destinatário de ordem mandamental, instando-o, com cominação persuasiva, à adoção da postura de fazer, não fazer ou entregar em benefício da parte adversa* (cf. Fabiano Carvalho.

Execução da multa (astreintes) *prevista no art. 461 do CPC*. Revista de Processo. RT. n. 114, março/abril 2004).

A multa cominatória, portanto, enquanto instituto jurídico, é predisposta a impelir o destinatário de ordem mandamental a cumprir prestação obrigacional específica. A aplicação das astreintes, estando umbilicalmente ligada a tal finalidade, a ela se vê manietada. Tanto é assim que a incidência da multa cessa com o cumprimento da ordem ou a impossibilidade material de se cumpri-la (cf. Guilherme Rizzo Amaral. *As* astreintes *e o processo civil brasileiro — multa do artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004. Prefácio), porque deixa de aparecer o fato-base que a justifica. *E tanto é assim que a intensidade ou periodicidade das* astreintes *deve ser fixada, aumentada ou reduzida pelo juiz, a qualquer tempo, em caso de desproporção, excesso ou irrisão que exorbitem, menoscabem ou escapem à finalidade psicológica de induzir ao cumprimento da prestação (art. 461, § 6°, CPC), mecanismo que coíbe, também ele, a desfiguração funcional. Enfim: o que importa, na cominação das* astreintes*, são a suficiência e adequação para que a ordem seja obedecida, reforçando a autoridade e eficiência do Poder Judiciário na solução dos conflitos*.

Esse é o sentido do art. 461 e §§ do CPC:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1° A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2° A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3° Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for

suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

No caso, fixada a multa cominatória em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, em liminar datada de 17/09/04, referida multa, após minoração provisória para R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo Tribunal (em 13/01/05), foi majorada na sentença, antes do julgamento final do recurso, para R$ 100.000,00 (cem mil reais) diários, arbitrados em 01/02/05, quando ainda não cumprida (por incrível que pareça) a ordem judicial. Ordem essa apenas acatada, como informa a ré (o autor nada esclarece), em 28/02/05 (fls. 326 e 506 e 605). Ou seja: um veículo adquirido em 26/08/04, cuja liberação foi determinada judicialmente na data de 17/09/04, só foi disponibilizado ao jurisdicionado em 28/02/05, mesmo estando arbitrada elevada multa cominatória.

Embora revertam em favor da parte adversa, e nisso resida certa incongruência no sistema normativo, as astreintes*, ainda assim, são definidas no interesse da Justiça em fazer valer o respeito a provimentos jurisdicionais*. A multa sanciona *uma desobediência a uma ordem judicial e, por isso, é estabelecida pela justiça pública*, no sentido de *assegurar a eficácia das decisões judiciais* (Fernando Noronha. *Direito das obrigações*. Saraiva, 2003, p. 171). *Daí segue que o critério para fixá-la, ou para ver até que ponto é devida, não diz, ao revés do alegado na inicial da rescisória, com o benefício patrimonial reversivo à parte, mas com a carga coercitiva que se empresta à decisão a cumprir. Por isso as* astreintes *devem ser fixadas em valor significativo, convencendo o devedor de que é preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz* (AI n. 2005.022818-4).

Na hipótese, se é certo que vultoso o valor fixado, também é certo que a insuficiência para convencer a portentosa Fiat S.A. ao cum-

> primento da obrigação transparece, com não menos certeza, dos aproximados 5,5 (cinco e meio) meses levados pela sociedade para cumprir uma decisão realizável em curto prazo. A renitência realça que à dosagem não é ínsito o excesso narrado, não havendo como, com base nesse fundamento, cogitar de violação à lei (art. 461, § 4°, CPC) e ao princípio da proporcionalidade para eclipsar os efeitos da coisa julgada material (cf. Cândido Dinamarco. *A reforma do Código Civil*. 3. ed.).
>
> Por outro lado, eventuais discussões (1) sobre o termo inicial de exigibilidade da multa cominatória, se o transcurso do prazo assinalado para o cumprimento ou se a citação na fase executiva (provisória ou definitiva), e (2) sobre se é lícito ou não ao credor da prestação de fato, beneficiário da multa, quedar inerte no processo, não usando do meio de coerção para o cumprimento específico com vistas a que se avolume a obrigação pecuniária, são questões a serem travadas incidentalmente à pretensão executiva (cf. AI n. 2007.002085-2), não possuindo aptidão, todavia, para revelar, para fins rescisórios, o excesso da multa em si considerada, dada sua natureza de fator de indução à obediência de ordem judicial. Visão contrária implicaria leniência para com o jurisdicionado que, contrariando o postulado ético-jurídico da colaboração, vem a desrespeitar, lamentavelmente, ordem judicial e, com ela, o Estado em um de seus Poderes.
>
> No ponto, é improcedente o pedido formulado na rescisória, revogada a decisão liminar antecipando os efeitos da tutela (art. 273, § 4°, CPC). — os grifos não constam do texto original

Ora, se a decisão insiste em que a finalidade das *astreintes* é impelir o destinatário ao cumprimento da obrigação específica, e se consigna que, como tal, seu valor deve ser suficiente para o atendimento dessa finalidade, nisso está embutida uma relação de proporcionalidade e razoabilidade entre a vocação da multa e sua real expressão pecuniária. A proporcionalidade e a razoabilidade, aliás, são postulados que, dentre variantes, compreendem uma relação de adequação/intensidade entre vetores e o axioma da proibição do excesso, ambos tratados na decisão e considerados não violados, ainda que, nela (decisão), não se faça menção expressa aos vocábulos *pro-*

porcionalidade e *razoabilidade*. Isso, porém, não é necessário, nem significa omissão a suprir.

Não bastassem tais observações, é consabido que a preocupação última da prestação jurisdicional é decidir a lide, conferindo resposta ao conflito de interesses submetido à cognição do Estado-Juiz (cf. Edcl n. 2007.013128-9/0001.00). Resolvida a causa nos limites da *litiscontestatio* (pedido contraposto à contestação), não há omissão para efeito de declaratórios (art. 535, II, CPC). E desde que o Poder Judiciário não é órgão consultivo, não lhe compete, sempre que houver declinado razões bastantes para decidir, pôr-se a explicitar entendimentos sobre meros argumentos (não pedidos) ou dispositivos legais, de modo que não cabe a oposição de declaratórios informados por essa finalidade.

e. Por fim, é pertinente uma última observação. Conforme já exposto no aresto embargado (fl. 683), questões referentes ao valor das *astreintes* e ao termo final de incidência são mais afeitas ao processo executivo (AMORIM, Caroline Maria Pinheiro. Da reforma processual civil na execução. Disponível em :<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7936&p=2>. Acesso em: 10 jun. 2008), porque a multa é fixada no interesse da Justiça, não integrando o rol das questões decididas e não fazendo coisa julgada (cf. AI n. 2007.023257-4). Daí segue que não existe, em rigor, necessidade de a decisão que as fixa ser desconstituída em ação rescisória, o que esvazia, em certa medida, a pretensão.

3. Isto posto, voto pela rejeição.

DECISÃO

Por unanimidade, a Câmara rejeita os embargos.

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, 23 de setembro de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2007.005501-3, DE BLUMENAU
Relator: Des. Trindade dos Santos

> PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO EM RELAÇÃO AO PAI. LIMINAR INDEFERIDA. HIPÓTESE QUE RECOMENDA, ENTRETANTO, O DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO, PARA TANTO, ACOLHIDO.
>
> É recomendável a suspensão do poder familiar com relação ao pai quando ele, a par da existência de várias ocorrências policiais e processos crime contra si, externa atitudes nada compatíveis com o poder que detém sobre a filha menor. Todo o conteúdo probatório dos autos torna prudente essa suspensão, quer para o resguardo da própria integridade da filha do casal, quer, mesmo, da da requerente, até que seja o demandado submetido efetivamente a tratamentos psiquiátricos, psicológicos e antialcoolismo e, com os resultados obtidos, tenha ele condições de pautar-se pelos critérios que devem orientar o comportamento de um verdadeiro pai.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.005501-3, da comarca de Blumenau (Vara da Infância e Juventude), em que é agravante J. H., e agravado E. J. e interessada B. V. H. J.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, emprestar provimento ao recurso. Custas de lei.

RELATÓRIO

Contrapondo-se à decisão que, nos autos da ação de suspensão do poder familiar ajuizada contra E. J., indeferiu o pleito liminar concernente à suspensão do poder familiar do réu em relação à filha do casal B.V.H.J., a autora J.H. interpôs agravo de instrumento.

Em suas razões, expôs a agravante que as provas carreadas aos autos evidenciam o tratamento animalesco que o recorrido dispensa à sua filha, praticando um verdadeiro terrorismo familiar ao realizar ligações telefônicas de forma incessante à casa delas, o que afeta a formação da personalidade da criança.

Apontou que o agravado, por ocasião das visitas, agride física e moralmente a infante, fazendo-a chorar, e destaca a ocorrência de ofensas verbais e ameaças de morte às duas, mãe e filha, o que acarreta o medo da criança em relação a ele.

Após relatar sucessivos acontecimentos que envolvem o agravado, aduziu que ele sempre está embriagado, além de existir desconfiança de que seja dependente químico. Salientou que não objetiva o afastamento definitivo entre pai e filha, mas, apenas, a suspensão do direito de visitas até a apuração do estado psicossomático dele.

Argumentou que o recorrido necessita de tratamento médico urgente, fato confirmado por seus familiares, e ressaltou a inexistência de desentendimentos entre os litigantes.

Destacou que a criança está com a personalidade e o caráter em formação, e que a conduta desonrosa, desumana e animalesca do agravado

influenciará tal formação. Concluiu afirmando que as atitudes dele tornam impossível a convivência respeitosa e saudável com a menor e familiares.

Postulou o provimento do recurso para que, liminarmente, seja suspenso o poder familiar do agravado em relação à menor B. V. H. J.

Concedida a antecipação da tutela recursal por intermédio da decisão monocrática de fls. 115-119, foi suspenso o poder familiar do recorrido.

Mesmo intimado, o agravado não ofertou contrarrazões.

Manifestando-se nos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pelo provimento do recurso.

Diante da ocorrência de fato superveniente na comarca de origem, foram requisitadas informações ao Juízo *a quo* (fls. 133-134), as quais foram devidamente prestadas (fls. 137-143), e sobreveio nova manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, que ratificou o parecer anteriormente exarado (fl. 147).

VOTO

Insurge-se a agravante contra a interlocutória que indeferiu o pleito liminar formulado nos autos da ação de suspensão do poder familiar do agravado em relação à menor B. V. H. J., que nasceu da união estável mantida pelos litigantes.

Nesse rumo, busca a recorrente a reforma do *decisum* proferido em primeiro grau de jurisdição, argumentando, em síntese, que o réu dispensa tratamento animalesco à criança e que lhe ofende a integridade física e moral, inclusive a ameaça de morte, o que inviabiliza uma convivência harmoniosa e saudável entre ambos.

Precedentemente à incursão no mérito da irresignação manifestada pela demandante, mister é que se teçam breves considerações acerca do

poder familiar, que abrange com especial ênfase os direitos e deveres que os pais têm para com os filhos menores, como preceituado pelos arts. 1.631 do CC/2002 e 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e pelo art. 1.630 da Legislação Civil em vigor: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

Conceituando o instituto do poder familiar, Josiane Rose Petry Veronese, Lúcia Ferreira de Bem Gouvêa e Marcelo Francisco da Silva anotam:

> O Poder Familiar nasce como instituto de direito privado e evolui, adquirindo, com o passar dos tempos, características de um direito com conotação social pois, embora regule relações de ordem privada, tem o Estado como interventor e protetor dessas relações. [...]
>
> Atualmente pode-se dizer que os pais têm deveres em relação aos filhos, e que, para tanto, o Estado lhes outorga direitos que lhes permitem a operacionalização de suas obrigações. Este poder é concedido pelo Estado, e por ele fiscalizado. Tanto o é, que, em caso de abuso destas prerrogativas, o Estado pode e deve interferir, suspendendo, ou mesmo retirando, o poder familiar dos transgressores.
>
> Progressivamente o instituto vai deixando de ser um "Poder" e adquirindo feições de "Dever". [...]
>
> Isto posto, o "Poder Familiar", conforme a denominação dada pelo novo Código Civil, é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protege-lo e educá-lo (*Poder familiar e tutela*: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 19-21).

Ressalta, por seu turno, Luiz Edson Fachin:

> O exercício do direito subjetivo inerente à condição paterna e materna, ao qual se conectam deveres jurídicos, fundamenta a autoridade parental. A essa circunstância o Código Civil brasileiro de 2002 denomina de poder familiar, substituta do antigo "pátrio

> poder" (*Comentários ao novo código civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18, p. 218).

Com referência aos deveres inerentes a esse poder, destaca Wilson Donizeti Liberati:

> Na verdade, a finalidade do poder familiar é assegurar à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver física, intelectual e moralmente, proporcionando-lhe segurança afetiva e psíquica na realização de sua vocação (Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132).

Em igual vertente, expõe Carlos Roberto Gonçalves que:

> Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. [...]
>
> O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 357).

Conclui-se, à luz dos transcritos ensinamentos, enfeixar o poder familiar um complexo de poderes e deveres dos progenitores em relação aos filhos menores. Objetiva o legislador, com isso, cercar os infantes do afeto e do equilíbrio psíquico essenciais ao pleno desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança ou do adolescente.

Por isso, como implicação até lógica, deixando os detentores do poder familiar de exercê-lo adequadamente, com a violação dos poderes e deveres que a lei lhes atribui, estão eles sujeitos à suspensão ou mesmo à destituição desse poder.

A respeito, averba Wilson Donizeti Liberati:

> Assim como a perda da guarda e a destituição da tutela, a suspensão ou a destituição do poder familiar é medida aplicada aos pais ou responsável que permitem ou contribuem para a ocorrência de situação de risco pessoal de seus filhos ou pupilos (op. cit. p. 131).

Ou, como recorda, na mesma esteira, Paulo Lúcio Nogueira:

> A suspensão e a destituição do pátrio poder são institutos do direito civil que constituem verdadeiras sanções sofridas pelos pais por infração aos deveres que têm para com os filhos. Essas sanções visam mais ao interesse dos filhos do que propriamente punir os pais (*Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 219).

Em recente obra, Maria Berenice Dias explica:

> A suspensão e a destituição constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres inerentes ao poder familiar, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas (*Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 386).

Porém, de conveniência é estabelecer a diferenciação entre suspensão e destituição do poder familiar!

Para tanto, apegamo-nos uma vez mais aos ensinamentos de Wilson Donizeti Liberati, quando assinala:

> Percebe-se, pois, que a suspensão do poder familiar é medida transitória e temporária, podendo os pais ser reabilitados no seu exercício se ausentes os motivos geradores da medida. Entretanto, a destituição do poder familiar tem eficácia duradoura, só podendo ser restabelecida através do procedimento judicial contencioso (op. cit. p. 132).

Extrai-se dos autos que a autora, em sua peça exordial (fls. 14-24), propugnou a suspensão do poder familiar do requerido, ora agravado, a fim de que seja ele submetido a tratamento psiquiátrico e/ou psicológico.

Nesse rumo resta claro que o pedido formulado no feito e objeto da decisão guerreada refere-se à suspensão do poder familiar, que encontra sua previsão legal no art. 1.637 do Código Civil de 2002:

> Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
>
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Acerca de citado dispositivo legal, destaca Maria Helena Diniz:

> A suspensão do poder familiar é uma sanção (RT, 771:355) que visa preservar os interesses do filho menor, privando o genitor, temporariamente, do seu exercício, por prejudicar um dos filhos ou alguns deles (Adcoas, n. 86.112, 1982). Nada obsta que haja o retorno paterno ou materno ao exercício do poder familiar, uma vez desaparecida a causa que originou a suspensão (*Código civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.136).

Outrossim, assim se manifesta Carlos Roberto Gonçalves:

> A suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, mencionadas no artigo retrotranscrito, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. Na interpretação do aludido dispositivo deve o juiz ter sempre presente, como já se disse, que a intervenção judicial é feita no interesse do menor (op. cit. p. 376).

Dessa forma, a legislação incidente ressalta as causas que acarretam a suspensão do poder familiar, como bem explana Paulo Luiz Netto Lôbo:

> São quatro as hipóteses legais expressas de suspensão do poder familiar dos pais, a saber: (a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; (b) ruína dos bens dos filhos; (c) risco à segurança do filho; (d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza do poder familiar (*Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 219-220).

E arremata:

> Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição, no ECA e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição impõe os deveres de assegurar aos filhos (deveres positivos ou comissivos) a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e de não submetê-los (deveres negativos ou de abstenção) a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (p. 220).

In casu, diante de todos os elementos colacionados nos autos, parece-nos claro que o agravado infringiu os deveres inerentes ao poder familiar que detém sobre a menor B. V. H. J., especialmente se levarmos em conta os acontecimentos narrados na peça vestibular e nas razões de recurso, o que revela ser um risco à filha a manutenção, no presente momento, de mencionado poder familiar.

Isso porque constam dos autos 19 (dezenove) boletins de ocorrência lavrados pela autoridade policial diante de pedido da guardiã da menor, ou mesmo de outros familiares. Todos eles narram fatos extremamente graves que envolvem na maioria das vezes a criança B. V. H. J.

É essencial colacionar os relatos que merecem maior destaque dentre os registros de ocorrência mencionados:

> Relata que vive maritalmente com o noticiado há quatro anos, que, tiveram uma filha que conta atualmente com 2 anos, que, o noticiado é alcoolista e quando está sobre o efeito de bebidas faz escândalos e chantagens emocionais, diz que vai matar-se ou que vai levar a filha embora, que, também há chegou as vias de fato por duas vezes, que, em razão desse seu comportamento estão separados há quatro dias, que faz o presente registro para fins de resguardar seus direitos. (*sic*) (fl. 38).

> Relata a comunicante que o autor é seu ex-companheiro e que viveram juntos por 04 anos; QUE se separaram a uma semana e que o autor vem dizendo que quer ficar com a menina, que vai tirar os

seus utensílios domésticos e disse que ele vai se matar e vai matar alguém junto; É o relato. (*sic*) (fl. 39).

Relata-nos a comunicante que o autor é seu ex-companheiro e que este na data acima citada este foi até sua casa e diz que este disse para a comunicante que se ela não voltar para ele, ele vai fazer uma coisa com B., filha do casal que conta com 2 anos, que vai deixar a família muito triste. (*sic*) (fl. 43).

Relata-nos a comunicante que viveu maritalmente com o autor durante dois anos, tiveram uma filha e estão separados há três meses; Que, desde a separação, o autor vem constantemente perturbando a declarante, tanto pessoalmente quando através de contatos telefônicos, pois alega querer falar com a filha de dois anos; Que, no dia 04/06/06 às 18 horas, as vítimas saíram com o autor que queria levar a filha para comer batatas fritas; Que a comunicante acompanhou a filha porque esta não queria sair sozinha com o pai; Que enquanto estavam no bar o autor passou a difamar a comunicante na presença da filha e a usava para provocar e constranger a comunicante; *Que ainda no bar o autor jogava a filha para cima e a aparava no ar, deixando a criança apavorada; Que, na data de hoje às 10:30 horas, o autor foi até a casa da comunicante e disse que no próximo final de semana irá alugar um carro, jogar a B. dentro do carro e fará com ela o que ele quiser*; Que a comunicante teme pela integridade física da filha, pois o autor tem se alterado muito e já se acidentou duas vezes conduzindo veículos embriagado; *Que, na data e hora acima, o autor telefonou para a comunicante mandando que deixasse a filha pronta, pois no dia de amanhã a lavará para assistir o jogo do Brasil num bar; Que o autor ainda disse para a comunicante que tem medo porque quando fica nervoso não sabe o que é capaz de fazer com a filha*. É o relato. (*sic*) (grifo nosso, fls. 45-46).

Relata-nos a comunicante que mais uma vez está retornando para registrar um boletim contra o autor, pois está sendo muito difícil conviver com as inúmeras ligações para seu celular, telefones fixos seu e de outros parentes, além deste ir para frente de sua casa gritar, chamar a criança e insistir para ver a filha tarde da noite. Ontem o mesmo invadiu a propriedade e a família ficou trancada em casa, deixando o autor no jardim gritando e quando o mesmo cansou foi embora. A comunicante chamou mais uma vez a PM, porém o autor perturbou todo dia de hoje. *A filha da comunicante de dois*

anos fica apavorada quando ouve o pai gritando e se recusa a ver o autor (grifo nosso, fl. 48).

Relata que viveu em união estável com o noticiado e tiveram uma filha, a vítima supra, que, estão separados há três meses, que, em ordem de afastamento do lar e guarda provisória ficou o noticiado no direito de visitas em finais-de-semanas alternados, *ocorre que este quando das visitas se comporta de modo vulgar, dizendo palavrões diante da criança e inclusive fazendo suas necessidades fisiológicas com a mesma do seu lado, que, alguns dos palavrões este dirige à própria criança, que, quando está em sua companhia a tira de sua rotina e não a alimenta corretamente, dizendo que aquela teria que entrar na rotina dele e ficaria sem dormir (soneca da tarde, visto que é um bebê) e sem mamadeira depois do almoço, que, tal comportamento está provocando na criança um temor do pai e esta não mais quer acompanhá-lo nas visitas*, [...], que, optou por proteger a criança, que, no dia de hoje novamente o noticiado esteve em sua residência para a visita e novamente a menina não quis acompanhá-lo, que, *para não haver novos escândalos por parte do noticiado o convidou para que a visita se desse em uma casinha de bonecas da criança, que, ainda o orientou para que a cativasse, porém, novamente este portou-se de modo incoveniente e gritou com a menina*, que, esta não queria acompanhá-lo, que, o referido fez questão de que ficasse com ele, mesmo não tendo um local apropriado para ficar, pois, reside em pensão e não pode levá-la para lá. [...]. (*sic*) (grifo nosso, fls. 50-51).

Relata-nos a comunicante que está separada de fato do autor há sete meses; Que desde a separação, o autor vem constantemente perturbando a declarante através de contatos telefônicos e ameaças de morte; [...]; Que, no dia 09/10/06 à tarde, a declarante levou a filha até o shopping para vesitar o autor; *Que, logo que viu a filha o autor disse estava com uma roupa de "pirua" parecendo uma "putinha"; Que, no último final de semana, a declarante levou a filha ao Parque Ramiro Rudiger para visitar o autor e este, no final da visita, disse que teria que dar um "jeito" na filha para atingir a comunicante*; [...];Que, na data acima, o autor telefonou para a declarante diversas vezes tanto em seu telefone celular como em seu telefone residencial e disse que se a comunicante não voltasse a viver com ele a mataria; *Que o autor disse ainda que hoje viria visitar a filha sossegado porque estava com porte de sua arma*. É o relato. (*sic*) (grifo nosso).

> Relata-nos a comunicante que seu ex-companheiro continua perturbando, ligando com freqüência e quer conversar com a criança tarde da noite, mesmo quando o telefone não é atendido, então passa a ligar para o celular de outros parentes ou vai para frente da casa e fica buzinando e acelerando a motocicleta. O autor envia mensagem no celular da comunicante, lhe ofende moralmente chamando-a de vaca, vagabunda, galinha etc. *Nos dias de visita estabelecidos judicialmente, a criança não quer ver o pai demonstrando medo, pavor e devido a isto, o autor ofende moralmente a criança chamando-a de putinha, nojenta, demônio etc. Hoje no horário de visita, o autor tentou agredir fisicamente a comunicante e fêz ameaças de morte para comunicante e para a criança* (grifo nosso).

Os acontecimentos acima transcritos, ainda que relatados unilateralmente pela agravante à autoridade policial, evidenciam motivos suficientes para concluir que o tratamento dispensado pelo agravado à filha do casal viola os princípios norteadores do poder familiar, pelo que se caracteriza como um verdadeiro "terrorismo", com medidas extremas como ameaças de morte e insultos.

As declarações prestadas por Bianca de Castro (fls. 63-64), Shirleine Malburg (fl. 65) e Ariel Ricardo da Silva (fls. 66-67) ao Delegado de Polícia da comarca confirmam a veracidade dos relatos da agravante.

Além disso, a autora/agravante trouxe aos autos declarações prestadas por pessoas que presenciaram alguns dos acontecimentos ocorridos entre o agravado e sua filha. Merece atenção o testemunho de Luiz Carlos Goll Sant'ana (fl. 77):

> Eu, abaixo assinado, declaro a quem interessar possa e se necessário ratificarei onde preciso for, que no dia 02/12/2006, por volta das 16:00h, presenciei uma cena chocante, que me levou a comparecer pessoalmente ao desiderato ocorrido. É que, naquele horário, um tal de E., estando com uma criança no colo, aparentando 02 (dois) anos de idade, baforava fumaça de cigarro no rosto da menor, ocasionando-lhe imediata reação, pedindo aos prantos para sair do colo. Em seguida, a mãe que se encontrava próxima foi de encontro à criança, levando-a consigo, oportunidade em que aquele senhor

> proferir palavras impublicáveis, xingando tudo e a todos, carreando uma situação das mais constrangedoras.

De outro lado, de extrema gravidade é o fato relatado tanto pela agravante no boletim de ocorrência de fl. 80 quanto por Simone Ciesielski, vigilante credenciada perante a Polícia Federal, e por Marcelo Guimarães da Costa Simões (fl. 79), que apontam ter o agravado preparado uma emboscada ao carro em que estavam mãe e filha.

Colhe-se do documento supracitado, registrado perante a autoridade policial (fl. 80):

> Relata-nos a comunicante que o autor ligou para a mesma na quinta-feira e lhes disse que sua mãe gostaria de ver a filha do casal B. V. H. J. de dois anos, sendo que seu marido, avô da criança, estaria de aniversário. A comunicante resolveu então levar sua filha para ver o avô, porém contratou dois seguranças para lhe acompanhar, pois estava insegura quanto a recepção que ira ter. A chegar na casa da ex-sogra, a mesma aguardou no portão e não foi recebida por nenhum membro da família, sendo que o autor apareceu na janela e visivelmente embriagado lhe expulsou do local. A comunicante resolveu ir até a casa de um casal de amigos que residem próximo da casa do autor e quando estava retornando, o autor escondido no mato atirou uma pedra no carro danificando o mesmo. A comunicante pediu para o segurança não parar e continuaram a viagem, porém o autor lhe seguiu de motocicleta e com os faróis apagados, sendo surpreendidos com a chegada deste jogando várias vezes o capacete contra o carro.

Destarte, é inconteste que os fatos explanados nos autos e imputados ao agravado merecem uma atenção especial por parte do Poder Judiciário, uma vez que a filha do casal, a menor B. V. H. J., está exposta ao comportamento desumano de seu genitor.

Nesse rumo, a intervenção estatal se mostra necessária, a fim de impedir que um mal maior venha a acometer a criança no momento em que esteja sob o poder familiar exercido pelo pai.

Mesmo porque à fl. 84 dos autos repousa declaração firmada pela psicóloga Cristiane Tamara R. da Silva Werner que atesta o estado psíquico da menor:

> Declaro, para os devidos fins que, conforme avaliação realizada em B. V. H. J., de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses, filha de E. J. e J. H. J., que a mesma necessita de acompanhamento psicoterápico, por tempo indeterminado, por ser imprescindível um suporte com acompanhamento profissional de um(a) Psicólogo(a), a fim de adequar a sua estabilidade emocional, dado à gravidade de seu estado de espírito.

Observa-se, ainda, que as atitudes do agravado vêm sendo questionadas por seus familiares, inclusive no que tange ao seu estado físico e psíquico, conforme declara sua própria irmã E. J. no documento de fl. 105:

> Eu, E., sou irmã de E., gostaria de comunicar que na situação que o mesmo se encontra não tem condições de ficar com sua filha, porque o mesmo necessita de um tratamento psiquiátrico e de alcoolismo.

Aponte-se, ademais, que, requisitadas informações ao Juízo *a quo*, o ilustre Magistrado singular ponderou o êxito de parcial conciliação entre as partes, e até é de bom alvitre destacar os termos de mencionada transação (fls. 137-138):

> 3) que o requerido será avaliado por especialistas médico neurologista, médico psiquiatra e psicólogo, e deverá aderir a todos os tratamentos que lhe forem prescritos; [...]; 5) que o requerido não poderá mais fazer uso de bebidas alcoólicas, em nenhuma hipótese (valendo-se, para tanto, de grupos de apoio, por exemplo, ou de tratamentos a que tiver aderido), a partir desta data.

Além de todas as provas acostadas aos autos, constatou-se, mediante consulta no SAJ (Sistema de Automação do Judiciário), estar o agravado sendo processado criminalmente em 2 ações penais ajuizadas pelo Ministé-

rio Público do Estado de Santa Catarina e outros 2 termos circunstanciados, nos quais são vítimas a menor, sua mãe e seus avós maternos.

Contudo, chama atenção a Ação Penal n. 008.07.022873-3, proposta pelo *Parquet*, na qual é acusado o ora agravado e são vítimas a menor B. V. H. J. e a agravante J. H.

Tal ação, ainda que em fase de tramitação e sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado, revela a necessidade da adoção de medidas, ainda que transitórias, que resguardem a integridade física, moral e psíquica da menor, colocando-a a salvo de qualquer ato que possa comprometer seu desenvolvimento sadio e a harmonia com seus familiares.

Ademais, tais considerações comprovam que as atitudes do agravado estão atingindo de forma direta e severa o desenvolvimento psicológico da criança, e deve-se lembrar que o art. 227 da Constituição Federal e o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente impõem:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Em síntese, diante dos acontecimentos expostos e das provas carreadas aos autos, resta claro que o agravado violou os deveres inerentes ao poder familiar, impondo à menor B. V. H. J. tratamento que, *prima facie*, configura forma de violência, crueldade e opressão aos direitos fundamentais da criança, aliando-se o fato de reconhecer ele a necessidade de se submeter a tratamento psiquiátrico e para deixar o consumo excessivo de álcool, devendo ser imposta a suspensão do poder familiar.

Anote-se que as provas anteriormente mencionadas confirmam o *fumus boni juris* das alegações da agravante e, sem nenhuma dúvida, o *periculum in mora* advém dos reiterados fatos que até mesmo já ensejam uma atenção especial do Ministério Público na área criminal.

A respeito da questão tratada no presente recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Ainda que comprovada a desídia do pai biológico no exercício dos deveres inerentes ao poder familiar, antes da destituição é prudente a suspensão, tendo em vista que a causa da má conduta do genitor está relacionada à dependência alcoólica, o que pode ser superado com a aplicação da medida prevista no artigo 129, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (inclusão em programa oficial ou comunitário de tratamento a alcoólatras). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Ap. Cív. n. 70024570673, 8ª CCiv. rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 10-7-2008).
>
> SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. Caso em que a prova dos autos convence da necessidade da suspensão do poder familiar, viabilizando curso temporal e iniciativa dos pais para uma reconstrução segura do pleno poder sobre as filhas menores. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (Ap. Cív. n. 70023838568, 8ª CCiv., rel. Rui Portanova, j. 29-5-2008).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. A suspensão do poder familiar é medida que se impõe quando constatado que os pais colocam os filhos em situações de risco e não lhes proporcionam condições para um desenvolvimento saudável. NEGARAM PROVIMENTO (Ap. Cív. n. 70021427356, 8ª CCiv., rel. Des. Rui Portanova, j. 8-11-2007).
>
> ECA. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. Evidenciado que o pai vem expondo a filha a situação de risco, correta a decisão que determinou a suspensão do poder familiar e concedeu a guarda da adolescente a familiares que demonstram reunir condições para educá-la de forma saudável. Apelo desprovido (Ap. Cív. n. 70019961929, 7ª CCiv., rela. Desa. Maria Berenice Dias, j. 18-7-2007).

Portanto, o poder familiar do agravado E. J. sobre a menor B. V. H. J. deve ser suspenso totalmente, ainda que de forma liminar, e concentrado e exercido pela mãe, a ora agravante J. H.!

Por fim, ressalte-se que a suspensão é temporária e pode ser revista a qualquer tempo pelo Juízo *a quo*, desde que cessados os motivos que a ensejaram, pois, conforme bem leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> A suspensão é temporária, perdurando somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta a mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício. A lei não estabelece o limite de tempo. Será aquele que, na visão do julgador, seja conveniente aos interesses do menor (op. cit. p. 377).

À vista das considerações tecidas, empresta-se provimento ao recurso!

DECISÃO

Ante o exposto, concede-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de agosto de 2008, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 21 de outubro de 2008.

Trindade dos Santos

PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.031298-3, da Capital

Relator: Des. Trindade dos Santos

EMPRESA DE TURISMO. REVENDA DE VIAGENS AÉREAS. PASSAGENS VENDIDAS PARA O EXTERIOR. SERVIÇOS PRESTADOS. PREÇO RECEBIDO, PELA AGENTE DE REPRESENTANTE DA EMPRESA AÉREA NO ESTADO, POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO IDENTIFICADO. PAGAMENTO RECUSADO PELA ADMINISTRADORA. VALORES, ENTRETANTO, QUE TIVERAM QUE SER REPASSADOS PELA REPRESENTANTE À COMPANHIA AÉREA REPRESENTADA. RESSARCIMENTO DEVIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS. DECISÓRIO CONFIRMADO. RECLAMAÇÃO RECURSAL DESATENDIDA.

1 Vinculada a demandada à obrigação de direito material alvo da relação jurídica objeto da declaração judicial visada pela parte autora, irrefragável é a sua legitimação passiva para a causa.

2 A empresa que agencia a venda de passagens aéreas é responsável perante a representante estadual de empresa de transportes aéreos estrangeira que se viu obrigada a repassar à representada o valor de passagens, vendidas pela demandada por meio de cartões de crédito de numeração ilegível, não foram aceitos pelas respectivas administradoras. É que, em tal hipótese, detecta-se a negligência da agência vendedora das passagens, que não diligenciou para que os números dos cartões fossem repassados às administradoras de forma legível, não possibilitando, com isso, às instituições financeiras responsáveis pela cobrança dos débitos, a necessária emissão das faturas.

3 É litigante de má-fé o contendor que, na busca de obter êxito em sua defesa, altera a verdade dos fatos, o que o torna incurso nas sanções cominadas pelos arts. 17, II, e 18, § 2º, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.031298-3, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é apelante Chapecotur Turismo Ltda., e apelada Tortola Agência de Viagens e Turismo Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

RELATÓRIO

Tortola Agência de Viagens e Turismo Ltda. ajuizou ação de cobrança contra Chapecotur Turismo Ltda., expondo deter a representação da empresa Ibéria Linhas Aéreas de España S.A. no Estado de Santa Catarina, decorrente de convênio com a empresa Transtarso Representações Ltda., enquanto a requerida agencia a venda de passagens e viagens no território nacional e internacional.

Apontou que, em atenção à ordem de emissão de passagens formulada pela demandada, forneceu os Bilhetes n. 0754462216406/7, 4462216408/09 e 0754462216548, tomando conhecimento de que o pagamento ocorreu por meio de cartão de crédito.

Explanou que, após a efetivação do transporte aéreo contratado, foi-lhe noticiado o inadimplemento das passagens ante a existência de divergências entre a requerida e as empresas administradoras de cartão de crédito dos passageiros, quais sejam a Credicard e Visanet, especificamente no referente à regularidade da emissão das ordens de pagamento, por estar ilegível o número do cartão de crédito utilizado.

Argumentou que, por ser a representante da empresa aérea no Estado, honrou a sua responsabilidade e reembolsou-lhe o valor de R$ 6.082,72, referente às passagens aéreas emitidas a pedido da demandada e que não foram pagas.

Destacou que, como não teve responsabilidade na emissão dos bilhetes, a ré deveria arcar com o prejuízo causado em virtude do não pagamento das passagens pelos usuários finais, principalmente por ter aceito cartões de crédito de terceiros, ou seja, de pessoas que não eram os passageiros.

Aduziu que, com espeque no art. 985 do Código Civil de 1916, tem direito ao reembolso dos valores repassados à empresa aérea, uma vez que se trata de hipótese de sub-rogação plena, ressaltando, assim, que a atuação da ré foi decisiva para o resultado desfavorável e que ela deve ser responsabilizada pelas despesas assumidas.

Requereu a procedência do pedido, para que a demandada seja condenada ao pagamento de R$ 6.082,72, acrescidos de correção monetária e juros moratórios a partir do efetivo desembolso.

Citada, a requerida apresentou contestação, asseverando, em sede preliminar, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e, no mérito, em síntese, a ausência de sua responsabilidade pelo evento, e que deve recair sobre as administradoras dos cartões de crédito a obrigação de prestar à autora o respectivo ressarcimento.

Pugnou pela extinção do processo sem resolução do mérito, com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, ou, *in meritis*, a improcedência do pedido vestibular.

Após a oferta de réplica pela autora (fls. 69-70) e a realização de audiências de conciliação (fl. 74) e de instrução e julgamento (fls. 80-83), ambas as litigantes produziram alegações finais (fls. 196-199 e 200-210).

Na sentença que emitiu (fls. 224-231), reconheceu o Juízo *a quo* a procedência do pedido inicial e condenou a acionada ao pagamento do valor de R$ 6.082,72, acrescido de correção monetária pelo INPC/IBGE a partir do desembolso feito pela requerente — 24-5-1999 — e de juros de mora de 1% ao mês desde a citação, além do adimplemento de multa por litigância de má-fé de 1% sobre o valor da causa e de indenização por perdas e danos, com fulcro no art. 18, § 2º, do Código de Processo Civil, de 10% sobre o valor da causa, assim como determinou-lhe o pagamento da verba sucumbencial de 20% sobre o valor atualizado da causa.

Irresignada com o teor do *decisum*, interpôs a acionada recurso de apelação, apregoando não ter responsabilidade pelo evento, do que decorre a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Anotou não ter utilizado as passagens aéreas, pelo que não pode recair sobre si a responsabilidade pelos acontecimentos, e estar caracterizada a culpa das administradoras dos cartões de crédito Credicard e Visanet que concederam autorização expressa para que a venda dos bilhetes fosse efetuada e não apontaram nenhuma irregularidade no momento da compra que as eximisse do pagamento da obrigação.

Afirmou não ser responsável pelos problemas operacionais das empresas administradoras dos cartões de crédito dos passageiros, principalmente pelo fato de citadas administradoras terem emitido expressamente as aprovações antecipadas da efetivação do pagamento, já que agiu com as cautelas necessárias, pois averiguou a autenticidade das assinaturas dos clientes, e não é crível que, posteriormente, o pagamento não fosse realizado sob a alegação de que o número do cartão não foi reconhecido por estar ilegível.

Reiterou a responsabilidade exclusiva das administradoras dos cartões de crédito Credicard e Visanet, ressaltando que a apelada deve ajuizar ação contra tais empresas para obter o ressarcimento que lhe é devido.

Salientou não ter atuado de forma ilícita na venda das passagens aéreas e que somente não houve a devolução da verba pleiteada pela recorrida pelo fato de não ter ocorrido tal solicitação.

Insurgiu-se, ainda, contra a condenação imposta por litigância de má-fé, destacando que atuou em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio na defesa de seus direitos e que não utilizou o processo para alcançar objetivo ilegal ou mesmo opor-se injustificadamente ao andamento do feito.

Postulou o provimento do recurso, a fim de que seja julgada extinta a ação sem resolução do mérito, com supedâneo no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, ou, alternativamente, que se reconheça a improcedência do pedido da autora, com a inversão dos ônus da sucumbência.

A apelada ofertou contrarrazões clamando pelo desprovimento do apelo.

Neste grau de jurisdição, foram os autos remetidos ao Núcleo de Conciliação, contudo restou inexitosa a tentativa conciliatória (fl. 276).

VOTO

Contrapondo-se à sentença que, nos autos da ação de cobrança proposta em seu desfavor pela apelada, acolheu o pleito formulado na peça vestibular e condenou-a ao pagamento da quantia de R$ 6.082,72, acrescida de atualização monetária desde a data dos fatos — 24-5-1999 —, com a aderência de juros moratórios de 1% ao mês, além de impor-lhe o adimplemento de multa de 1% sobre o valor da ação e de indenização de 10% sobre o valor da causa em razão da litigância de má-fé, objetiva a demandada alcançar, nesta esfera jurisdicional, a reversão do julgado singular.

Em linhas gerais, as razões do recurso cingem-se à ilegitimidade passiva da apelante e à ausência de sua responsabilidade pelo não adimplemento das passagens aéreas vendidas, responsabilidade que, segundo ela, deve recair sobre as empresas administradoras de cartão de crédito Credicard e Visanet.

A matéria preliminar, resta ver, se confunde com o mérito da questão!

Todavia, antes de adentrar na análise do reclamo, indispensável se faz explanar os acontecimentos que acarretaram o ajuizamento da presente demanda.

Extrai-se do caderno processual em exame ser a autora a representante no nosso Estado da empresa aérea Ibéria Linhas Aéreas de España S.A., mediante concessão da empresa Transtarso Representações Ltda., e, por isso, mantém relações com diversas empresas de turismo, entre as quais a demandada.

Nesse rumo, a agência de turismo Chapecotur Turismo Ltda. efetuou a venda das passagens aéreas n. 0754462216406/7, 4462216408/09 e 0754462216548, e tais bilhetes foram entregues aos seus clientes, sem nenhuma ingerência ou contato da demandante com as sobreditas pessoas, tendo o adimplemento de tais vendas acontecido por meio de cartão de crédito das administradoras Credicard e Visanet.

Contudo, posteriormente, o pagamento de mencionados bilhetes restou frustrado, o que acarretou a ausência de pagamento dos valores à empresa aérea Ibéria Linhas Aéreas de España S.A.

Abra-se um pequeno parêntese para registrar que o pagamento não foi efetuado em razão da comunicação das empresas administradoras dos cartões de crédito dos clientes que compraram as passagens de que o número do cartão utilizado na transação estaria ilegível no comprovante

emitido, o que inviabilizou a cobrança nos bancos emissores dos cartões (fls. 15, 16 e 24).

Em tal quadro, a empresa aérea comunicou o não recebimento da quantia referente à venda das passagens à sua representante Transtarso Representações Ltda., que, por sua vez, repassou a informação à sua representante no Estado de Santa Catarina: a Tortola Agência de Viagens e Turismo Ltda.

Em razão disso, adimpliu a recorrida o valor referente aos bilhetes que não foram pagos pela administradora dos cartões de crédito, repassando à empresa Ibéria Linhas Aéreas de España S.A. o importe total de R$ 6.082,72, isso em 24-5-1999 (fl. 30), o que redundou na ação aqui sob enfoque, pela qual objetiva a postulante o reembolso de tal montante. Em momento algum impugna a demandada a narrativa dos fatos levada a cabo pela postulante, limitando-se a sustentar sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda e a apontar que qualquer responsabilidade pelo não pagamento deve recair sobre as empresas administradoras dos cartões de crédito — a Credicard e a Visanet.

Incontroversos esses fatos, afigura-se clara a legitimidade da apelante para figurar no polo passivo da ação de cobrança proposta, assim como a sua obrigação de reembolsar à apelada o pagamento efetuado à empresa aérea como forma de solver a dívida existente pela venda de passagens efetuada e não adimplida.

Com a propriedade que lhe é reconhecida, Donaldo Armelin, ao manifestar-se sobre a ilegitimidade passiva, observa:

> Tal como ocorre no polo passivo, a qualidade de parte é *conditio sine qua non* da legitimidade *ad causam*. A legitimidade passiva advém-lhe da circunstância de estar situada como obrigada, ou seja, no polo passivo da obrigação de direito material que se pretende fazer valer em juízo, ou como integrante da relação jurídica a ser desconstituída ou declarada, ou, ainda, como titular do direito a

> ser declarado inexistente (*Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 102).

No abalizado entendimento de Arruda Alvim, "estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença".

Diz mais o insigne jurista: "Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão" (*Curso de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p. 57).

Nos dizeres de Sérgio Sahione Fadel:

> As condições compreendem também a legitimidade das partes para a causa, ou seja, deverá o autor ser o titular da pretensão, deduzida na ação, sabido que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio.
>
> Assim, o autor há de ser sempre o beneficiário do dispositivo da sentença, caso seja acolhida a demanda, bem como o réu deverá suportar, ele próprio, os efeitos da sentença que der pela procedência da ação (*Código de processo civil comentado.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense,1981. v. 1, p. 445).

Ou, como com total propriedade assinala José Carlos Barbosa Moreira:

> Denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir. Diz-se que determinado processo se constituiu entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in status assertionis* — isto é, independentemente de sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará —, coincidem com as respectivas situações legitimantes (*Temas de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 200-201).

Desta Corte, transcreva-se, a respeito do tema, o acórdão seguinte:

> EXECUÇÃO FISCAL — EMBARGOS DO DEVEDOR — ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* — RECONHECIMENTO CORRETO — APELO IMPROVIDO.
>
> A legitimidade passiva resulta de vínculo com obrigação de direito material que se quer fazer valer através de ação, ou como integrante de relação jurídica a ser desconstituída, declarada ou reconhecida inexistente.
>
> Almejando o proponente da demanda obter de outrem, que não aquele inserido na relação jurídica objeto da exordial, o pedido, irrecusável é a extinção do processo (art. 267, VI, do CPC) (Ap. Cív. n. 42.960, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Em síntese, a legitimidade passiva *ad causam* da apelante é clara, já que existe vínculo entre a obrigação satisfeita pela autora e o negócio jurídico por ela intermediado, ou seja, a venda das passagens aéreas cujo valor não foi satisfeito pelos usuários.

E, reconhecida a legitimidade da apelante para figurar no polo passivo da demanda, resta analisar a sua responsabilidade pelas circunstâncias que acarretaram o não pagamento das passagens questionadas por ela vendidas, e, mais do que isso, o seu dever de adimplir a quantia objeto do pedido de cobrança formulado pela apelada.

As razões apelatórias, nesse norte, centram-se exclusivamente na ausência de responsabilidade da recorrente pelo não pagamento à empresa Ibéria Linhas Aéreas de España S.A. das passagens mencionadas na vestibular, acentuando ela ter procedido com todas as cautelas necessárias no momento da transação e do pagamento com o cartão de crédito dos clientes, especialmente quanto à averiguação das assinaturas, e por isso não se pode falar que tenha atuado ilicitamente.

A apelante apontou que a responsabilidade única e exclusiva é das operadoras dos cartões de crédito, as quais tentam eximir-se dessa respon-

sabilidade ao simplista argumento de estar o número do cartão ilegível, furtando-se, com isso, do dever de pagar os valores oriundos da venda dos bilhetes aéreos. Ressalta que as empresas administradoras de tais cartões é que deveriam ser acionadas judicialmente.

Entretanto, analisadas as ponderações recursais assim sintetizadas, não se entrevê nada que possa acarretar a reforma da sentença!

Isso porque em nenhuma oportunidade se contrapõe a insurgente aos fatos e fundamentos jurídicos expostos pela apelada, restringindo-se a imputar às administradoras dos cartões de crédito a responsabilidade pelo não pagamento dos valores concernentes às vendas das passagens por si efetuadas.

Ao contrário, não contraditou a representação, pela recorrida, da empresa Ibéria Linhas Aéreas de España S.A. nem mesmo o pagamento, por ela, dos valores objeto da demanda de cobrança deflagrada.

Claro está que, no apontado contexto, reconhece à apelante a realidade dos fatos narrados na inicial, especialmente o pagamento pela recorrida da dívida perante a empresa aérea.

Portanto, a questão a ser examinada está adstrita a sub-rogação dos direitos creditícios da apelada de cobrar a dívida oriunda das passagens não adimplidas pela apelante.

Nesse aspecto, transcreva-se o seguinte trecho da sentença espancada:

> Como se depreende houve uma relação contratual entre as partes, ocorre que a ré não cumpriu com a prestação a que estava obrigado, em consequência a autora que é a representante direta da credora que prestou o serviço e por conseguinte tem interesse econômico e moral em manter a parceria, efetuou o pagamento, porquanto, sub-rogou-se em todos os direitos deste (fl. 228).

Sem nenhuma dúvida, faz-se inconteste nos autos a existência de relação contratual entre a empresa Ibéria Linhas Aéreas de España S.A. e a Transtarso Representações Ltda., que, por sua vez, passou a representação da companhia aérea no Estado de Santa Catarina à empresa autora, que, nessa condição, mantinha relações negociais com diversas agências de turismo para a venda das passagens da empresa aérea representada, inclusive com a Chapecotur Turismo Ltda.

A obrigação da empresa apelante, assim, era garantir a venda das passagens, concluindo a efetivação da negociação com seus clientes e o pagamento dos valores a serem repassados à companhia aérea.

No caso narrado na petição inicial vislumbra-se, nos termos das correspondências enviadas pelas administradoras dos cartões de crédito (fls. 15-16), a impossibilidade do adimplemento das quantias referentes às passagens vendidas pela apelante, uma vez que o número do cartão estava ilegível nos correspondentes comprovantes de pagamento.

Torna-se irrefutável que o não pagamento dos valores à empresa área Ibéria ocorreu por descuido da recorrente, que não se preocupou em fazer com que o número dos cartões de crédito dos clientes compradores das passagens ficasse legível, o que impossibilitou o repasse da verba decorrente da venda operada.

Com o intuito de não ser prejudicada perante a companhia aérea que representa em todo o Estado de Santa Catarina, a apelada viu-se obrigada a pagar o importe das passagens que não foram devidamente quitadas pela apelante, a soma de R$ 6.082,72, conforme corrobora o comprovante de depósito acostado à fl. 30 dos autos.

Esse pagamento que a apelada fez à empresa aérea Ibéria, quando na verdade a devedora era a apelante, faz incidir no caso em análise o dispositivo do art. 985, inc. III, do Código Civil de 1916, cujo texto é reproduzido pelo art. 346 do Código Civil de 2002, do seguinte teor:

> A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor:
>
> [...]
>
> III – do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte.

Na precisa definição de J. M. de Carvalho Santos, "Sub-rogar, no sentido amplo dessa expressão, é colocar uma coisa em lugar de outra coisa, uma pessoa em lugar de outra pessoa" (*Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. v. 13, p. 52).

Na mesma direção, Maria Helena Diniz conceitua: "A sub-rogação pessoal vem a ser a substituição nos direitos creditórios daquele que solveu obrigação alheia ou emprestou a quantia necessária para o pagamento que satisfez o credor" (*Código civil anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 729).

Carvalho Santos aponta que a sub-rogação legal "opera-se exclusivamente por força de lei, de pleno direito, em favor de determinadas pessoas, dispensada qualquer convenção nesse sentido" (op. cit. p. 62).

Especificamente no que tange à hipótese do inc. III do art. 985 do CC/1916, explicita o mesmo jurista:

> A sub-rogação, nesta última hipótese prevista no artigo supra, tem a sua explicação natural: é o meio que a lei fornece a quem se vê obrigado a pagar a dívida de outrem para reaver o que desembolsou, evitando o enriquecimento sem causa do devedor.
>
> Tais são os requisitos essenciais para que se verifique essa espécie de sub-rogação:
>
> a) o pagamento;
>
> b) a qualidade de coobrigado da parte de quem paga;
>
> c) o interesse de quem paga em extinguir a obrigação (op. cit. p. 77).

Observando os ensinamentos do abalizado jurista, no caso em comento vislumbra-se a presença de todos os requisitos essenciais da sub-rogação.

Ora, o pagamento da dívida por parte da apelada ocorreu, conforme se constata do documento de fl. 30, assim como a qualidade de coobrigada da demandada advém do fato de estar ela atuando como representante da empresa recorrida na venda das passagens aéreas da Ibéria Linhas Aéreas de España S.A.

Destarte, está claro que a apelante deveria, em nome dessa relação mantida com a recorrida, cercar-se de todas as cautelas necessárias para que o pagamento feito pelos clientes que adquiriram as passagens aéreas ocorresse de forma segura e eficaz, tornando-se ela coobrigada pela não concretização do adimplemento da venda, já que a empresa aérea cobraria tal prejuízo diretamente da recorrida.

Em síntese, a obrigação da apelante era celebrar o negócio jurídico com os clientes de forma eficaz, garantindo o pagamento dos bilhetes aéreos vendidos.

Por fim, resta patente o interesse da apelada na extinção da dívida, uma vez que qualquer débito ou mesmo discussão que envolva sua atuação como representante da Ibéria poderia acarretar danos a sua imagem ou mesmo aos seus interesses econômicos.

Acerca da questão, extrai-se do repertório jurisprudencial pátrio:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE FINANCIAMENTO. "CONTRATO VENDOR". JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERVENIENTES-GARANTIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. ARTIGO 985, III, DO CÓ-

> DIGO CIVIL. ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. ARTIGO 1.102-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. [...] 3. Consoante dispõe o artigo 985, III, do Código Civil de 1916, a sub-rogação se opera de pleno direito em favor do terceiro interessado que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte, configurando-se, por consequência, a legitimidade ativa da apelada.[...] 5. Apelação desprovida (TJPR, Ap. Cív. n. 385993-0, de Londrina, 7ª CCív., rel. Des. Guilherme Luiz Gomes, j. 17-4-2007, DJPR 27-4-2007).

> CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. AVALISTAS. QUITAÇÃO DO DÉBITO POR TERCEIROS. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. EFEITOS. *A quitação do débito por terceiro interessado importa em sub-rogação legal* (art. 985, inc. III, do Código Civil), cujos efeitos são a liberação do devedor junto ao credor primitivo e a transmissão àquele que pagou a dívida não apenas do crédito e das ações, como também dos privilégios e garantias do credor originário em relação ao devedor principal e seus fiadores. Efetuado o pagamento do débito, encontra-se o sub-rogado habilitado a exigir dos codevedores a sua cota parte, nos termos do art 913 do Código Civil. Patente, portanto, a legitimidade ativa do sub-rogado para o processo executivo, o qual poderia ainda ter, simplesmente, prosseguido na execução ajuizada pelo credor originário (art. 567, inciso III, do CPC) (grifo nosso, TJDF, Ap. Cív. n. 20010110448019, Quarta Turma Cível, rel. Des. Sérgio Bittencourt, j. 7-10-02, DJ 19-3-2003, p. 88).

Deste Tribunal, destaque-se:

> CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. PAGAMENTO DE DÉBITO AFIANÇADO. SUB-ROGAÇÃO DO FIADOR NOS DIREITOS DO CREDOR PRIMITIVO.
>
> Opera-se a sub-rogação de pleno direito em favor do terceiro interessado que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte (art. 985, III). O fiador acha-se nessas condições; solvendo a dívida, ele sub-roga-se em todos os direitos que competiam ao credor originário (Washington de Barros Monteiro) (Ap. Cív. n. 2000.009249-5, de Mondaí, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. PAGAMENTO COM SUB-ROGAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO INCISO III DO ART. 985 DO CÓDIGO CIVIL. PREVISÃO CONTRATUAL DE SUB-ROGAÇÃO NO CASO DE INADIMPLÊNCIA DOS CLIENTES INDICADOS PELA FORNECEDORA DOS PRODUTOS.

Sub-roga-se de pleno direito no crédito por ele satisfeito e pode vir a juízo postular o reembolso da parcela despendida, aquele que paga dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. Estipulado entre duas empresas que no caso de os clientes indicados pela fornecedora inadimplirem com a revendedora aquela ficaria obrigada a quitar a obrigação, sub-rogando-se no crédito não pago pelo devedor originário (Ap. Cív. n. 2002.001286-6, de Chapecó, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ademais, não há acolher a alegação em relação à responsabilidade das empresas administradoras dos cartões de crédito com os quais foi efetuado o pagamento das passagens, visto que inexiste qualquer relação entre a apelada e referidas administradoras.

Deve a apelante, se entender necessário, propor a competente ação contra as administradoras dos cartões de crédito, pois é ela que manteve vinculação jurídica com tais empresas e delas pode cobrar os eventuais prejuízos que tiver em razão dos serviços malprestados.

Registre-se que a transação aqui em comento desenvolveu-se entre duas empresas que têm em seu *métier* experiência no trato de negociação com cartões de crédito, estes há muitos anos integrados ao comércio do turismo e que têm como público-alvo pessoas que fazem seus negócios por meio de pagamento eletrônico (cartão de crédito).

Feito esse comentário, impende salientar centrar-se o ponto nevrálgico da controvérsia instalada em identificar, com plenitude, quem detém efetivamente a responsabilidade pelo pagamento das passagens aéreas que foram adquiridas por meio dos cartões de crédito Visanet e Credicard, operações essas que, após, foram refutadas pelas administradoras dos cartões de

crédito utilizados, ao argumento de que os respectivos números faziam-se ilegíveis, o que inviabiliza a necessária cobrança junto aos estabelecimentos financeiros aos quais estavam eles vinculados.

Inegavelmente, pois, estabeleceu-se, no caso sob enfoque, uma verdadeira teia de negócios: primeiro, a apelante — Chapecotur Turismo Ltda., como evidencia a documentação encartada, vendeu passagens aéreas da Ibéria — Linhas Aéreas de España, que a apelada emitiu em nome de Christovam Lammardo, Adam Lammardo e Isabel Peres, as quais foram pagas com cartão de crédito de terceiros, ou seja, Danes Lucca e Wilian Idri, conforme se tem de fl. 23.

A segunda relação negocial, acentue-se, travou-se entre a apelada, na condição de adquirente das referidas passagens aéreas, para posterior repasse a clientes seus, e a administradora do cartão de crédito, que se comprometeu em pagar essas passagens mediante a autorização prévia do crédito.

Na derradeira transação exposta, observe-se, é excluído o titular do cartão, pois, como esclarece, com total propriedade, Alcio Manoel Souza Figueredo:

> Formar-se-ia, portanto, em princípio, um contrato de compra e venda ou prestação de serviços, figurando o titular do cartão como comprador-credor e o fornecedor como vendedor-credor. Não ocorre tal configuração, contudo, no Sistema do Cartão de Crédito havendo uma substancial alteração nas relações entre as partes (credor e devedor), em razão de que a utilização do cartão, aciona o seu mecanismo, fazendo surgir um terceiro na relação operacional: o emissor. [...] Observa-se, então, que o pagamento do preço, que deveria ser feito pelo comprador (titular do cartão), será responsabilidade do emissor. Ficando, este, devedor do vendedor (fornecedor) e credor do comprador (titular do cartão) (*Cartão de crédito*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 40-41).

É de atentar, todavia, que a forma de pagamento que assumiu a recorrente de efetuar em benefício da apelada — cartão de crédito — re-

sultou frustrada, conforme ressai da documentação carreada ao caderno processual, com as administradoras dos cartões de crédito utilizados informando à companhia aérea o estorno dos valores referentes às aquisições das referidas passagens aéreas em virtude da não legibilidade dos números dos mesmos cartões.

De bom alvitre é consignar, com embasamento na lição de Américo Luís Martins da Silva, ser acometida ao fornecedor filiado ao sistema de cartões de crédito a

> obrigação de verificar a legitimidade do cartão de crédito e da sua utilização (o fornecedor tem a obrigação de verificar a legitimidade do cartão e todas as indicações que este contém, como por exemplo, o prazo de validade do cartão e a confrontação da assinatura do titular localizada no seu verso com a assinatura firmada na nota de venda; em caso de dúvida deve o fornecedor, até mesmo, exigir a carteira de identidade do usuário, para se certificar que o cartão não é extraviado ou roubado, com a imitação da assinatura do usuário por parte do detentor do cartão) (*Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2, p. 563).

Da mesma forma, Moema Augusta Soares de Castro inscreve, como obrigações do fornecedor, entre outras, as de:

> apontar, mecânica ou eletronicamente, na nota de débito fornecida pelo emissor, o número de identificação do cartão do portador, o nome e a data de validade do cartão, requerendo a assinatura do titular e examinando a coincidência da mesma (*Cartão de crédito*: a monética, o cartão de crédito e o documento eletrônico. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 74).

Como visto, embora tenham as administradoras dos cartões utilizados autorizado previamente o crédito, cabia à empresa fornecedora — a aqui apelante — tomar os cuidados necessários a fim de certificar-se da legitimidade do cartão que estava sendo utilizado.

Conclui-se, assim, que a desídia cometida pela empresa apelante ao aceitar o negócio irregular não tem o condão de transferir o ônus pelo insucesso do negócio às emissoras dos cartões.

Ao contrário, consoante disposto com total propriedade pelo *decisum* vergastado, é de sua exclusiva responsabilidade arcar, por conta da primeira relação comercial havida, com o pagamento das passagens que adquiriu da apelada!

Caso idêntico ao dos autos foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos termos do acórdão assim ementado:

> AÇÃO ORDINÁRIA. Ressarcimento do preço de passagens aéreas adquiridas mediante uso de cartões de crédito "clonados". Bilhetes emitidos por ordem da ré-apelante, que deve assim ressarcir a agência demandante. Apelo improvido (Ap. Cív. n. 70003811668, de Porto Alegre, 10ª CCív., rel. Des. Luiz Lúcio Merg, j. 18-10-2004).

Da fundamentação do acórdão transcrito, colhe-se:

> Observe-se que a demandada foi procurada pelos clientes para os quais foram emitidas as passagens aéreas. Pelo que se infere, a demandada, através de ordem autorizando a emissão das passagens remetidas à requerente, informa, ainda, o número do cartão de crédito, bem como é ela quem faz contato com a operadora do cartão para obter o número correspondente a autorização para a operação.
>
> E essa circunstância, no caso a obtenção da autorização perante a operadora do cartão de crédito me parece a questão crucial para concluir-se quem é efetivamente responsável, neste primeiro momento, pela negativa da administradora do cartão em resgatar sob a alegação de que se tratava de cartões clonados.
>
> Ora, no momento em que foi a demandada quem captou o cliente e obteve a autorização para a operação através de cartão de crédito, solicitando a emissão do bilhete para a demandante que atua como consolidadora, inegável que é responsabilidade da requerida o pagamento dos valores no momento em que verificada a existência de fraude na transação, mais especificamente no que diz respeito à verificação de que se tratavam de cartões de crédito clonados.

> A requerente agiu mediante postulação e em decorrência da documentação apresentada pela demandada, a qual, dessa forma, deve responder pelo prejuízo sofrido pela primeira ante a negativa da operadora de crédito de efetivar o adimplemento das compras realizadas.
>
> A tese de que houve apenas uma mediação não deve prosperar. Foi a demandada quem captou o cliente e efetivou toda a operação que culminou com a aquisição da passagem, ganhando por isso, valendo-se dos serviços da demandante que se compromete diretamente com as companhias aéreas. Não é justo, a partir dessa situação, que a mesma arque com o prejuízo.

No que tange à responsabilidade da empresa fornecedora do produto ou serviço, transcreva-se o julgamento a seguir:

> O cartão de crédito é pessoal e intransferível. Seu uso é privativo do associado. O estabelecimento comercial, ao aceitar a venda mediante exibição do cartão pelo comprador, é obrigado, pelo contrato, a colher a assinatura do portador na nota de despesa, conferindo-a com a constante do cartão. A menor discrepância entre as assinaturas impedirá o negócio, impossibilitando a compra e venda com a utilização do cartão.
>
> Da loja vendedora é o risco de aceitar o cartão sem conferi-las e sem exigir a comprovação devida, como a cautela recomenda, devendo, em tal hipótese, arcar com os prejuízos (RT 640/137).

Em hipótese perfeitamente identificada com a em exame, envolvendo a aqui insurgente, enfatizamos:

> COBRANÇA. Passagens aéreas. Aquisição, pela demandada, com cartão de crédito apresentado por clientes suas. Cartão de crédito de terceiro. Cobertura negada pela administradora. Responsabilidade da adquirente subsistente. Pleito acolhido. Sentença mantida. Irresignação apelatória desatendida.
>
> A empresa de turismo que adquire passagens aéreas para clientes suas através cartão de crédito de terceiro por elas apresentado, tem a obrigação de verificar a legitimidade do cartão e da sua utilização. Negada a respectiva cobertura pela administradora, por não conferirem os dados com o do titular do cartão, subsiste a respon-

> sabilidade da adquirente pelo pagamento correspondente (Ap. Cív. n. 2001.023046-1, de Chapecó, j. 9-6-2005).

Por tudo o que foi exposto, a conclusão é óbvia: diante da relação comercial havida entre as partes litigantes, não sofrendo a apelada influência da relação entre a administradora de cartão de crédito e a recorrente, a esta incumbe a responsabilidade exclusiva pelo pagamento do débito referente à aquisição das passagens aéreas aqui referidas.

Portanto, mantém-se incólume a sentença que julgou procedente o pedido formulado pela demandante e condenou a recorrente ao reembolso da quantia adimplida!

De outro lado, insurge-se a apelante contra as condenações que lhe foram impostas referentemente ao pagamento de 1% de multa por litigância de má-fé e indenização no patamar de 10% sobre o valor atualizado da causa, conforme previsão do art. 18 do Código Instrumental Civil.

É de rejeitar, também no aspecto em questão, a proposição apelatória.

In casu, como com total propriedade assinalou o douto *decisum* vergastado, houve efetivamente incidência da apelante no disposto nos incs. II a IV do art. 17 do Estatuto Procedimental, de acordo com o qual:

> Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
>
> [...]
>
> II — alterar a verdade dos fatos;
>
> III — usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV — opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

A condenação em litigância de má-fé exige que haja, como pressuposto primeiro, o dolo, ou seja, da própria má-fé no ato praticado. Ou ainda, como proclamam alguns juristas mais indulgentes, há que se fazer presente, ao menos, a culpa grave.

Asseverou, acerca do assunto, Celso Agrícola Barbi:

> A ideia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, intenção malévola. Essa ideia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar (*Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1).

Da mesma forma, acentuou o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL — LITIGÂNCIA POR MÁ-FÉ — CONDENAÇÃO — INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CABÍVEL — CONDUTA MALICIOSA — INEXISTÊNCIA.
>
> O artigo 17 da lei processual civil, ao definir os contornos da litigância de má-fé que justificam a aplicação da multa, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade (REsp. n. 199.490/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. 20-4-1999).

Nos abalizados dizeres de Rui Stoco:

> a má-fé é a qualificação jurídica da conduta legalmente sancionada, daquele que atua em juízo, convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculo ao exercício do seu direito (*Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 87).

Assim, na litigância de má-fé, assevera Reis Friede:

> há como substrato a intenção de prejudicar alguém, o qual, no processo civil, geralmente, é outro litigante (*Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 164).

Ou, como enfatizou a nossa Corte Maior:

> O entendimento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a

> sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo (ED n. 246.564-0, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 10-10-1999, RTJ 270/72).

Como enfatizou o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: "O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para a efetivação dos direitos da cidadania" (REsp. n. 65.906, Quarta Turma, j. 25-11-1997, DJ 2-3-1998, p. 93).

Ainda, segundo Ada Pelegrini Grinover:

> Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de processo ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores (*A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000).

Ainda que não se possa retirar da parte o direito de recorrer, pena de afronta ao art. 5º, LV, da Constituição da República, como acentua Nelson Nery Junior, "o abuso desse direito não pode ser suportado pelo sistema" (*Código de processo civil comentado.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 425).

E a não ser como protelatório, há que sinonimizar um recurso tendente à obtenção de uma redução de percentual considerada pela própria

sentença atacada e, inclusive, aplicada pela própria autora, conforme ressaltado na planilha de evolução do débito acostada à inicial.

Não há olvidar, então, que, como expôs a Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> Age como litigante de má-fé aquele que impede a solução definitiva da demanda, apresentando recursos infundados, conforme previsto no inciso VII do art. 17 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 9.668/98, sujeitando-se, diante disso, às penalidades descritas no art. 18 (AgRg no EREsp. n. 243.092/RJ, Segunda Seção, DJ 25-2-2002).

Em conclusão: é de manter, também no que se refere à litigância de má-fé, o reconhecimento levado a cabo pelo decisório impugnado!

À vista das considerações expostas, nega-se provimento ao reclamo deduzido.

DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 21 de agosto de 2008, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 21 de outubro de 2008.

Trindade dos Santos

PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2007.017756-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – CONTRATOS – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PARA INSTALAÇÃO DE RESTAURANTE – RESCISÃO DO CONTRATO – PAGAMENTO DE VALOR PELO RÉU – DESCUMPRIMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – PAGAMENTO SUBORDINADO À CONDIÇÃO SUSPENSIVA – INOCORRÊNCIA – CLÁUSULA CONTRATUAL IMPONDO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO AO ARBÍTRIO DE OUTRA – NULIDADE – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – FUNÇÃO SOCIAL E ETICIDADE – AUSÊNCIA – INTENÇÃO DAS PARTES NA CONFECÇÃO DO NEGÓCIO – VALOR DEVIDO – PEDIDO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ PELA AUTORA – INTENÇÃO DE PREJUDICAR – AUSÊNCIA – SUPREMACIA DO LIVRE ACESSO À JURISDIÇÃO – SANÇÃO INACOLHIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Cláusula contratual determinando contraprestação em pecúnia através de venda ou locação de imóvel para instalação de restaurante, não tem valor porque submete uma das partes ao alvedrio da outra.

Nas declarações de vontade, a intenção das partes no contrato deve prevalecer sobre o sentido literal da palavra utilizada para a sua confecção.

Ausente por parte do apelante vontade de prejudicar a apelada, inocorre má-fé, adotando-se o princípio da supremacia do livre acesso à jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.017756-0, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é apelante Osvaldo Justino da Silva, sendo apelada Dirceia Martins:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, desprover o recurso e afastar a aplicação de multa por litigância de má-fé. Custas legais.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Ação Monitória movida por Dirceia Martins contra Osvaldo Justino da Silva, objetivando receber o valor de R$ 6.000,00 decorrente de rescisão de contrato.

Sustentou que realizou com o requerido contrato de compra e venda de estabelecimento comercial para a instalação de restaurante, com todas as suas instalações.

Argumentou que resolveram rescindir o contrato, ficando acordado que o requerido, caso vendesse ou locasse o restaurante para terceiros, deveria quitar a importância de R$ 6.000,00.

Disse que mesmo passado um ano da locação do imóvel, o requerido negou-se a cumprir o acordo firmado.

Por meio de embargos, Osvaldo Justino da Silva anotou que a cláusula contratual previa o pagamento da importância cobrada se houvesse a venda ou locação do restaurante, no entanto, o imóvel foi locado por empresa de agropecuária, que exerce atividade diversa da avençada entre as partes.

Entregando antecipadamente a prestação jurisdicional, a magistrada *a quo* julgou procedente o pedido inaugural, condenando o réu ao pagamento de R$ 6.000,00 à autora.

Inconformado, Osvaldo Justino da Silva interpôs recurso de apelação objetivando reformar a sentença de 1º Grau ao argumento de que o pagamento dependia de condição suspensiva que não se efetivou, pois não locou o restaurante, mas sim o estabelecimento comercial.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto tempestivo e instruído com os documentos necessários.

Objetiva o réu/apelante a reforma integral de sentença de 1º Grau ao argumento de que somente estaria obrigado ao pagamento se vendesse ou locasse para terceiros o restaurante, mas, todavia, não foi isso que ocorreu, porquanto não vendeu ou locou o restaurante, mas alugou o estabelecimento comercial para empresa agropecuária, ramo completamente diverso do explorado pela autora.

Deve ser mantida, no entanto, a sentença monocrática.

Compulsando-se os autos, denota-se que as partes realizaram contrato de compra e venda do Restaurante e Cachaçaria Corujas, *"com suas instalações, móveis e utensílios, maquinário estoque e demais objetos..."* (fl. 8).

Após a concretização do negócio, passados alguns meses, as partes resolveram rescindir o contrato anteriormente firmado, estabelecendo a seguinte cláusula contratual:

> O VENDEDOR (requerido) obriga-se a pagar a COMPRADORA a importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais), assim que for vendido ou locado o Restaurante para terceiros, abatendo deste valor as dívidas pendentes até hoje referente a água e luz até o dia 1º-5-2002 (fl. 5).

É inarredável a conclusão de que a cláusula supra é puramente potestativa, desaparecendo qualquer vínculo entre as partes e inexistindo vinculação bilateral, uma das partes se sujeita ao domínio da vontade alheia.

No caso concreto, a cláusula referida determina que o imóvel comercial seja locado ou vendido para restaurante, com o que discordou o proprietário do prédio, que para livrar-se do pagamento de R$ 6.000,00, locou o imóvel para empresa agropecuária.

Assim, não houve concordância de vontades entre os contratantes, mas simplesmente cláusula potestativa pura impondo a vontade de Osvaldo Justino da Silva sobre a vontade de Dircéia Martins, nada podendo esta fazer para defender seus direitos.

> Diz-se puramente potestativa a condição se, para seu implemento, bastar a volição exclusiva e arbitrária de uma das partes, que pode obstá-lo ou ensejá-lo. Caracteriza-se quando houver a cláusula *se volam* ('se eu quiser'). As condições potestativas ilícitas são aquelas que subordinam a eficácia a mero capricho de uma das partes, retirando-lhe, por conseqüência, a seriedade. É puramente potestativa a condição que faz a eficácia do contrato depender de uma simples e arbitrária declaração de vontade de uma das partes contratantes, seja para produzir (condição suspensiva), seja para conservar (condição resolutiva) os efeitos por elas previstos. Na condição puramente potestativa desaparece qualquer vínculo volitivo entre as partes e, por conseguinte, desaparece a vinculação de uma sujeito a outro, reduzindo-se uma das partes a mera sujeição do domínio da vontade alheia (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 259-260).

Entretanto, a cláusula potestativa *sub judice* é nula de pleno direito, não fazendo lei entre as partes.

Não bastasse isso, dispõe o art. 112 do Código Civil que *"nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*".

Já diziam os antigos que a letra mata e o espírito vivifica. Ora, no caso concreto é necessária uma interpretação mais elástica que a literal, mais justa que a tópica, mais sábia que a sistemática.

Assim, atendendo a função social do contrato e a eticidade que deve permear todas as cláusulas contratuais firmadas, entendo que, embora o réu Osvaldo não tenha vendido ou alugado o seu imóvel para restaurante, ele também vem auferindo numerário pela locação ou venda do prédio a uma empresa agropecuária. Desse contrato de venda ou de locação, chegou às mãos do réu numerário suficiente para pagar a autora. Esta é a conclusão que se tira de uma interpretação sistemática, que objetiva eticidade no relacionamento contratual.

Tratando sobre interpretação contratual, SÍLVIO DE SALVO VENOSA assevera o seguinte:

> Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato.
>
> Nem sempre as partes usam os vocábulos na acepção jurídica, e mesmo o sentido vulgar de uma palavra pode ter mais de um sentido. Deve ser acolhido pelo intérprete o sentido que se amolda à natureza do contrato (*Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. II, p. 455).

A natureza jurídica do contrato de rescisão é bilateral e comutativa, com direitos e obrigações para ambas as partes, o que não veio a acontecer no caso concreto.

Tratando sobre o caso vertente, o STJ ao solucionar caso semelhante ao presente, decidiu o seguinte:

> O conteúdo puramente potestativo do contrato impôs a uma das partes condição, apenas e tão somente, de mero espectador, em permanente expectativa, enquanto dava ao outro parceiro irrestritos poderes para decidir como bem lhe aprouvesse. Disposições como essa agridem o bom-senso e, por isso, não encontram guarida em nosso direito positivo. Entre elas está a chamada cláusula potestativa. É estipulação sem valor, porque submete a realização do ato ao inteiro arbítrio de uma das partes (STJ, 3ª T., REsp. n. 291631-SP, rel. Min. Castro Filho, j. 4-10-2001, DJU 15-4-2002).

De outra banda, a afirmação do apelante de que não conseguiu vender ou locar o imóvel como restaurante por conta de que o ponto comercial foi inutilizado pela autora, além de inexistir prova do fato, é irrelevante para a situação posta em juízo.

Por último, o pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé ao réu/apelante pela autora desmerece prosperar.

Com efeito, não se vislumbra, por parte do apelante, a existência de dolo processual capaz de impingir-lhe condenação por litigância de má-fé, não restando caracterizadas as hipóteses dos arts. 14 e 17 do Código de Processo Civil. Ademais, deve-se dar preferência ao princípio do livre acesso à jurisdição.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> Para a configuração da litigância de má-fé devem estar presentes fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte e prejuízo processual para a parte contrária. Neste particular há que se levar em consideração que a boa-fé se presume e a má-fé reclama prova ou fortes indícios (Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Ap. Cív. n. 2006.024343-3, de Videira).

Afasta-se, portanto, a multa por litigância de má-fé requerida.

Ante o exposto, conheço do recurso para negar-lhe provimento, afastada a multa por litigância de má-fé.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve desprover o recurso e afastar a aplicação de multa por litigância de má-fé.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 28 de agosto de 2008.

Monteiro Rocha
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.048000-3, da Capital

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES — RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – CONTRATO DE CORRETAGEM – ERRO DO CORRETOR – CONSTRUÇÃO DE CASA SOBRE TERRENO QUE NÃO O ADQUIRIDO – PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS – PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU – IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR – MAJORAÇÃO DOS DANOS EMERGENTES – PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO TERCEIRO ADQUIRENTE DA CASA – INCOMPROVAÇÃO – DANO MORAL – ABALO À IMAGEM POR BLOQUEIO JUDICIAL DE BENS – DEVER DE INDENIZAR – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – AUTOR QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – AFASTAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

Cabe ao autor comprovar a existência dos prejuízos materiais alegados, sob pena de improcedência de sua pretensão.

Sofre dano moral aquele que, por ato culposo do réu, tem todos os seus bens judicialmente bloqueados e tem sua imagem profissional abalada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.048000-3, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante Carlos Calvo Canabal, sendo apelado João Carlos Gomes:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso do autor. Custas legais.

RELATÓRIO

Carlos Calvo Canabal, devidamente qualificado nos autos, propôs Ação de Indenização contra João Carlos Gomes, afirmando, em síntese, que sofreu prejuízos em decorrência de ato culposo do requerido.

Narra que, em 10-4-92, o réu intermediou a compra e venda do terreno de área n. 6, do Condomínio Miramar I, localizado no bairro Ingleses, cidade de Florianópolis.

Alega que objetivava construir uma casa para revenda e, com isso, obter alta lucratividade, haja vista que constrói casas pessoalmente, com a ajuda de poucos serventes.

Sustenta que, em 5-11-92, terminou a construção da casa e a revendeu para Aguinel José Bastian, por meio de promessa de compra e venda, pelo valor de Cr$ 376.250.000,00, dividido em três parcelas.

Aduz que após trinta dias, Aguinel José Bastian informou ao autor que foi procurado por Ingerborg Sell, a qual lhe afirmou que a casa foi construída sobre o seu terreno.

Assim, dirigiu-se à imobiliária do requerido, onde se constatou que o réu indicou erroneamente ao autor o lote adquirido, ensejando, por conseguinte, a edificação da casa em imóvel alheio.

Argumenta que, em decorrência disso, arcou com honorários advocatícios para defesa na Ação Reivindicatória proposta por Ingerborg Sell, bem como deixou de receber a terceira parcela da venda da casa, como indenização ao adquirente pelos dispêndios que suportou com as ações judiciais.

Prosseguiu asseverando que o ilícito lhe ensejou danos, pugnando pela condenação do réu ao pagamento das despesas com honorários ad-

vocatícios em R$ 8.448,11, com a perda da terceira parcela da venda da casa em R$ 3.368,75 e dano moral.

Citado, o réu apresentou contestação, alegando a prescrição da pretensão do autor. Ademais, asseverou que o requerente não comprovou os prejuízos materiais e morais alegados, além de ressaltar que não há nexo de causalidade entre sua conduta e os danos arguidos, pois o autor deveria se certificar qual era a real localização de seu lote.

Réplica às fls. 90-97.

Julgando antecipadamente a lide, o Magistrado *a quo* decidiu pela procedência parcial da inaugural, condenando o réu ao pagamento dos gastos que teve que suportar com sua defesa na ação reivindicatória no valor de R$ 3.000,00 URV´s, com custas *pro rata* e compensação dos honorários sucumbenciais (fls. 104-106).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o autor interpôs recurso, requerendo a condenação do réu ao pagamento do equivalente à perda da terceira parcela do contrato de compra e venda que deixou de receber, e danos morais.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta superior instância.

VOTO

Conheço do recurso porque preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Busca o apelante reformar a sentença *a quo* para julgar integralmente procedente a inaugural, argumentando que restaram comprovados todos os prejuízos alegados.

É incontroverso que o réu confundiu as áreas no momento em que intermediava a venda do terreno, informando equivocadamente sobre qual

era a área que o autor estava adquirindo, tanto que, além de não apelar, assinou, à época dos fatos, declaração assumindo o erro e as responsabilidades decorrentes deste, a qual se transcreve:

> Declaro também, que no momento da venda, mostrei ao Sr. Carlos Calvo Canabal, um outro terreno que não o efetivamente escriturado; e que assim sendo assumo total e irrestrita responsabilidade por qualquer ação ou indenização que advir deste lapso de minha inteira responsabilidade, eximindo neste ato ao Sr. Carlos Calvo Canabal deste compromisso (fl. 14).

Desta forma, patenteada a culpa grave do requerido, convém dirimir sobre a extensão dos prejuízos suportados pelo autor.

Sustenta o apelante/autor que o ato do requerido ensejou a perda da terceira parcela que receberia em virtude do contrato de compra e venda que havia pactuado com Aguinel José Bastian, além de danos morais, decorrentes do bloqueio judicial de seus bens por mais de dez anos e dos transtornos pessoais por que passou ao alienar a edificação que havia construído sobre o terreno de propriedade alheia.

a) *Danos Emergentes*:

Quanto aos danos emergentes, alega o autor que deixou de receber a terceira parcela do contrato de compra e venda como forma de indenizar o adquirente da casa dos prejuízos que suportou.

Inexistem provas nos autos de que o autor deixou de receber a terceira parcela do imóvel. O acordo nos autos da Ação Reivindicatória, entre autor, adquirente da casa e proprietária do terreno sobre a qual foi construída a residência, não menciona nada a esse respeito.

Embora o adquirente da casa tenha mencionado, em 1993, na contestação da Ação Reivindicatória que suspendeu o pagamento da terceira parcela, como garantia, o acordo de fls. 47 e 48, de 2003, que estabeleceu e distribuiu as responsabilidades pelos pagamentos das verbas judiciais e

extrajudiciais decorrentes da celeuma, é omisso quanto ao pagamento dos referidos prejuízos.

Dessa forma, era ônus processual do autor demonstrar que a terceira parcela do contrato de compra e venda que receberia foi abatida como forma de indenização ao adquirente pelos prejuízos que suportou.

Conforme reiterado entendimento jurisprudencial,

> o ditame plasmado no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, indica que compete ao autor fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Consoante a doutrina processual, fato constitutivo é aquele que é apto a dar nascimento à relação jurídica que o autor afirma existir ou ao direito que dá sustentação à pretensão deduzida pelo autor em juízo. A consequência do não desincumbimento do ônus da prova pelo autor é o julgamento de improcedência do pedido (*actore non probante absolvitur reus*) (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.014925-8, de Porto União, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 19-6-2000).

b) *Dano Moral*:

Alega o recorrente que o ato do requerido acarretou o bloqueio judicial de todos os seus bens, além de outros transtornos profissionais, pessoais e financeiros, sobretudo porque o autor trabalha justamente com construção e revenda de casas.

Sobre danos morais preconiza Wilson Melo da Silva:

> Na ocorrência da lesão manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte. E tanto faz que tal lesão tenha ocorrido no campo se seus bens materiais ou na esfera daqueles outros bens seus, de natureza ideal. O que importa, o que é mister, é a reparação, pelo critério da equivalência econômica, num caso, ou pelo critério da simples compensação, da mera satisfação, como o queiram, no outro (*Do dano moral e sua reparação*. 2. ed. Forense. p. 424-427).

Os danos morais em sentido amplo abrangem os prejuízos biológicos, os estéticos e os anímicos (morais *stricto sensu*). Os danos anímicos (morais

em sentido estrito) consistem em dissabores, angústias ou constrangimentos psíquicos. Os danos biológicos, ainda inseridos no conceito amplo de danos morais, decorrem da perda ou da redução da funcionalidade somática do corpo humano ou de parte dele.

Sobre a prova dos danos morais pacificou o 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. n. 173.124/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 19-11-2001, p. 277 e ainda: AGA n. 162.918/DF Ag. Reg./Ag. Inst., 4ª Turma, DJU 21-8-2000, p. 138, rel. Min. Barros Monteiro e REsp. n. 110.091/MG, 4ª Turma, DJU 28-8-2000, p. 85. rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

Em decorrência do ilícito, o autor sofreu abalo moral através do bloqueio de seus bens por dez anos. Ademais, por trabalhar em construção civil e revenda de casas, teve sua imagem e credibilidade abaladas ao alienar, por erro do réu, casa construída sobre terreno alheio.

Os critérios de fixação judicial referentes ao dano moral são regidos por livre arbítrio judicial, fundamentado na posição econômica e social das partes, na culpa do agente e nas múltiplas repercussões da ofensa na vida do autor, não devendo a indenização desfigurar a essência moral do direito.

Não há maiores elementos de convicção sobre a condição econômica e social de demandante e demandado. A culpa do réu consubstanciou-se no fato de ter indicado equivocadamente o terreno adquirido pelo autor. A ofensa ensejou as consequências descritas, acarretando uma série de prejuízos no cotidiano do autor que teve sua imagem profissional abalada, além de todo os seus bens bloqueados judicialmente por dez anos.

Nesse contexto, condena-se o réu ao pagamento de danos morais no valor de R$ 5.000,00, com juros moratórios a partir da citação e correção monetária a partir do arbitramento.

Ademais, porque o autor decaiu de parte mínima do pedido, afasta-se a sucumbência recíproca, condenando-se o réu ao pagamento integral de custas e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do autor para condenar o réu ao pagamento de dano moral no valor de R$ 5.000,00, com juros moratórios a partir da citação e correção monetária do arbitramento, e ao pagamento de custas e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Outrossim, face à grave culpa do corretor de imóveis João Carlos Gomes – CPF n. 479.893.869-68 – que intermediou alienação de imóvel que não poderia ter sido adquirido pelo requerente, envie-se cópia integral deste acórdão ao Conselho Regional dos Corretores de Imóveis de Santa Catarina, com endereço à Rua Trajano, 279, 1º e 2º andar – Centro, Florianópolis/SC, CEP 88010-010.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve dar parcial provimento ao recurso do autor.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 28 de agosto de 2008.

Monteiro Rocha

RELATOR

Apelação Cível n. 2008.030793-9, de Otacílio Costa

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTRATOS – CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA DE ÁRVORES PARA CORTE – ERRO E DOLO – IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR – VÍCIOS DE CONSENTIMENTO – ERRO E OMISSÃO DOLOSA – BOA-FÉ OBJETIVA – DEVER DE INFORMAÇÃO – EXEGESE DOS ARTS. 422 E 147 DO CC/02 – DESCUMPRIMENTO – PROVA DE OMISSÃO DOLOSA DO REQUERIDO – VÍCIO DE CONSENTIMENTO CARACTERIZADO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

Pelos princípios da boa-fé objetiva e da eticidade, constitui omissão dolosa, negligência — o réu deixar de informar ao autor sobre questões essenciais ao negócio jurídico, que se fossem conhecidas pelo autor, este não o celebraria.

Anula-se negócio jurídico em que uma das partes se aproveita dolosamente da ignorância alheia, objetivando obter lucro fácil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.030793-9, da comarca de Otacílio Costa (Vara única), em que é apelante Ari Tadeu de Souza, sendo apelado Hugo Coelho Medeiros:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, resolve dar provimento ao recurso do autor para anular o negócio jurídico, com o retorno das partes ao *statu quo ante* e a condenação do réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios em R$ 3.000,00. Custas legais.

RELATÓRIO

Ari Tadeu de Souza, qualificado nos autos, ajuizou Ação de Rescisão de Contrato Verbal c/c Perdas e Danos contra Hugo Coelho Medeiros, afirmando, em síntese que foi induzido em erro pelo requerido para aquisição de pinheiros para posterior corte e venda.

Afirmou que após insistência do réu, entabulou verbalmente o mencionado negócio jurídico, dando em pagamento a Camioneta S 10, placa MAI 9281, no valor de R$ 46.000,00.

Prosseguiu argumentando que entregou ao apelado o automóvel juntamente com o recibo, porém não recebeu qualquer documento, pois foi dito que o contrato escrito seria feito em alguns dias.

Informou que teve que arcar com as despesas do corte e do transporte das toras de madeira no valor de R$ 7.000,00, informação que lhe foi omitida dolosamente quando da realização do negócio jurídico, ensejando drástica diminuição de seus ganhos, pois esse numerário foi abatido dos R$ 17.000,00 recebidos com a venda da madeira.

Aduziu que o réu não aceitou a proposta de desfazimento do negócio, mediante a devolução do lucro obtido com a venda de parte dos pinheiros.

Mencionou que foi ludibriado pelo requerido, pois os pinheiros alienados ainda não se encontravam em condições de corte, diferentemente dos que lhe foram demonstrados nas tratativas pré-negociais.

Assim discorrendo, requereu a antecipação de tutela para obstar a transferência pelo réu do veículo dado como pagamento, bem como a procedência do pedido para rescindir o negócio jurídico e para condenar o réu ao pagamento de perdas e danos, além de custas e honorários advocatícios.

O juiz concedeu a liminar, determinando a proibição de transferência do veículo e autorizando o depósito em juízo da quantia obtida pelo autor com a venda dos pinheiros (fls. 39-40).

Citado, o réu Hugo Coelho Medeiros, ofereceu contestação, arguindo, preliminarmente, carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*, porque o proprietário do terreno e dos pinheiros é Acácia Carlos Medeiros.

No mérito, aduziu que apenas intermediou a venda das árvores e asseverou que não houve erro substancial por parte do autor e que não agiu dolosamente no negócio que intermediou.

Assim discorrendo, requereu a revogação da liminar e a improcedência do pleito inaugural, com a condenação do requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Réplica à contestação fls. 86-91.

Alegações finais do réu às fls. 114-116.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fls.119-120):

> Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, resolvendo o mérito nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Condeno o autor ao pagamento das custas e honorários, os quais arbitro em R$1.000,00 (um mil reais), salvo se, requerida a gratuidade de justiça, for comprovada a sua hipossuficiência financeira, nos termos da Lei nº 1.060/50, no prazo de 05 dias. Transitada em julgado, expeça-se alvará para a liberação do valor depositado nos autos em favor do autor, oficiando-se ao órgão de trânsito para a liberação da restrição quanto à transferência do veículo.

Irresignado com a resposta judicial, o apelante Ari Tadeu de Souza interpôs recurso, requerendo, em síntese, a anulação do negócio jurídico porque houve omissão dolosa do requerido ao não lhe informar sobre os

custos do corte e do transporte das toras de madeira, além de ter adquirido pinheiros que não estavam prontos para o corte, fatores que lhe acarretaram vultoso prejuízo financeiro.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a esta superior instância.

VOTO

Conheço do recurso porque preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Busca o apelante a reforma da sentença *a quo*, argumentando vício de consentimento, dolo e erro, no negócio jurídico envolvendo a aquisição de pinheiros para corte e posterior venda.

Primeiramente, oportuno ressaltar que a eticidade e a boa-fé objetiva é um dos pilares fundamentais sobre o qual se assenta o Código Civil/2002 e, tratando-se de contratos, o art. 422 é expresso ao prescrever que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Conforme observa Humberto Theodoro Júnior em referência ao Novo Código Civil:

> O ideal insistentemente perseguido é, sem dúvida, o da justiça concreta, como adverte Miguel Reale, não em função de individualidades concebidas *in abstrato*, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiaridades circunstanciais. Fugindo da antiga perspectiva hostil à equidade e da submissão aos princípios éticos, o novo Código confessadamente reconhece a impossibilidade da plenitude do Direito escrito, pois o que há, na verdade, na nova ótica normativa, é sim, "a plenitude ético-jurídica do ordenamento". Dessa maneira, o Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios como esse da equidade, de boa-fé, de correção (*Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III, p. 12).

O novo CC, ao adotar um sistema centrado em conceitos como a ética e a boa-fé, impõe padrões de conduta sob os quais devem reger-se todas as relações humanas. Em consequência, reprime o abuso de quaisquer direitos e veda atitudes que contrariam tais premissas.

"A boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficacial jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente".

O princípio da boa-fé objetiva "deve consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio jurídico, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário" (GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*: contratos. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72-75).

Com base no princípio norteador da boa-fé e da eticidade que devem estar presentes em todas as relações negociais, analisa-se as alegações do apelante acerca da anulação do negócio jurídico.

Cario Mario da Silva Pereira leciona que

> o pressuposto do negócio jurídico é a declaração do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão de vontade. Se falta, ele não se constitui. Ao revés, se existe, origina o negócio jurídico. Mas o direito não cogita de uma declaração de vontade qualquer. Cuida de sua realidade, de sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente, e de sua submissão ao ordenamento jurídico. [...] o resultado, ou seja, a produção de efeitos jurídicos, ainda se acha na dependência da verificação das circunstâncias que a envolveram [...] pode ter ocorrido uma declaração de vontade, mas em circunstâncias tais, que não traduza a verdadeira atitude volitiva

> do agente, ou persiga um resultado em divórcio das prescrições legais. Nesses casos, não se nega a sua existência, pois a vontade se manifestou e o ato jurídico chegou a constituir-se. Recusa-lhe porém efeitos o ordenamento jurídico.
>
> O traço comum entre todos os vícios (do consentimento e sociais), que atingem o ato negocial, situa-se na ruptura do equilíbrio de seus elementos essenciais (*Instituições de direito civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v.I, p. 350-352).

Acerca da análise dos vícios de consentimento Pontes de Miranda preceitua que deve ser respeitada uma ordem específica para seus exames.

> Primeiro há de ser julgado o pedido de anulação pela coação; depois, o pedido de anulação pelo dolo; finalmente, pelo erro. Salvo se inseparáveis (*Tratado de direito privado*. Campinas: BookSeller, 2000. t. 4, p. 407).

Aduz o apelante que o réu agiu dolosamente, omitindo que o autor seria o responsável pelo pagamento do corte e do transporte da madeira, bem como que as árvores ainda não se encontravam adequadas para o corte, informações essenciais ao pacto firmado entre as partes.

Pontes de Miranda assinala que

> é dolo todo ato, positivo ou negativo, que intencionalmente suscita, fortalece, ou mantém erro de outra pessoa, com a consciência de que esse erro lhe determina ou concorre para lhe determinar a manifestação de vontade. Em todo dolo há indução em erro, provocando-o, reforçando-o, ou apenas deixando que persista (Tratado de direito privado. Campinas: BookSeller, 2000 t. 4, p. 394-395).

Humberto Theodoro Júnior assevera que "sempre que um contratante cale intencionalmente sobre circunstâncias essenciais para o consentimento do outro, pratica um silêncio desleal".

Para aplicação do art. 147 do CC/02 – Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade

que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que se ela o negócio não se teria celebrado –

> tanto faz que o contratante já esteja em erro antes da negociação, como tenha o equívoco sido cometido durante a negociação. O silêncio do outro contratante tanto pode ser a respeito de dado que o parceiro conhece equivocadamente, antes do contrato, como pode referir-se a informação relativa a dado que um conhece e o outro ignora, no contexto em que o negócio se ultima. Nas duas circunstâncias, aquele que se beneficia do negócio tem condições de evitar o erro do outro contratante, e se não o esclarece, mesmo sabendo que o erro do parceiro versa sobre elemento essencial da contratação, pratica dolo negativo e faculta ao enganado o direito de promover a anulação do negócio, nos termos do art. 147 (*Comentários ao novo código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. t. I, v. III, p. 143-144).

Feitas essas considerações acerca da anulabilidade do negócio jurídico por dolo, transcreve-se depoimentos de testemunhas que presenciaram as tratativas, a fim de esclarecer os fatos controvertidos:

> Que o depoente foi contratado pelo autor para cortar a madeira; que a madeira foi vendida pelo Sr. Acácio Medeiros e Sr. Hugo; que a negociação e compra da madeira iniciou-se na casa do depoente, com a presença do autor e do requerido; que o acerto para o corte da madeira era de responsabilidade do Sr. Ari; que o Sr. Ari acertou com o depoente que o pagamento pelo corte se daria com a venda da madeira; que o autor visitou o local onde estavam plantados os pinus antes de fechar negócio na compania do Sr. Nei e Sr. Hugo; que normalmente quem compra a madeira é responsável pelo corte (Érico Rodrigues da Silva; fl. 112).
>
> Presenciou em duas oportunidades o autor e o requerido conversarem sobre o negócio na residência da depoente; que ouviu das partes que o autor entregaria o seu veículo por R$ 46.000,00 e receberia a madeira plantada com 16 anos; que após, o marido da depoente foi contratado para cortar e transportar a madeira; que após iniciar o corte, o esposo da depoente chegou a comentar que o autor teria um prejuízo muito grande porque a maioria dos pinheiros era de porte pequeno; que a depoente chamou o requerido para conversar, pois é sua amiga, sugerindo que o mesmo desse mais alguns

> pinheiros ao autor, o que não foi aceito; que o autor esteve no local da plantação antes de fechar negócio; que os custos para o corte da madeira eram de responsabilidade do autor; que o valor obtido com a venda da madeira não correspondeu nem a metade do valor do veículo (Dulcemar Rudolfo da Silva; fl. 113).

Os depoimentos transcritos à luz das alegações das partes permitem concluir que o réu vendeu ao autor parte de sua plantação de *pinus* em troca de uma Caminhonete S10 no valor de R$ 46.000,00, cabendo ao autor, ao contrário do alegado, arcar com os custos com o corte e o transporte da madeira.

Infere-se, outrossim, que toda negociação foi realizada de forma a que o autor adquirisse as madeiras para imediato corte, tanto que as tratativas foram feitas na casa de Érico Rodrigues, amigo do réu e responsável por esse serviço.

Inobstante a mera ignorância não ser causa de anulabilidade do negócio jurídico, há possibilidade de anulação do pacto, quando a outra parte se aproveita dolosamente desse estado, ocultando informações essenciais que obstaculizariam a formação do negócio jurídico.

Embora o requerido/alienante controlasse todas as variáveis do negócio, pois era proprietário das árvores, conhecia o mercado de madeira, bem como as pessoas que poderiam realizar o corte e o transporte, quis, estranhamente, alienar os pinheiros para o autor para imediato corte, transferindo a este apenas a titularidade do direito de cortar e vender a madeira, serviço que foi realizado por Érico Rodrigues, amigo do réu, e, surpreendentemente, o negócio se revelou extremamente desvantajoso para o autor.

Conforme se depreende da leitura dos depoimentos transcritos, não haveria possibilidade do autor ter lucro com a venda dos pinheiros, pois mesmo antes da alienação das toras de madeira o responsável pelo corte – amigo do requerido – já havia comentado que o autor teria grande prejuízo,

inclusive tendo solicitado ao réu que transferisse mais alguns pinheiros para o autor, como forma de amenizar o prejuízo.

Frisa-se que o mero prejuízo não é causa de anulação de negócio jurídico, pois a obtenção de lucro é uma variável e um risco a que qualquer negociante se submete.

Entretanto, a hipótese descrita nos autos é diferente, pois se trata de negócio cuja possibilidade do autor obter lucro era nula, haja vista que os pinheiros que estavam sendo vendidos não eram apropriados para o corte, mormente considerando-se o valor da contraprestação dada pelo autor.

Conforme leciona Pontes de Miranda, "a prova do dolo como causa de anulabilidade, incumbe a quem pede a anulação", mas ressalta, "cabem as provas por presunções e indícios "O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias [...]. Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa" (*Tratado de direito privado*. Campinas: BookSeller, 2000. t. 4, p. 407).

Humberto Theodoro Júnior assevera:

> Os fatos externos desse complexo fenomenológico devem, em princípio ser demonstrados de maneira direta, mas a repercussão deles sobre o psiquismo das partes bem como o nexo causal entre eles e a viciada manifestação de vontade, em regra somente podem ser estabelecidos a partir de presunções constituídas sobre os elementos da conduta dolosa objetivamente demonstrada, segundo a experiência do que comumente acontece (*Comentários ao novo código civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. t. I, v. III, p. 130-131).

A situação descrita nos autos e delineada acima revela a singularidade e a estranheza das tratativas negociais estabelecidas entre as partes, porquanto, inobstante o réu poder vender os pinheiros que já possuía com extrema facilidade, transferiu-os para o autor a fim de que procedesse o

corte e, supreendentemente, o autor amargou grande e desproporcional prejuízo.

Das circunstâncias descritas e sobretudo dos depoimentos das testemunhas conclui-se que o requerido tinha ciência que estava ludibriando o autor em negócio que lhe era totalmente prejudicial, omitindo dolosamente informação essencial — qualidade e valor dos pinheiros – exigindo em contrapartida valor que nunca poderia ser atingido com a venda da madeira.

Na verdade, pretendeu o requerido obter alta e imediata lucratividade, muito maior do que teria se ele mesmo tivesse providenciado o corte e a venda dos pinheiros.

Aproveitou-se o réu da ignorância do autor para conseguir vender a madeira por um preço acima do que realmente valia, muito provavelmente, porque desejava plantar eucaliptos na área em que estavam plantados os pinheiros, conforme o autor asseverou em seu depoimento à autoridade policial, fato que não foi negado pelo requerido.

Tanto é verdade a ciência do réu sobre a ignorância do autor que a testemunha Dulcemar Rudolfo da Silva, percebendo a situação de desvantagem a que o autor estava sendo submetido, sugeriu que o requerido desse mais pinheiros como forma de diminuir o prejuízo, conselho este que foi evidentemente rejeitado pelo réu, até porque já havia omitida dolosamente que os pinheiros não seriam alienados no mercado pelo seu valor normal.

Ressalta-se que diferente seria a hipótese se o negócio houvesse sido pactuado para simples aquisição dos pinheiros pelo autor, porque, nesse caso, poderia o autor esperar que as árvores crescessem para vender a madeira num melhor preço e, se sobreviesse prejuízo, isto faria parte do risco inerente à seara negocial.

Ocorre, entretanto, que o negócio jurídico foi celebrado com o desiderato específico do autor imediatamente proceder ao corte, até porque o mesmo adquiriu tão somente o direito de cortar e alienar as madeiras, continuando o réu e seu progenitor como proprietários do imóvel sob o qual estavam plantadas as árvores.

Nesse sentido, Pontes de Miranda leciona que

> os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa. Quase sempre, quem procede com dolo, sabe que a outra pessoa é prejudicada, ou pode ser prejudicada; porém essa consciência do prejuízo não é pressuposto necessário do dolo. Tampouco, é de exigir-se que o dolo tenha atingido parte essencial do ato jurídico. Basta ao dolo que, se não tivesse havido o engano, quanto a preço, cláusula penal, garantia, ou promessa de garantia, data de entrega, ou possiblidade de recolocação da coisa, não se tivesse concluído o ato jurídico (*Tratado de direito privado*. Campinas: BookSeller, 2000. t. 4, p. 392-393).

Acerca do assunto, oportuno transcrever o escólio de J. M. Carvalho dos Santos:

> A lei pode não obrigar a parte a falar, porém os usos do comércio e a boa-fé, ao contrário, podem perfeitamente equiparar o silêncio a uma ação dolosa, por furtar ao conhecimento do outro contratante uma circunstância de natureza tal, que, se conhecida, naturalmente obstaria a formação do contrato (*Código civil brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático: parte geral (arts. 43-113). 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. v. II. p. 343-344).

Nesse contexto, por todos os argumentos transcritos e, sobretudo considerando que a boa-fé objetiva e a eticidade são dois dos pilares do direito civil brasileiro, é inadmissível o Poder Judiciário chancelar negócio jurídico no qual uma das partes se aproveita deliberadamente da ignorância alheia, no ímpeto de obter lucro fácil.

Mesmo que seja verdade que o autor pudesse ter se cercado de cautelas e obtido mais informações acerca da qualidade e da rentabilidade dos

pinheiros, maior verdade é a de que não se pode utilizar de artifícios que objetivem lucro desmedido, em detrimento do outro contratante, devido à ausência de informações deste ao efetivar o negócio jurídico.

A ignorância do autor, que se perpetuou graças à omissão dolosa do réu, maculou substancialmente sua vontade, até porque ninguém permutaria seu veículo pelo direito de cortar pinheiros com grande e desproporcional prejuízo.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

> de forma desleal, ao invés de informar aos interessados o valor pretendido pelos proprietários originários, adquirir o bem, sem desembolsar quantia alguma, e logo em seguida revendê-lo àqueles, por quase o dobro do preço, é de rigor a anulação do negócio realizado, porquanto o direito não acoberta ou compactua com expedientes desse jaez (nccb, artigos 171, II, e 422). — A boa-fé objetiva implica numa atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações negociais (TJ-MG; Ap. Cív. n. 1.0309.06.010202-2/0011, Inhapim, Nona Câmara Cível, rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. 15-4-2008; DJEMG 10-5-2008).
>
> O silêncio intencional sobre questão relevante envolvendo a matéria discutida e que acaba por inviabilizar a posterior execução do negócio jurídico caracteriza o dolo ensejador da anulação deste, sendo que se a parte ludibriada não tivesse sido induzida ao erro, não concordaria com os termos fixados em prejuízo próprio (1ª Cam. Dir. Púb., rel. Des. Nicanor da Silveira, Ap. Cív. n. 2006.000875-0, de Blumenau, j. em 21-9-2006).

Como consequência da anulação do negócio jurídico, devem as partes retornar ao estado anterior, conforme preceitua o art. 182 do CC/02, devendo, por conseguinte, o requerido devolver ao autor a Caminhonete S10 que lhe foi entregue e, em contrapartida, o autor devolver ao suplicado o lucro obtido com a venda dos pinheiros, mantido ao suplicado o direito sobre o restante dos pinheiros que não foram cortados pelo autor.

Ademais, não prospera a alegada impossibilidade de desfazimento do negócio, porquanto a maior parte das árvores já foram cortadas, pois o autor consignou em juízo o lucro obtido com a alienação da madeira.

Se for verdade que o lucro está aquém do que poderia ser realmente obtido, isto ocorreu por culpa exclusiva do próprio requerido que enganou o autor. Além disso, ressalta-se que a caminhonete a ser devolvida ao requerente está desvalorizando, enquanto a quantia consignada em juízo não esta perdendo seu valor real, pelo que deverá ser efetivada equivalência de prestações.

Assim, anula-se o contrato verbal de compra e venda e, com o trânsito em julgado desta decisão, deve o réu devolver a caminhonete ao autor e, após isso, expedir-se-á o alvará de liberação da quantia consignada pelo autor em favor do réu.

Com a reforma da sentença, invertem-se os ônus sucumbenciais, devendo o réu arcar com custas e honorários advocatícios arbitrados em R$ 3.000,00, conforme disciplina art. 20, § 4º, do CPC, respeitados os parâmetros do art. 20, § 3º do mesmo diploma legal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular o negócio jurídico, devendo as parte retornarem ao *statu quo ante,* nos termos acima descritos, e condenar o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios em R$ 3.000,00.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve dar provimento ao recurso do autor para anular o negócio jurídico, com o retorno das partes ao *statu quo ante* e a condenação do réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios em R$ 3.000,00.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 9 de outubro de 2008.

Monteiro Rocha

RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.054637-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTA PRECATÓRIA. PENHORA DÚPLICE SOBRE O MESMO IMÓVEL. CONCORRÊNCIA DE CREDORES. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PREFERÊNCIA DE CRÉDITO DO AGRAVANTE (ART. 711 DO CPC). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DEPRECADO PARA ANALISAR A MATÉRIA. INTERLOCUTÓRIA ANULADA DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 658 C/C 747 DO CPC. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DEPRECANTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.054637-0, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é agravante Banco Bandeirantes S.A., e agravado Paulo Jasponte:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, anular de ofício a decisão agravada e determinar a remessa da carta precatória e do produto da arrematação ao juízo deprecante. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Bandeirantes S.A. contra decisão proferida pela MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível

da comarca de Balneário Camboriú que indeferiu o pedido de preferência de crédito do agravante nos autos da Carta Precatória n. 005.05.020404-6, extraída da Ação de Execução n. 006.97.279357-9, promovida por Paulo Jasponte perante o 1º Ofício Cível do Foro Regional VI de São Paulo (SP) (fl. 15 e 23).

Sustenta o recorrente, em síntese, que não desistiu da penhora realizada por meio da Carta Precatória n. 005.98.007264-0, extraída dos autos da Execução n. 008.98.004187-0, que move perante o Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Blumenau, em face de Indústria e Comércio Arnoldo Stein Ltda. e outros. Pleiteia a concessão da preferência sobre o produto da arrematação do apartamento n. 102 e do box de garagem n. 4, situados na Rua 2.050, Edifício Roger Ricardo, em Balneário Camboriú, devidamente registrados no 1º Ofício de Registro Imobiliário daquela comarca, sob as Matrículas n. 73.816 e 73.817, respectivamente (fls. 2-10 e 41).

Pugna pela concessão do efeito ativo e, ao final, pelo total provimento do recurso.

O efeito almejado foi concedido apenas para manter o numerário depositado em conta vinculada ao juízo (fls. 140-143).

Contrarrazões às fls. 78-87 pelo desprovimento do reclamo.

VOTO

Versam os autos acerca de concurso singular de credores instaurado em razão da pluralidade de penhoras originárias de ações de execução que tramitam em Juízos Estaduais diversos, ambas movidas em face de Indústria e Comércio Arnoldo Stein Ltda.

Em 27-3-1998, o Banco Bandeirantes S.A., ora agravante, aforou, perante a 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau (SC), Ação de Execução n. 008.98.004187-0 contra Indústria e Comércio Arnoldo Stein Ltda. e

outros, diante do inadimplemento de parcelas ajustadas em contrato de empréstimos e outras avenças n. 561.809/97 (fls. 28-31).

Por determinação daquele Juízo, em 14-7-1998, extraiu-se a Carta Precatória n. 005.98.007264-0, destinada à 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, na qual o Sr. Oficial de Justiça procedeu à penhora dos apartamentos de ns. 101, 102, 103 e 104, situados na Rua 2050, Edifício Rogger Ricardo, em Balneário Camboriú/SC, devidamente inscritos no 1º Ofício de Registro Imobiliário sob a matrícula n. R-1-61159 do livro n. 2-HG, fl. 259 (fls. 36-39).

Ocorre que Paulo Jasponte, ora agravado, também aforou contra Indústria e Comércio Arnoldo Stein Ltda. Ação de Execução n. 006.97.279357-9, perante o 1º Ofício Cível do Foro Regional VI de São Paulo (SP). Desta demanda foi extraída a Carta Precatória n. 005.05.020404-6, na qual o juízo de São Paulo determinou ao juízo de Balneário Camboriú a realização de nova penhora sobre o apartamento 102 e respectivo box de garagem n. 4, localizados no Edifício Rogger Ricardo. O gravame se deu em 26-7-01 e os bens foram arrematados em 7-12-2006 (fls. 39, 41 e 44-46).

Diante de tais fatos, o Banco Bandeirantes S.A. agravante peticionou nos autos da Carta Precatória n. 005.05.020404-6 e requereu a preferência sobre o crédito advindo da arrematação do apartamento 102, ao argumento de que a penhora decorrente da Ação de Execução n. 008.98.004187-0, em que figura como exequente, antecede aquela realizada na execução promovida pelo recorrido (fls. 44-46).

Sobreveio, então, a decisão proferida pelo juízo deprecado, da 1ª Vara Cível da comarca de Camboriú, que indeferiu o pedido de preferência.

Tratando-se o presente caso de interlocutória proferida nos autos de carta precatória, mister analisar os limites da competência do juízo deprecado.

De acordo com o art. 658 do Código de Processo Civil, quando o devedor não possuir bens no foro da ação de execução, impõe-se que a execução seja feita por carta, por meio da qual se realizará a penhora, avaliação e alienação dos bens no foro onde estão localizados.

Aliando-se a interpretação do texto dos arts. 658 e 747 do Código Processual, infere-se que a lei atribuiu ao juízo deprecado competência excepcional, restrita à análise de incidentes que versam unicamente sobre vícios da penhora, avaliação ou alienação dos bens. Veja-se a redação do art. 747:

> Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.

Nesse contexto, consagrou o legislador que o juízo deprecado se afigura verdadeiro órgão de cooperação jurisdicional, eleito o mais adequado a exercer os atos executórios requisitados pelo deprecante, em razão da situação dos bens.

Na concepção de Humberto Theodoro Júnior:

> Temos, por exemplo, casos de competência funcional por fases do procedimento, na execução em curso numa comarca e que incide sobre bens situados em outra. A competência para a fase de penhora, avaliação e praceamento dos bens será deslocada para o juízo da situação dos bens (art. 658) [...] Sempre absolutas são as competências funcionais (*Curso de direito processual civil*. 43. ed. Forense, 2005. p. 193-204).

Assentadas essas premissas e considerando que o critério de repartição de competências na execução por carta foi consagrado para se otimizar a prestação jurisdicional dos juízos deprecante e deprecado, vê-se claramente que a parcela do poder-dever jurisdicional conferida ao juízo deprecado é temporária, pois exaure-se com o efetivo cumprimento da alienação do patrimônio do executado. Logo, ao juízo deprecante, resta a competência

funcional, de natureza absoluta, para o exercício dos atos subsequentes, afetos à fase de pagamento e extinção do processo de execução.

Oportuno colacionar a doutrina de José Frederico Marques:

> Expedida, pois, a carta precatória para a penhora de bens, passa ao juízo deprecado a competência funcional para realizar a penhora e os atos subsequentes até a alienação. [...] Por força do que diz o art. 658, avaliação e alienação (em quaisquer de suas formas), se processam no juízo deprecado. Ao Juízo da execução sobrará pouca coisa. Em havendo arrematação, os atos posteriores a este para pagamento do credor (ou credores), devem ser praticados no juízo deprecante, ao qual também cabe declarar, por sentença, a extinção do processo executivo (arts. 794, 795) (*Instituições de direito processual civil*. Campinas. Millenium, 2000. p. 369-370).

No mesmo sentido, a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

> No tocante à execução por quantia certa contra devedor solvente, seja por título executivo judicial ou extra, o art. 658 do Código de Processo Civil estabelece a competência funcional do juízo deprecado para todos os atos de instrução, a saber: penhora, avaliação e alienação do bem, assim como os respectivos incidentes [...] Competem ao juiz deprecado todos os incidentes da chamada expropriação liquidativa, deixando-se ao deprecante a satisfativa (entrega do dinheiro, protesto por rateio, e preferência etc.; v. Arts. 708-713) (*Execução civil*. Malheiros, 1993. p. 200).

Destarte, resta evidente o caráter funcional e a natureza absoluta das competências atribuídas ao juízo deprecante e deprecado, pois definidas em razão do interesse público, visando a otimização da prestação jurisdicional.

No presente caso, ao decidir incidente sobre a preferência dos créditos do agravante e do agravado no bojo dos autos da Carta Precatória n. 005.05.020404-6, remetida de São Paulo, a Magistrada da 1ª Vara Cível de Balneário Camboriú violou os limites definidos pelo art. 658 c/c art. 747 do Código de Processo Civil, invadindo a esfera de atribuições do juízo deprecante, que requisitou a arrematação dos bens executados e

detém competência funcional absoluta para apreciar incidentes relativos à subsequente fase processual de pagamento.

Acerca da matéria, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> PRECATÓRIA EXECUTÓRIA. PENHORA DE CRÉDITOS. *MODUS OPERANDI* DO DEPÓSITO FIXADO PELO JUÍZO DEPRECANTE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DEPRECADO, COMO MERO CUMPRIDOR DA ORDEM DEPRECADA, PARA APRECIAR PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA FORMA DE DEPÓSITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 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.
>
> "Na execução por carta, o Juízo deprecado não é competente para decidir questão substancial ligada à penhora [...]" (Agravo de Instrumento nº 9.389, de São José, Rel. Des. Vanderlei Romer). (AI n. 97.001317-5, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 20-3-1997).

Ainda:

> Sabe-se que por meio das cartas viabiliza-se a prática de atos processuais que devam ser cumpridos fora da comarca e o caráter itinerante das mesmas representa a possibilidade delas serem apresentadas e cumpridas por juízo que não o indicado formalmente como seu destinatário.
>
> Afora as hipóteses elencadas no art. 209, da lei instrumental civil, o juiz não poderá deixar de dar cumprimento ao aludido favor legal.
>
> A alegação do vício relativo ao critério territorial, além de se sujeitar ao regime das exceções (CPC, art. 112), ressalvadas as hipóteses de competência territorial absoluta (CPC, art. 95, *in fine*), deverá ser decido pelo juiz da causa (deprecante) e não pelo juiz deprecado,

> em obediência ao princípio, adotado pelo Código de Processo Civil, da competência sobre a competência.
>
> A inobservância de tais preceitos acarreta a invalidade da decisão (AI n. 2001.012996-5, rel. Des. Cercato Padilha, j. 25-10-2001).

Por fim:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL - CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL - DECISÃO DO JUIZ DEPRECADO QUE SUSPENDEU O CUMPRIMENTO DA MEDIDA - ILEGITIMIDADE DA EMPRESA AGRAVADA - INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, TODAVIA, DO JUÍZO DEPRECADO PARA CONHECER DE QUESTÕES RELATIVAS AO MÉRITO DA CAUSA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA NULIDADE DA DECISÃO.
>
> "O juiz deprecado não tem competência para julgar de omissões cometidas pelo juiz deprecante ou da correção de seus atos, devendo limitar-se a cumprir fielmente a diligência requisitada ou, em ocorrendo alguma das hipóteses enumeradas no art. 209 do CPC, recusar-lhe cumprimento" (TJPI). (AI n. 2001.003605-3, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 13-11-2001).

Desta forma, ante a competência absoluta do juízo deprecante para examinar pedido de preferência do crédito advindo da arrematação de fl. 41, vota-se pela anulação, de ofício, da decisão agravada e de todos atos processuais subsequentes, assim como pela transferência do numerário correspondente aos bens arrematados para conta vinculada ao Juízo do 1º Ofício Cível do Foro Regional VI de São Paulo (SP).

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, por unanimidade, anular de ofício a decisão agravada e determinar a remessa da carta precatória e do produto da arrematação ao juízo deprecante.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 4 de agosto de 2008.

Sérgio Izidoro Heil

RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2008.005440-9, de São José

Relator designado: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÕES CÍVEIS. REVISIONAL DE CONTRATO.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA. VEICULAÇÃO, POR ESTA, DE ANÚNCIO COM TAXA PROMOCIONAL DE JUROS. AÇÃO QUE ALMEJA A REDUÇÃO DO PERCENTUAL DO ENCARGO COM BASE NA PUBLICIDADE. RESPONSABILIDADE TAMBÉM DA VENDEDORA. PRELIMINAR AFASTADA.

PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 26, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PREJUDICIAL RECHAÇADA.

MÉRITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. PLEITO DE APLICAÇÃO AO CONTRATO DA TAXA APRESENTADA EM PROPAGANDA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO, NA PEÇA PUBLICITÁRIA, DO PERCENTUAL PROMOCIONAL AO VEÍCULO ADQUIRIDO. INFORMAÇÃO PRESTADA COM CLAREZA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A PUBLICIDADE DE RELAÇÕES SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADQUIRENTE QUE CONFESSA NÃO TER LIDO O CONTRATO. MANUTENÇÃO DA TAXA CONTRATADA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGAL E EXISTÊNCIA DE PACTUAÇÃO. COBRANÇA DE COMISSÃO DE OPERAÇÕES ATIVAS. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 51, IV, DO CDC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DESNECESSIDADE DE PROVA DO ERRO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM

CAUSA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC. RECURSOS CONHECIDOS, PROVIDO O DA CONCESSIONÁRIA E PARCIALMENTE PROVIDO O DA FINANCEIRA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.005440-9, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que são apelantes Dimas Comércio de Automóveis Ltda. e Banco Finasa S.A., e apelado Ary Francisco Bento:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, conhecer de ambos os recursos, afastar, por maioria, a preliminar de ilegitimidade passiva, afastar, por unanimidade, a prescrição e, por maioria, dar provimento ao recurso do Dimas e parcial provimento ao apelo da Finasa. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Dimas Comércio de Automóveis Ltda. e Banco Finasa S.A. em face de sentença proferida nos autos de "ação de revisão contratual c/c pedido de antecipação de tutela para redução do valor das prestações de financiamento", autuada sob n. 064.06.009194-4, oriunda da 2ª Vara Cível da comarca de São José, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para reduzir a taxa de juros para 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) ao ano, admitir a capitalização anual de juros, declarar a nulidade da cobrança da C.O.A. e condenar as rés à repetição do indébito (fls. 74-81).

Em suas razões recursais, sustentou o Dimas sua ilegitimidade passiva e a ocorrência de prescrição e, no mérito, asseverou que a taxa de juros de 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) ao ano referia-se

apenas aos veículos usados, sendo inaplicável aos automóveis novos, como o adquirido pelo autor.

Concluiu com pedido de provimento do recurso, para julgar improcedentes os pedidos iniciais (fls. 86-89).

A seu turno, a financeira alegou que: o contrato em nada desobedeceu as determinações do CDC; os juros de 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) ao ano somente se aplicavam aos veículos usados; não há menção, no anúncio, de que a taxa promocional seria aplicável aos contratos firmados consigo; não possui vínculo algum com a propaganda, inexistindo relação de consumo que a ligue com o autor, de modo a não estar submetida aos ditames dos artigos 6º e 36 do CDC; no contrato firmado constou, expressamente, taxa diversa daquela constante da propaganda; a taxa de juros pactuada é inferior à média de mercado apurada pelo Bacen para a época da contratação; a capitalização de juros está amparada na Medida Provisória 1.963-17/2000; não existe prova de pagamento indevido, de erro ou de má-fé do credor, sendo, pois, impossível a repetição do indébito; é legal a cobrança da C.O.A.; diante do provimento do recurso, os ônus sucumbenciais devem ser alterados ou, caso não seja acolhido o pleito, devem os honorários ser minorados e arbitrados em conformidade com o artigo 20, § 4º, do CPC.

Concluiu com pedido de provimento do recurso (fls. 96-107).

Contra-arrazoados ambos os recursos (fls. 116-127), os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Diversos são os temas apresentados nos apelos interpostos: ilegitimidade passiva da Dimas Automóveis; prescrição, pelo artigo 26, II, do Código de Defesa do Consumidor; limitação dos juros remuneratórios;

capitalização dos juros; repetição do indébito; possibilidade de cobrança da comissão de operações ativas.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DE DIMAS COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA.

Restei vencido quanto ao tema, por entender que a preliminar merecia ser acolhida apenas em parte.

Explico.

É que a ação foi proposta em face de dois litisconsortes passivos, a financeira e a concessionária, de forma indistinta. Vale dizer, não se restringiu a legitimidade de qualquer das partes a apenas este ou aquele pleito.

Todavia, não se pretende, por meio da presente ação, modificar apenas a taxa dos juros remuneratórios; discute-se, ainda, a capitalização e a cobrança da C.O.A. Quanto a estes pedidos, não se pode cogitar de legitimidade da concessionária, pelo simples fato de que ela não figurou na relação contratual do financiamento. Este contrato foi firmado apenas entre a financeira e o apelado, de modo que somente a estes pertine a discussão sobre os encargos contratuais.

Diversamente, contudo, se põe a questão da legitimidade para discussão acerca dos juros remuneratórios, ante as peculiaridades existentes no presente caso. Isto porque, a pretensão de limitação da taxa pactuada no contrato firmado com a Finasa decorre de anúncio, de responsabilidade do Dimas, reputado enganoso pelo autor. Vale dizer, o que se pretende é aplicar ao contrato firmado com um dos litisconsortes a taxa anunciada pelo outro.

Ora, a legitimidade da parte é, segundo clássica lição doutrinária, a pertinência subjetiva da ação. Assim, toda e qualquer pessoa que venha a ser afetada diretamente pela decisão que se persegue é considerada parte legítima *ad causam*. Destarte, resta evidente a legitimidade de ambas as

partes no que tange à discussão do percentual dos juros, já que ambos integraram a relação multilateral havida entre os litigantes e que resultou na aquisição do veículo e no financiamento contraído.

Por tal razão é que, por mais singular que possa parecer, entendi que o Dimas é, no presente processo, legitimada *ad causam* apenas parcialmente.

Nada obstante, a Câmara houve por bem rechaçar a preliminar em sua totalidade, razão pela qual, por ter ficado parcialmente vencido quanto a este tópico, peço vênia ao eminente Des. Jorge Schaefer Martins para transcrever as palavras de Sua Excelência como razões de decidir:

> Preliminarmente, a concessionária apelante argui ser parte ilegítima passiva, uma vez que "não faz parte da relação contratual, não podendo responder pelos termos e desdobramentos do mesmo".
>
> Com relação à ilegitimidade passiva *ad causam*, não se pode afastar a responsabilidade solidária da apelante Dimas Comércio de Automóveis Ltda., uma vez que tal responsabilidade foi assumida ao intermediar o negócio jurídico pactuado entre o apelado e o apelante Banco Finasa S.A., que teve origem no anúncio veiculado pela revendedora de veículos.
>
> Ademais, não se pode olvidar que a apelante Dimas, assim como a financeira, obteve resultados econômicos com a venda do bem.

Destarte, afasta-se a preliminar aventada.

PRESCRIÇÃO

O apelante Dimas levantou, ainda, a tese da prescrição, sem que, no entanto, tenha apresentado qual o fundamento para tanto. Pelo contexto da exposição de suas razões recursais, entende-se que o pleito se apoia no artigo 26, II, da Lei n. 8.078/1990, referente à pretensão de indenização por vício de produto ou de serviço.

Todavia, no caso dos autos, não se almeja indenização por tais vícios; ao revés, a causa de pedir é o afastamento das cláusulas contratuais que o autor entende ilegais, razão pela qual é inaplicável o prazo da disposição acima mencionada.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

> A cobrança indevida em razão da existência de cláusulas abusivas no instrumento contratual não caracteriza vício aparente ou de fácil constatação. Dessa forma, não há que se falar em decadência do direito a teor do artigo 26 do CDC (Ap. Cív. n. 2005.034510-5, de Blumenau, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 22-2-2007).

Mais:

> Apelação cível. Revisão de contratos bancários. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor, art. 26. Inaplicabilidade.
>
> Incogitável é o reconhecimento da decadência prevista no art. 26 do CDC, para o efeito de obstar o direito de revisão de cláusula contratual abusiva. A disposição aí referida destina-se a solucionar o direito de reclamação contra vício, aparente ou oculto, da coisa adquirida (Ap. Cív. n. 2005.030926-4, de Criciúma, rel. Des. Subst. Jânio Machado, j. 22-2-2007).

Por tais razões, afasta-se a alegação de prescrição.

Superadas as questões preliminares, passa-se à análise do mérito da contenda.

JUROS REMUNERATÓRIOS

In casu, o autor pleiteou a majoração da taxa mensal de juros remuneratórios a 0,99% (noventa e nove centésimos por cento), percentual veiculado em anúncio promocional do Dimas e não contemplado no contrato firmado entre o autor e a Finasa.

O caso ora apresentado é peculiar, bastante diverso do que ordinariamente se enfrenta em ações revisionais, tendo-se em vista que a revisão

não se fundamenta nas teses geralmente apresentadas (artigo 192, § 3º, da CF/1988, Lei de Usura e artigo 51 do CDC). A bem da verdade, não se trata, efetivamente, neste tópico, do que se convencionou chamar "ação revisional de contrato bancário"; diversamente, o suporte jurídico da presente ação encontra-se não na incompatibilidade desta ou daquela cláusula com a legislação federal, mas no descumprimento do dever de informação do fornecedor, obrigação imposta pela Lei n. 8.078/1990 em variados dispositivos.

Como dito alhures, o CDC regulamenta a questão da publicidade e da oferta em diversos de seus dispositivos, dedicando, inclusive, duas de suas seções (as de números II e III do Capítulo V do Título I) a estes temas. A primeira menção ao direito à informação, todavia, se encontra no artigo 6º, incisos III e IV, da referida lei:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> 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.

Comentando os incisos acima citados, assim disserta José Geraldo Brito Filomeno:

> Em verdade, aqui se trata de um detalhamento do inc. II do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente sobre especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços.
>
> Trata-se, repita-se, do dever de *informar* bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que aquele possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo

> exatamente o que poderá esperar deles (*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 125).

Esta nova obrigação atribuída ao fornecedor inverte a antiga regra de que era o consumidor quem deveria buscar todas as informações sobre o produto que adquiria ou o serviço que contratava; pelo Código, todos os ônus decorrentes da má informação não recaem sobre o consumidor, mas sobre o próprio fornecedor. Assim é que, existindo obscuridade, incompletude ou qualquer tipo de defeito na informação prestada, quem deve suportar os encargos daí advindos é o fornecedor. Esta a lição de Cláudia Lima Marques:

> Direito à informação e princípio da transparência: O princípio da transparência rege o momento pré-contratual e rege a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples momento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou se falha representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35) (*Comentários ao código de defesa do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178).

Neste passo, importa dizer que, realizada a oferta por meio de publicidade qualquer, o erro ou a dubiedade constante do anúncio vincula e obriga o fornecedor, devendo este cumprir o que foi anunciado – o que, por outro lado, confere ao consumidor o direito de exigir o que foi tornado público. É impossível ao fornecedor recusar o cumprimento da oferta por eventual erro, aqui não se privilegiando a vontade da parte em detrimento da literalidade, consoante determina o artigo 112 do CC/2002.

Neste sentido, assim leciona Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

> A oferta, negócio jurídico unilateral que é, uma vez exposta ao consumidor, vincula o fornecedor, de tal maneira que ele não poderá eximir-se de sua responsabilidade, invocando *erro* – vício de consentimento caracterizado pela discrepância entre a vontade real e a declarada (art. 138 do CC/2002) –, o qual, todavia, poderá ser

> cogitado no que se refere ao consumidor, pessoa, em tese, vulnerável e desconhecedora do produto ou serviço.
>
> Ao contrário do art. 112 do Código Civil de 2002, na apresentação da publicidade de produtos ou serviços, atender-se-á mais ao ao "sentido literal da linguagem" e menos à intenção do anunciante (*Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 135).

Em suma, o que se quer dizer é que o fornecedor tem o dever de prestar informações corretas, claras e precisas acerca do produto ou serviço colocado no comércio e, se assim não o faz, deve arcar com os ônus de tais vícios.

Dessarte, o que importa saber, no caso vertente, é se o anúncio publicitário veiculado pela concessionária apelante descumpriu as normas do Código de Defesa do Consumidor atinentes à publicidade, o que gera para o consumidor o direito de exigir o que foi propalado.

Observando atentamente o anúncio publicitário de fl. 11 – origem da controvérsia ora analisada – não vislumbro, com a devida vênia dos argumentos trazidos em sentido contrário, qualquer falta de clareza ou dubiedade que permita ao consumidor sentir-se induzido em erro pela propaganda. Não entendo que a peça gráfica, da forma em que apresentada, permita qualquer dúvida acerca da inexistência de vinculação da taxa de juros de 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) ao ano à oferta do veículo adquirido pelo apelado.

A publicidade é apresentada de maneira segmentada, dividida pelo uso de círculos de cores diversas e que se destacam em relação ao plano de fundo do impresso. Cada um destes círculos expõe ofertas diferentes, apontando, aquele em que contido o anúncio do carro adquirido pelo autor, apenas, o valor promocional (R$ 25.990,00) e o "IPVA grátis", ambas as informações em destaque. A taxa de juros promocional, a seu turno, está em círculo bastante diverso, muito menor, em posição distanciada daquela

do veículo do autor e levemente sobreposta pelos seguintes escritos: "mais de 300 opções de usados" e "melhor avaliação do seu usado". As ofertas – do veículo adquirido pelo autor e da taxa de juros – não estão ligadas graficamente de qualquer forma, tendo sido, tão somente apresentadas na mesma peça publicitária.

E, aqui, ilícito algum existe. Ora, se por um lado o consumidor tem direito à informação, por outro não se pode obrigar o fornecedor a utilizar folhas inteiras de periódicos somente para anunciar um produto ou serviço. É lícita a prática, porque não há qualquer proibição legal expressa.

Vale assinalar, ainda, que a própria peça, quando quis estender determinado benefício a mais de um veículo, o fez expressamente. É o que se passa com a oferta de IPVA grátis. Ela é repetida nada menos que 3 (três) vezes no anúncio, a indicar claramente a amplitude do incentivo concedido.

Em resumo, deve-se dizer que a peça publicitária, na forma em que confeccionada, transmite com transparência as informações necessárias a que se entenda perfeitamente quais os limites de cada oferta promocional. Cumpre, pois, os requisitos de clareza e certeza indispensáveis a qualquer propaganda sujeita à apreciação pela ótica das relações de consumo.

Por outro lado, é imprescindível assinalar que o contrato de financiamento (fl. 14) é bastante claro ao apontar que a taxa de juros pactuada é de 2,12% (dois inteiros e doze centésimos por cento) ao mês, e não os 0,99% (noventa e nove centésimos por cento) ao mês. E de tal fato o autor somente assuntou após decorrido mais de um ano da data da contratação, mesmo tendo recebido cópia do instrumento no momento da formalização do pacto. Quanto ao fato, alega que assinou o contrato *sem ter lido* (fl. 2):

> Entendeu o autor que o negócio havia respeitado a taxa de juros ofertada publicamente, ou seja, 0,99% ao mês, *e não atentou para as*

> *informações constantes do contrato, tendo se limitado a assiná-lo*, já que lhe parecia óbvio que seria respeitada a taxa de juros "promocional" ofertada no jornal (grifo nosso).

Ora, se a informação constante do pacto era suficientemente clara e nele já se encontrava quando de sua assinatura, não há como imputar à financeira e à concessionária a responsabilidade pela desídia do autor. Não há como dar razão a alguém que assina pactos sem nem ao menos correr os olhos pelo texto do contrato, especialmente quando a informação que mais lhe interessa está destacada do resto do contexto, como na hipótese vertente.

A acolher-se este entendimento, estaria aberta a porta para que não sejam cumpridos os contratos, bastando, para tanto, alegar que não se leu o que estava escrito. Mais valeria, assim, esquecer a existência do princípio do *pacta sunt servanda* – basilar e indispensável em nosso Direito – com as nefastas consequências daí advindas para a segurança jurídica.

De outro lado, diga-se que, na esteira da jurisprudência consolidada nesta Corte e nos Tribunais Superiores, a abusividade da taxa de juros somente é verificada caso se constate que a mesma ultrapassa o percentual da média de mercado para a época da contratação.

No caso dos autos, verifica-se que a taxa anual pactuada era de 28,67% (vinte e oito inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), ao passo que a taxa média de mercado apurada à época da contratação, para esta espécie de pacto, foi de 36,65% (trinta e seis inteiros e sessenta e cinco centésimos por cento) ao ano. Abusividade, pois, não se constata também sob esta ótica.

Por tais razões, é de se acolher o recurso do Dimas e da Finasa neste tópico, alterando-se a sentença e mantendo incólume a taxa de juros pactuada.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

Em nossa legislação, o diploma que serve como regramento geral dos juros nos contratos bancários é o Decreto n. 22.626/1933, a chamada Lei de Usura. Este diploma legal assim dispõe acerca da capitalização:

> Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Interpretando a disposição acima transcrita, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 121, que veda a capitalização de juros, mesmo quando convencionada.

Tal regra era excepcionada somente em casos específicos, nos quais a legislação própria do contrato admitia o pacto de capitalização, tal como sucede com as cédulas e notas de crédito comercial, rural e industrial, regidas, respectivamente, pela Lei n. 6.480/1980 e pelos Decretos-Lei n. 167/1967 e 413/1969, e com os contratos de abertura de crédito em conta-corrente, conforme permitia o próprio Decreto n. 22.626/1933.

Neste sentido, veja-se a decisão do STJ no REsp. n. 732.455, e que foi relator o Min. Castro Filho (DJ de 19-4-2005).

Este entendimento perdurou até o ano 2000, quando editada a Medida Provisória 1.963-17, de 31 de março daquele ano, que passou a admitir a capitalização, desde que expressamente pactuada, em qualquer contrato bancário e em qualquer periodicidade, ressalvados aqueles regidos por legislação específica. A Medida Provisória foi reeditada posteriormente, em 23 de agosto de 2001, recebendo o número 2.170-36/36.

Assim, atualmente, não há qualquer óbice à capitalização dos juros, desde que expressamente pactuada.

Neste sentido, os seguintes julgados desta Corte: Ap. Cív. n. 2004.020849-9, de Cunha Porã, rel. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo

Costa, j. 13-9.2007; Ap. Cív. n. 2007.004356-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 18-12-2007.

No caso dos autos, é admissível a capitalização mensal, visto que o pacto foi firmado após as medidas provisórias acima mencionadas e porque houve pactuação neste sentido. Isto porque, o resultado da multiplicação da taxa mensal de juros, fixada em 2,12% (dois inteiros e doze centésimos por cento), pelos 12 (doze) meses do ano, não alcança o percentual da taxa anual, fixada em 28,67% (vinte e oito inteiros e sessenta e sete centésimos por cento), a indicar o pacto de juros compostos.

Portanto, admissível a capitalização mensal de juros, deve o recurso da financeira ser acolhido neste tópico.

COBRANÇA DA C.O.A.

O Banco Finasa almeja a reforma da sentença quanto ao afastamento da cobrança da comissão de operações ativas.

Referida taxa não pode ser cobrada por traduzir-se em oneração sem justa causa do devedor. Isto porque, as financeiras já são devidamente remuneradas por meio da incidência dos juros remuneratórios, o que afasta a necessidade da cobrança de valores extras.

Por tal razão, a prática deve ser tida por abusiva, por afronta ao artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o assunto, manifesta-se precisamente o Des. Roberto Lucas Pacheco, na Apelação Cível n. 2007.015042-3:

> Em verdade, o consumidor está pagando por algo que não adquire e o valor do preço da tarifa está sendo computado nas prestações do bem, sem que o adquirente saiba do que efetivamente se trata.
>
> Falta justa causa à cobrança de tais tarifas, pois é certo que as despesas dos bancos – relativamente à concessão do crédito e também à cobrança das parcelas – são inerentes à sua atividade.

> De fato, tais valores (custo para análise do crédito e para emissão do carnê) somam-se a outros componentes da taxa de juros cobrada pelas instituições financeiras.

Este, aliás, tem sido o entendimento desta Segunda Câmara de Direito Comercial, conforme se extrai dos acórdãos nas Apelações Cíveis n. 2007.024248-9, 2007.007423-3, 2007.018329-5, 2007.017041-8 e 2007.007423-3.

Deve, pois, ser mantida a sentença neste tópico e, por consequência, desprovido o apelo da financeira neste tocante.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO

Pleiteia o banco a exclusão de sua condenação à repetição do indébito, ao argumento de não haver qualquer ilegalidade no contrato e de não existir prova do erro.

Verifica-se, todavia, que parcela dos encargos estabelecidos no pacto foram reputados ilegais, não podendo incidir sobre o saldo devedor. Desta forma, se houve o pagamento de qualquer valor a maior, pela cobrança de encargos abusivos, não se pode permitir que o credor se locuplete indevidamente, mormente porque ele próprio estabeleceu, de forma unilateral, as cláusulas do pacto, visto ser este de adesão.

Vale assinalar que a prova do erro, para que se possa repetir o indébito, não é indispensável, sendo suficiente a possibilidade de que a instituição financeira venha a se locupletar indevidamente.

Neste sentido, os seguintes precedentes do STJ: AgRg no REsp. n. 916.008/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14-6-2007; REsp. n. 551871/RS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 25-11-2003; AgRg no REsp. n. 595.136/RS, rel. Min. Menezes Direito, j. 4-3-2004.

Assim, ante a possibilidade de que o devedor tenha efetuado pagamentos aos quais não estava obrigado, é imprescindível condenar o banco réu à devolução de tal montante na forma simples.

Destarte, não há que se falar em exclusão da condenação à repetição do indébito, razão pela qual o recurso não pode ser acolhido também neste tópico.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS

Tendo-se em vista a modificação da sentença, deve ser alterada a distribuição dos ônus da sucumbência.

Observando-se os pedidos iniciais, verifica-se que, dentre os pleitos principais, apenas o de declaração de ilegalidade da comissão de operações ativas foi acolhido, visto que a condenação à repetição do indébito é mera decorrência lógica da modificação contratual.

Assim, verifica-se ter ocorrido sucumbência mínima dos apelantes, razão pela qual o autor deve arcar, nos moldes do parágrafo único do artigo 21 do CPC, com a totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), a serem divididos igualmente entre os patronos de cada um dos réus.

Por tais razões, ressalvada a posição deste signatário quanto à preliminar de ilegitimidade passiva do Dimas, afasta-se as preliminares arguidas e, no mérito, dá-se provimento ao recurso da concessionária e parcial provimento ao recurso da financeira para manter a taxa de juros remuneratórios pactuada, permitir a capitalização mensal de juros e condenar o autor ao pagamento da totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), a serem divididos igualmente entre os patronos de cada um dos réus.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara afastou as preliminares de ilegitimidade passiva, vencido parcialmente este relator, e de prescrição, esta por unanimidade, e, no mérito, deu provimento ao recurso da concessionária e parcial provimento ao recurso da financeira para manter a taxa de juros remuneratórios pactuada, vencido neste tópico o Des. Jorge Schaefer Martins, e, por unanimidade, permitir a capitalização mensal de juros e condenar o autor ao pagamento da totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), a serem divididos igualmente entre os patronos de cada um dos réus.

O julgamento, realizado no dia 21 de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 6 de outubro de 2008.

Sérgio Izidoro Heil

RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins

Ementa Aditiva

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE CONTRATO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA DIVULGADA EM PEÇA PUBLICITÁRIA DIVERSA DA PACTUADA NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ANÚNCIO QUE GERA INTERPRETAÇÃO DÚBIA. ÔNUS A SER SUPORTADO PELO ANUNCIANTE. JUROS DEVIDOS

NO VALOR DIVULGADO, SOB PENA DE VALIDAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA.

Dissenti da douta maioria no que tange à legitimidade passiva da empresa Dimas Comércio de Automóveis Ltda., e no que se refere à obrigatoriedade de observância da taxa de juros remuneratórios prevista em anúncio publicitário.

No que toca à preliminar, Dimas Comércio de Automóveis Ltda. argui ser parte ilegítima passiva, uma vez que "não faz parte da relação contratual, não podendo responder pelos termos e desdobramentos do mesmo".

Contudo, entendi que não se pode afastar a responsabilidade solidária da concessionária, uma vez que tal responsabilidade foi assumida ao intermediar o negócio jurídico pactuado entre o apelado e o apelante Banco Finasa S.A., que teve origem no anúncio veiculado pela revendedora de veículos.

Ademais, não se pode olvidar que a apelante Dimas, assim como a financeira, obteve resultados econômicos com a venda do bem.

De outra parte, quanto aos juros remuneratórios, as apelantes sustentam, em síntese, que o anúncio publicitário veiculado por Dimas Comércio de Automóveis Ltda. gerou interpretação equivocada, uma vez que a taxa anunciada de 0,99% referia-se unicamente aos veículos usados, o que não foi o caso dos autos, além de constar expressamente no contrato de financiamento assinado pelo apelado que a taxa de juros contratada seria de 2,12% ao mês.

Contudo, entendi devesse prevalecer a taxa de juros remuneratórios que está em evidência no anúncio publicitário, qual seja, a de 0,99% ao mês. Isso porque a peça publicitária gera interpretação dúbia, pois não deixa claro que as taxas de juros para os veículos novos é diferente das taxas

para os veículos usados. Não havia suficientes informes que permitissem a interpretação pretendida.

No mais, adotei como razões de decidir trecho da bem-lançada sentença proferida pelo Dr. Juiz de Direito Sérgio Ramos:

> 2.1. Do anúncio publicitário e seus reflexos contratuais:
>
> É princípio básico do Direito Civil que, salvo excepcionalidades, a proposta formulada vincula o policitante ao seu conteúdo, de modo que o contrato não deve se desviar, para a esquerda ou para a direita, daquilo que fora proposto.
>
> Diz o Código Civil brasileiro:
>
> *Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.*
>
> Assim ocorre para fins de segurança das relações jurídicas porquanto, no instante em que alguém busca contratar e recebe uma oferta de negócio, cria em seu espírito uma expectativa, a qual vai se refletir diretamente no aspecto econômico de sua vida. Se não existisse tal regra, propostas seriam lançadas ao vento a toda sorte, sem nenhuma responsabilidade, causando generalizada situação de desconfiança e instabilidade, fazendo ruir os pilares da sociedade, que cairia por terra.
>
> No concernente às relações de consumo, essa questão assuma papel ainda maior. Nos últimos tempos intensificou-se de uma forma assombrosa a quantidade de anúncios publicitários buscando atrair consumidores, aprimorando suas técnicas e se utilizando dos mais modernos recursos tecnológicos, a fim de aumentar sua carteira de clientes e, finalmente, seus lucros.
>
> O consumidor, então, destinatário final dessas propagandas e dos produtos ou serviços, uma vez que bombardeado com esses anúncios, deve de tudo ser informado, para que, ao manifestar sua aceitação, o faça inequivocamente, recebendo exatamente o produto ou serviço na quantidade e qualidade especificadas na proposta publicitária.
>
> Preconiza o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

A publicidade que deu azo à contratação merece ser analisada com cuidados, já que as duas teses levantadas pelas partes levam em conta detalhes diferentes da mesma (fls. 02, 34 e 66/67).

O ponto crucial que precisa ser detalhado é se a taxa de juros de 0,99% ao mês, anunciada no informe publicitário de fls. 11, *parece* se referir ao automóvel Fiesta Sedan 1.0 ou 1.6 Flex, que foi o efetivamente negociado, ou aos outros automóveis lá anunciados assim: "mais de 300 opções de usados" (círculos menores, na parte inferior direita do anúncio).

Penso, após ponderar sobre o conteúdo e a disposição das informações no corpo do informe, que deve ser acolhida a tese do Autor.

Ora, em primeiro lugar, não está claro que o único fator que qualifica o automóvel Fiesta é a concessão de "IPVA grátis". A taxa de juros de 0,99% ao mês, pelo que dá a entender a veiculação publicitária, se refere aos veículos em geral postos à disposição para comércio e não apenas aos automóveis usados.

Como acima disse, quem anuncia deve fazê-lo clarividentemente, com o maior número de detalhes, evitando-se as interpretações dúbias. É ônus do anunciante, sob pena de ser forçado a cumprir com o anunciado, mesmo que sua vontade não estivesse, ao publicar o anúncio, direcionada a determinada condição ou especificação.

É o que ensina Carlos Alberto Bittar:

O texto publicitário e as imagens correspondentes devem retratar fielmente a realidade, sob pena de submeter-se ao amplo sancionamento administrativo, civil e penal previsto, destinado a conferir à publicidade o rigor que o respeito aos valores citados impõe. A rigoroso controle interno devem, pois, passar todas as mensagens publicitárias, com a vigência do Código, cumprindo às produtoras e às agências acercar-se, para tanto, de assessoramento especializado. (*In* "Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor", Forense Universitária, pág. 54).

A jurisprudência também não discrepa. Já decidiu o TJSC:

> *É dever do anunciante entregar ao consumidor o produto nas exatas especificações do anúncio veiculado, pois detém o poder de vigilância do que é publicado em seu nome. Não satisfeita a obrigação a rigor, acode ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta, como se de compra e venda perfeita e acabada se tratasse.* Apelação Cível n. 97.010120-1, da Capital. Relator: Desembargador Alcides Aguiar.
>
> Em segundo lugar, é cediço que, no mundo dos negócios de veículos automotores, os financiamentos dos automóveis mais novos possuem, ordinariamente, taxas menores do que os usados. É regra costumeira que este magistrado não pode deixar de lembrar e considerar.
>
> Assim, restando demonstrado que a proposta apresentada (fls. 11), pelas condições de tempo e objeto contratual foi determinante para a concretização do negócio jurídico havido entre as partes, e, mais, que ambos os Réus, pela relação negocial que mantêm, estavam reciprocramente vinculados em relação às vendas financiadas de veículos captadas pela Dimas, mister a revisão da taxa de juros remuneratórios utilizada para a fixação das parcelas mensais, devendo o percentual ser reduzido para 0,99% ao mês (fls. 76-79) (sem grifo no original).

Essas foram, portanto, as razões de meu dissenso.

Florianópolis, 22 de setembro de 2008.

Jorge Schaefer Martins

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelações Cíveis n. 2007.015810-6 e 2007.015811-3, de Campos Novos

Relator: Des. Hilton Cunha Júnior

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, NULIDADE DE TÍTULOS, SUSTAÇÃO DEFINITIVA DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇAS DISTINTAS. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSOS DA EMPRESA RÉ.

AÇÃO DECLARATÓRIA. (1) PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL RECHAÇADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA LÓGICA ENTRE OS FATOS NARRADOS E A CONCLUSÃO DA PRETENSÃO AFASTADA. REQUISITOS DA PEÇA INAUGURAL DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. (2) MÉRITO. RESCISÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. QUITAÇÃO RECÍPROCA. DUPLICATAS SEM ACEITE EMITIDAS EM DATA ANTERIOR AO DISTRATO. PROTESTO EM MOMENTO POSTERIOR À RESCISÃO. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. CLÁUSULA FAVORÁVEL A QUEM NÃO REDIGIU O CONTRATO. INEXIGIBILIDADE DOS DÉBITOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

> "Reconhecido como indevido o aponte a protesto, sustado por força do ajuizamento de medida cautelar, e admitida a responsabilidade do recorrido, que agiu com imprudência, há de ser acolhido o pedido de danos morais. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (REsp. n. 802.645/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15-8-2006).
>
> AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROTESTO DE DUPLICATAS. (1) PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL RECHAÇADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA LÓGICA ENTRE OS FATOS NARRADOS E A CONCLUSÃO DA PRETENSÃO AFASTADA. REQUISITOS DA PEÇA INAUGURAL DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. (2) MÉRITO: PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONCESSÃO DA MEDIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2007.015810-6 e 2007.015811-3, da comarca de Campos Novos (1ª Vara Cível/Crime), em que é apelante Agrichem do Brasil Ltda., e apelada Agrícola Leblon Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, conhecer e negar provimento aos recursos. Vencido Exmo. Sr. Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com declaração de voto. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Agrícola Leblon Ltda., perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Campos Novos, ajuizou contra Agrichen do Brasil Ltda. ação cautelar inominada objetivando a sustação de protesto dos títulos representados

pelas Duplicatas Mercantis de n. 3202, 4846, 5506, 6147, 6134 e 5518, sem aceite, cujos valores entende inexigíveis, uma vez que foram objeto de acordo firmado entre as partes. Ofereceu como caução o imóvel de sua propriedade, localizado no município de Campos Novos e avaliado em R$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais).

Concedida a liminar, a requerente foi citada e apresentou contestação sustentando, em síntese, que os valores das duplicatas levadas a protesto não foram abrangidas pelo acordo firmado entre as partes. Requereu a improcedência da ação.

Cumprido o prazo legalmente exigido, a requerente Agrícola Leblon Ltda. propôs ação declaratória de inexistência de débito, nulidade de títulos, sustação definitiva de protesto e indenização por danos morais, distribuída por dependência ao Juízo da 1ª Vara da comarca de Campos Novos, para que seja declarada a inexigibilidade de seis duplicatas protestadas pela ré, a inexistência do débito nelas constante e a sustação definitiva do protesto delas, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Em síntese, a autora afirma que as partes, na data de 7-6-2004, entabularam contrato de distribuição, que teria validade por 3 anos, sendo que em 14-6-2005, houve distrato do referido pacto por meio do instrumento particular de rescisão contratual, quitação e outras avenças. Nesse distrato, constou expressamente que as partes davam ampla, rasa e geral quitação recíproca das obrigações decorrentes do contrato firmado anteriormente.

Não obstante esse fato, em 19-12-2005 foi surpreendida por avisos de protestos emitidos pelo Cartório da comarca de Campos Novos, referentes a seis duplicatas mercantis, sem aceite, emitidas pela ré, todas com vencimento em 30-5-2005. Alega a inexigibilidade dos títulos em face da rescisão contratual, ocorrida em data posterior ao seu vencimento, 14-6-2005.

Em decorrência disso, defende a sustação definitiva dos protestos, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos morais, caracterizados pelo dano à imagem da autora ao ser taxada como devedora em sua pequena comarca de Campos Novos.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação sustentando, em preliminar, defeito na representação e inépcia da petição inicial. Atacou o mérito defendendo que a cláusula do instrumento de rescisão utilizada como fundamento do pedido da autora deve ser interpretada de forma correta. Nesse sentido, a indenização referida é restrita ao distrato e não existe acordo algum relativo ao pagamento futuro de produtos anteriormente adquiridos. Diante disso, faltou à requerente, após o distrato, devolver à requerida os produtos em estoque (R$ 180.540,70) para pagar o saldo das duplicatas em aberto (R$ 205.772,40), ou efetuar o seu pagamento pelo valor integral, caso pretendesse vender os produtos.

Alega, ademais, que houve a prorrogação do vencimento de uma das faturas, cujo protesto não foi efetuado, o que configura maledicência da autora às alegações da inicial, pelo que não existe direito à indenização. Ao final, requereu a improcedência do pedido inicial e a condenação da autora por litigância de má-fé.

Sentenciando a ação cautelar, o MM. Juiz julgou procedentes os pedidos para manter a sustação de protestos efetivados em decorrência das duplicatas e triplicatas emitidas, relativas ao negócio jurídico discutido na ação principal. Confirmou a liminar concedida e sua extensão. Condenou a requerida ao pagamento das custas e dos honorários, esses fixados em R$ 1.000,00.

Os pedidos da ação declaratória de inexistência de débito, nulidade de títulos, sustação definitiva de protesto e indenização por danos morais também foram julgados procedentes pelo Magistrado *a quo* que: a) declarou inexigíveis as Duplicatas números 3202, 4846, 5506, 6147, 6134 e 5518,

bem como toda e qualquer dívida ou pendência relativas ao contrato de contribuição entabulado entre as partes e extinto pelo distrato; b) cancelou, definitivamente, os protestos apontados pela requerida no Cartório do Primeiro Ofício da Comarca; c) condenou a requerida ao pagamento de R$ 21.120,00 (vinte e um mil cento e vinte reais) a título de danos morais à empresa requerida, valor este corrigido a partir da publicação da sentença e juros de mora a partir do evento danoso, ocorrido na data do apontamento indevido (15-12-2005). Os juros de mora (12% a.a.) serão cobrados isoladamente até a data da incidência da correção monetária, quando deverão ser cobrados – juros e correção – unicamente e cumulativamente através da Taxa Selic (fls.164-165). Ao final, impôs à requerida o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada com os termos das sentenças, a empresa requerida interpôs recursos de apelação sustentando, na ação cautelar, preliminarmente, a inépcia da petição inicial e a deficiência da caução apresentada. Alegou, também, a ausência dos requisitos essenciais, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora,* para a concessão da sustação de protesto requerida, de forma que a ação deve ser extinta sem o julgamento do mérito.

Nas razões da apelação referente à ação principal alegou, preliminarmente, a inépcia da petição inicial. No mérito, aduz que ficou estipulado que não seria devida nenhuma indenização pelo distrato ocorrido entre as partes e que não há semelhante pactuação quanto a outros valores devidos. Afirma que restou entre as partes uma relação de simples compra e venda mercantil, e que faltou à apelada devolver os produtos em estoque (R$ 180.540,70) para pagar o saldo das duplicatas em aberto ou efetuar o pagamento do valor integral (R$ 205.772,40) destas. Defende, ainda, a ausência dos requisitos ensejadores da concessão das medidas liminares. Por fim, alega ser descabido o pedido de indenização por danos morais, em razão de não estarem preenchidos os requisitos da responsabilidade

civil, uma vez que os protestos não se realizaram. Requereu a reforma da sentença e improcedência total dos pedidos iniciais.

Apresentadas as contrarrazões dos recursos, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Agrichen do Brasil Ltda. contra sentenças exaradas nos autos das ações cautelar inominada e declaratória de inexistência de débito, nulidade de títulos, sustação definitiva de protesto e indenização por danos morais em face de Agrichen do Brasil Ltda., perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Campos Novos, que julgou procedentes os pedidos iniciais.

1 AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, NULIDADE DE TÍTULOS, SUSTAÇÃO DEFINITIVA DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

A sentença julgou procedentes os pedidos iniciais para declarar a inexigibilidade e cancelar definitivamente os protestos das duplicatas de fl. 3 e condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos morais e das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Primeiramente, cumpre destacar que a apelante aduz a inexistência dos requisitos ensejadores das medidas liminares.

Ocorre que, da análise da demanda, verifica-se que esta matéria é objeto da ação cautelar e não foi vislumbrada pelas partes na ação declaratória, quiçá analisada na sentença de primeiro grau, pelo que ocorreu, assim, a inovação recursal, motivo pelo qual não se conhecerá deste pedido.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL — EMBARGOS À EXECUÇÃO — CHEQUE — INOVAÇÃO RECURSAL — IMPOSSIBILIDADE —

> OFENSA AO ARTIGO 515, § 1º, DO CÓDIGO DE RITOS — SENTENÇA MANTIDA — RECURSO NÃO CONHECIDO. "A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo Tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o Tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC" (STJ, REsp. n. 29.873-1/PR, rel. Min. Nilson Naves, j. em 9-3-93, DJU 26-4-93, p. 7.204) (Ap. Cív. n. 2002.021382-4, rel. Des. Fernando Carioni, j. 5-2-2004).
>
> Proíbe-se a inovação no juízo de apelação, sendo permitido às partes somente o que foi objeto da matéria sujeita à discussão e decisão pelo juiz de inferior instância, segundo interpretação do art. 515, parágrafo 1º do CPC (Ap. Cív. n. 2000.020772-1, de Xaxim, rel. Des. Salim Schead dos Santos, DJ de 8-9-2004).

Dessa forma, em relação ao apelo do pedido acerca da inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o recurso não deve ser conhecido.

1.1 Da preliminar de inépcia da inicial

Alega a apelante, preliminarmente, a inépcia da petição inicial sob o fundamento de ausência de pertinência lógica entre os fatos narrados e a conclusão pretendida, uma vez que a autora apresentou pedidos controversos, pois indica ora o valor de R$ 181.022,40, ora de R$ 185.802,40 quando, na realidade, além deste último valor, há uma duplicata na importância de R$ 19.970,00, o que perfaz o débito de R$ 205.772,40. Além disso, não houve juntada de prova escrita do suposto acordo e isto cerceia sua defesa.

Verifica-se que a preliminar aventada foi afastada em decisão interlocutória saneadora, constante às fls.155-156. Assim, a insurgência contra essa decisão deveria dar-se por meio de agravo, neste caso retido nos autos, nos termos do art. 522, do CPC. Assim, em razão da inércia da empresa

ré, devidamente intimada (fl. 157), precluiu seu direito de discussão acerca da inépcia da petição inicial.

No entanto, por se tratar de matéria de ordem pública, cumpre esclarecer que, mesmo que houvesse agravo retido nos autos e requerimento para sua análise, o argumento da apelante não merece prosperar. Isto porque os fatos e a conclusão pretendida estão devidamente explicitados na exordial.

Segundo Moacyr Santos Amaral, a inicial será inepta quando:

> a) quando da narração do fato não ressaltar ou não se ficar sabendo qual a causa da lide, e, ainda, quando para o fato narrado não houver direito aplicável; b) quando os fundamentos jurídicos do pedido forem inadmissíveis ou evidentemente inaplicáveis à espécie que decorre do fato narrado; c) quando não se souber qual o pedido, ou este estiver em contradição com a causa de pedir (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 148).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça elucida:

> PROCESSO CIVIL. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial somente pode ser declarada inepta quando não for possível a sua compreensão, ainda que pudesse ser melhor redigida. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 437.207/MG. Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 24-4-2007).
>
> DIREITO CIVIL PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. *Não é inepta a petição inicial cuja argumentação possibilita a compreensão plena do pedido e da causa de pedir e que, assim, viabiliza a defesa do réu*. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 851.168/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 18-9-2007) (grifei).

Constata-se da leitura da inicial que, no caso em tela, a autora narra devidamente os fatos, expõe claramente o pedido e possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, de modo que estão preenchidos os requisitos exigidos. Clarividente é sua causa de pedir, bem como seu pedido, pelo que não há como falar em ausência de pertinência lógica entre os fatos narrados e a conclusão pretendida, tampouco em inépcia da inicial.

Vale ressaltar que a causa cinge-se à interpretação das cláusulas contidas no distrato e à discussão acerca de eventuais valores devidos, o que consiste em questão de mérito, que posteriormente será analisada.

Sendo assim, ante o exposto, rechaça-se a preliminar.

1.2 Da interpretação das cláusulas do instrumento particular de rescisão contratual, quitação e outras avenças

No mérito, forçoso evidenciar que a questão cinge-se à interpretação das cláusulas do instrumento que findou o contrato de distribuição firmado entre as partes. Além disso, deve-se ater às seguintes datas: o contrato de distribuição foi efetivado em 7-6-2003 e seu distrato em 14-6-2005. As duplicatas objeto de protesto, por sua vez, são datadas de 30-5-2005.

Acerca do distrato, Jones Figueirêdo Alves elucida:

> O distrato é negócio jurídico que objetiva a desconstituição do contrato, extinguindo seus efeitos. É o desfazimento do acordo de vontades, da relação jurídica existente, através da manifestação recíproca dos contratantes (resilição bilateral), quando ainda não tenha sido executado o contrato (Novo Código Civil comentado. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 418).

Sendo negócio jurídico, o instrumento particular de rescisão contratual, quitação e outras avenças firmado pelas partes (fls. 33-34), cujo objeto é o desfazimento da relação jurídica existente anteriormente, consiste em verdadeiro contrato. Portanto, segundo Sílvio de Salvo Venosa, deve ser interpretado de forma a

> buscar o sentido que melhor se adapta à vontade e à necessidade dos contratantes, aplicando-se então o Direito no caso concreto. Essa interpretação, na maioria das vezes, é tarefa do juiz que, ao defrontar-se com uma lide sob julgamento, terá de interpretar a vontade contratual, porque existe uma pretensão resistida (*Direito civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral do contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2, p. 464-465).

As cláusulas em discussão são a segunda e terceira que, no instrumento particular de rescisão contratual, quitação e outras avenças (fls. 33-34), assim estipulam:

> *Cláusula Segunda*: Em virtude da rescisão contratual, as partes concordam que nenhuma quantia indenizatória resta devida por nenhuma das partes e encontram-se devidamente quitados por ambas as partes.
>
> *Cláusula Terceira*: Neste ato a Contratada dá plena, total e irrevogável quitação à Contratante até esta data, nada mais tendo a reclamar ou pleitear, a que título for, agora ou no futuro, dando-se por plenamente satisfeita.

Enquanto a autora apelada aduz que a cláusula segunda dá total quitação às partes, a ré apelante afirma que o acordo, levando-se em conta também a cláusula terceira, foi no sentido de que nenhuma quantia indenizatória é devida às partes e que esta indenização diz respeito apenas ao distrato, de modo que não abrange valores referentes a produtos repassados à apelada e não pagos por ela.

Nessa seara, atenta-se ao fato de que, conforme ressaltado pelo Magistrado em sua decisão, ficou incontroverso o fato de que foi a empresa apelante que redigiu o instrumento particular de rescisão contratual, quitação e outras avenças de fls. 33-34.

Dito isso, cumpre dar a correta interpretação às cláusulas do referido instrumento para determinar se houve quitação integral entre os contratantes e, consequentemente, se há legitimidade da apelante para protestar duplicatas com vencimento em data anterior ao distrato.

Para tanto, devem ser considerados os princípios que regem os contratos. Dentre eles, destacamos o princípio da boa-fé objetiva, que "se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos", de modo que para sua análise "devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual" (VENOSA, Silvio S. Ob. cit. p. 393).

Compulsando os autos, verifica-se que as empresas litigantes firmaram contrato de distribuição e, antes do seu término, a requerida não mais interessou-se pelos serviços da requerente e lhe propôs o distrato, que foi redigido por ela.

É fato que as cláusulas contratuais em discussão não tem redação clara, uma vez que levaram as partes a discuti-las em Juízo. Acerca desse ponto, Sílvio de Salvo Venosa elucida:

> Quando a cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum. Entende-se que, da mesma forma como o legislador não coloca na lei palavras inúteis, assim fazem os contratantes no negócio jurídico. Buscamos sempre em cada cláusula o entendimento que faz sentido e harmoniza-se com os demais (Ob. cit. p. 471).

E complementa:

> Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação. Em outras palavras, interpreta-se, na dúvida, contra quem redigiu a cláusula. Este deveria ter sido claro. E em favor do devedor, porque devemos procurar a situação mais cômoda para que ele cumpra a obrigação (Ob. cit. p. 471).

Nesse sentido, se era da vontade da apelante cobrar posteriormente valores que entendia devidos, deveria ter sido clara ao redigir o pacto,

ressalvando-os, de forma a não deixar dúvida alguma em relação a isso, pois impera a boa-fé nas relações contratuais.

Ademais, a jurisprudência desta Corte entende que, mesmo ressalvada no próprio instrumento a permanência dos direitos aos créditos desconhecidos, ainda assim "deve o credor comprovar com suficiência o seu desconhecimento, sob pena de se considerar abrangido referido crédito pelos efeitos quitatórios expressos no instrumento de distrato" (Ap. Cív. n. 2000.024362-0, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 21-10-2004).

Assim, se devem estar ressalvados até os créditos desconhecidos, necessária é a ressalva também, e com maior razão, daqueles que eram de conhecimento das partes e que não foram abrangidos pelo acordo.

Portanto, se duvidosa é a cláusula segunda, esta deve ser entendida conforme os ditames acima expostos, levando-se em consideração o princípio da boa-fé objetiva e as regras de interpretação contratual, bem como o fato de ter a apelante sido responsável pela redação do distrato. Nesse ponto, cabe ressaltar que em momento algum as partes esclarecem a natureza da indenização de que trata a referida cláusula.

Com relação à cláusula terceira, que dispõe que a contratada apelada dá plena, total e irrevogável quitação à contratante apelante, nota-se que exatamente aqui caberia à apelada ressalvar os débitos da apelante para com ela, conforme sustentado. Ocorre que não houve menção a nenhum valor ou duplicata.

Assim, o instrumento como um todo deve ser interpretado da maneira mais favorável ao devedor, dando-se total e geral quitação ao negócio jurídico entabulado entre as partes, pois ao credor foi oportunizado relacionar tudo o que pretendesse cobrar posteriormente e ele não o fez.

A apelante argumenta, ainda, que a troca de mensagens eletrônicas entre os litigantes comprovaria a negociação relativa aos valores das duplicatas posteriormente protestadas, e que a apelada sempre teve conhecimento de que era devedora das quantias representadas pelas cártulas.

A correta avaliação do argumento impõe a observância das datas em que tal troca de mensagens ocorreu. Assim, analisando os autos da Ação Cautelar n. 014.06000088-4, verifica-se que as mensagens foram trocadas entre as datas de 1º-6-2005 e 9-6-2005 (fls. 142-143), ou seja, anteriormente ao distrato, que ocorreu em 14-6-2005. Nota-se que a apelada, demonstrando boa-fé, tentava resolver as suas pendências antes da apelante lhe propor o distrato que deu total quitação às partes.

Dessa feita, inexistente litigância de má-fé, pois não ficou evidenciada nos autos a maledicência da apelada, tampouco houve a comprovação de que o alegado na exordial funda-se em fatos alterados ou desviados da verdade.

Assim, deve ser mantida a r. sentença que declarou inexigíveis as Duplicatas n. 3.202, 4.846, 5.506, 6.147, 6.134 e 5.518, e toda e qualquer dívida ou pendência relativas ao contrato de distribuição entabulado entre as partes e extinto pelo distrato, bem como cancelou definitivamente os protestos das referidas cártulas.

1.3 Da indenização por danos morais

Sustenta a apelante que deve ser reformada a sentença nesse ponto, porque os protestos não se realizaram e, em consequência lógica disso, devem ser afastados os danos morais.

Ocorre que razão não lhe assiste. Isso porque ficou demonstrado que os títulos foram encaminhados para protesto ao Cartório do Primeiro Ofício da comarca de Campos Novos e que o protesto não se efetivou tão somente em razão da liminar concedida nos autos da ação cautelar. Tem-se

que tais cártulas são inexigíveis ante o distrato firmado entre as partes, que não ressalvou nenhum crédito que porventura a apelante teria direito, e deu, portanto, geral e total quitação a ambas as partes em relação a todos os débitos existentes.

Assim, perfeitamente cabível é a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais, pois é a pretensão ao protesto que gera o dever de indenizar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO CAMBIAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROVA DO PREJUÍZO. — *Reconhecido como indevido o aponte a protesto, sustado por força do ajuizamento de medida cautelar, e admitida a responsabilidade do recorrido, que agiu com imprudência, há de ser acolhido o pedido de danos morais*. — Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido (REsp. n. 802.645/RS. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15-8-2006) (grifei).
>
> Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Protesto indevido de título. Indenização por danos morais. Súmula 7 e 83/STJ. — A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. — Resta assente no STJ o entendimento de que o protesto indevido de duplicata enseja a compensação pelos danos morais causados, sendo dispensável a prova do efetivo prejuízo. Agravo no agravo de instrumento não provido (AgRg no Ag n. 704.364/MT. Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 8-11-2005).

E desta Corte de Justiça:

> ANULATÓRIA. Protesto cambial. Danos morais. Indenização. Pedidos acolhidos em parte. Cautelar sustativa. Recurso não preparado. Não conhecimento. Feito principal. Reclamo apelatório desatendido.
>
> [...] 3. A prerrogativa de protestar títulos cambiais, em que pese prevista em lei, deve revestir-se de justa causa, sendo que, ausente esta, *a pretensão ao protesto faz-se indevida e, portanto, ilícita, por estampar ostensivo abuso de direito*.

> 4. O dano moral reside apenas na ofensa provocada ao lesado, na violação de um direito seu, não se exigindo, para a sua indenizabilidade, a prova da causação ao ofendido de prejuízos efetivos (Ap. Cív. n. 2005.020654-2, de Lages. Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 9-8-2007) (grifei).

Assim, e ante a ausência de questionamento acerca do valor indenizatório, mantenho a sentença *a quo* que condenou a apelante ao pagamento do valor de R$ 21.120,00, a título de danos morais, corrigido a partir da publicação da sentença e juros de mora a partir do evento danoso (15-12-2005).

2 AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

O MM. Juiz, na ação cautelar inominada, manteve a sustação dos protestos das duplicatas e triplicatas emitidas em razão do negócio jurídico discutido na ação principal, confirmou a liminar outrora deferida e condenou a requerida ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

2.1 Da preliminar de inépcia da inicial

Nesse ponto, a apelante repete as alegações efetuadas nas razões recursais da ação principal, afirmando ser inepta a petição inicial por não preencher os requisitos legalmente exigidos.

Ocorre que não lhe assiste razão. Compulsando os autos, verifica-se que a decisão que afastou a preliminar suscitada foi objeto de agravo de instrumento, cujo seguimento foi negado em razão de a exordial apresentada ser hábil a conduzir o processo à prolação de uma sentença.

Assim, adotando como razões de decidir os fundamentos expostos no mesmo tópico relativo à ação principal, rejeito a preliminar aventada.

2.2 Da caução deficiente

Sustenta a apelante que a caução ofertada não respeitou os limites legais, uma vez que não foi efetivada quanto à garantia real e, ainda, quanto aos produtos que a apelada alega ter no estoque e não demonstrou onde se encontram, qual sua quantidade, em que condição estão e qual é a sua validade. Acrescenta que não foi formalizada dentro do prazo legal de três dias assinado pelo juiz, de forma que deve ser revogada a liminar e extinto o processo.

Ocorre que, compulsando os autos, a despeito do afirmado pela apelante verifica-se a existência de Termo de Caução à fl. 70, no qual foram caucionados um terreno urbano e diversos produtos agrícolas, e a apelada ficou como depositária dos bens descritos.

A assinatura do termo de caução após o prazo estabelecido pelo Magistrado não tem o condão de extinguir o feito sem resolução do mérito. Trata-se de mera irregularidade que foi suprida antes mesmo da citação da empresa apelante.

Assim, não se sustentam as alegações expostas, pelo que deve ser rechaçada a preliminar arguida.

2.3 Do fumus boni iuris e do periculum in mora

Em suas razões recursais a apelante sustenta a inexistência dos requisitos ensejadores da medida cautelar, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, já que a apelada não logrou êxito em demonstrar a existência do acordo indenizatório. Portanto, justo e legal o protesto dos títulos não pagos no prazo de vencimento.

Quanto à possibilidade de se obter a tutela cautelar, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade elucidam:

> Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela

> afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o trâmite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (*Código de processo civil comentado*: e legislação processual civil em vigor. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943).

É evidente o *fumus boni iuris,* plausibilidade do direito alegado pela apelada ao se analisar o instrumento que rescindiu o contrato de distribuição entabulado entre as partes, mais especificamente no tocante à cláusula segunda, que dispõe encontrarem-se "devidamente quitadas por ambas as partes" (fl. 27).

O *periculum in mora*, por sua vez, está caracterizado pelos prejuízos advindos do protesto das duplicatas que, conforme evidenciado, encontram-se quitadas, nos termos do acordo que rescindiu o contrato de distribuição firmado entre as partes.

Doutra parte, o acolhimento da cautelar é corolário, no caso em tela, à procedência do pedido principal que cancelou de forma definitiva a sustação dos protestos apontados pela apelante e declarou inexigíveis os valores constantes nas cártulas.

Assim, considerando o preenchimento dos requisitos legais exigidos e a procedência da ação principal, não se pode deixar de acolher a pretensão cautelar, de forma que deve ser mantida a r. sentença em todos os seus termos.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decide a Terceira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento aos recursos. Vencido

o Exmo. Sr. Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com declaração de voto.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de setembro de 2008, os Exmos. Srs. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, que presidiu a sessão e também votou, e Paulo Roberto Camargo Costa, com voto vencido.

Florianópolis, 8 de outubro de 2008.

Hilton Cunha Júnior

RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa

Trata-se de recurso de apelação em ações declaratórias de inexistência de débito, nulidade de títulos, c/c sustação definitiva de protesto e indenização por dano moral, e ação cautelar preparatória de sustação de protesto de duplicatas, em que a sentença julgou procedentes os pedidos para o fim de declarar inexigíveis as duplicatas descritas na inaugural, bem como toda e qualquer dívida ou pendência relativas ao contrato de distribuição entabulado entre as partes e extinto pelo distrato de fls. 33-34, cancelando definitivamente os protestos apontados em Cartório da Comarca de Campos Novos, e condenando a apelante no pagamento da quantia de R$ 21.120,00 a título de danos morais à apelada, valor a ser corrigido a partir da data da publicação da sentença, com juros de mora a partir do evento danoso (15-12-2005), até a data de incidência da correção monetária, que deverá ser cobrada com base na taxa Selic, incorporando, com isso os juros de mora e a correção monetária em incidência única e cumulativa. Foram carregadas à apelante as verbas de sucumbência, com honorários fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Sustenta a apelante, no apelo, inépcia da inicial, sob o pressuposto de que junto à inicial não veio prova documentada de suposto acordo que teria

dado quitação das duplicatas que, segundo a apelada, se referem a estoque de mercadorias que teriam permanecido consigo como indenização, e no mérito, persegue a improcedência do pedido, sob o pressuposto de que a cláusula segunda do instrumento de rescisão contratual refere-se à quitação de eventuais indenizações, e a cláusula terceira, de eventuais créditos que a apelada tivesse junto à apelante, não incorporando quitação de débitos da apelada perante a apelante.

Em sessão precedente, embora não conste da certidão de julgamento tal circunstância, o eminente Relator, Des. Hilton Cunha Junior votou no sentido de negar provimento ao recurso, conforme minuta de seu voto que Sua Excelência gentilmente deixou nos autos, possibilitando-me o exame.

Pedi vista alertado por duas circunstâncias: a primeira, a alegação feita da tribuna, em sustentação oral, pelo Ilustre Procurador da apelada, no sentido de que fora convolado acerto verbal de que o estoque de mercadorias restaria com a apelada, como indenização, somente que, por ocasião da formalização do acordo de rescisão não se explicitou essa circunstância, mas estaria implícito na cláusula segunda; a segunda, quanto à interpretação que deveria ser dada ao conteúdo da cláusula terceira.

É o breve relatório.

Melhor examinando os autos, concluo que o instrumento de avença de fls. 31-32, denominado pelas partes de Contrato de Distribuição, é um contrato atípico, que não se rege, tão só, pela Lei n. 4.886, de 9-12-1965 (Estatuto dos Representantes Comerciais Autônomos), como à primeira vista me parecera quando do início do julgamento.

A leitura atenta do instrumento dá razão a Humberto Theodoro Junior e a Adriana Mandim Theodoroa de Mello, que invocando o Magistério de Orlando Gomes advertem ser condenável a praxe *"de certas sentenças que procuram solucionar litígios acerca de contratos à luz do 'esquema de contratos*

típicos, em vez de recorrerem aos princípios gerais do direito contratual'" (O Regime do Contrato (típico) de Agência e Distribuição (Representação Comercial) no Novo Código Civil em Cotejo com a Situação Jurídica do Contrato (atípico) de Concessão Comercial. Indenizações Cabíveis na Extinção da Relação Contratual. Revista dos Tribunais, ano 93, v. 825, julho de 2004. p. 66).

E o contrato em exame é atípico porque mescla, sob a nomenclatura de Distribuição, duas relações jurídicas diversas: uma, de representação comercial, pela qual a apelada agiria como "responsável pela mediação na venda dos produtos da contratante, incluindo produtos que vierem a ser lançados e/ou comercializados, de acordo com o disposto neste Contrato e demais disposições aplicáveis", como confiro na Cláusula 1ª da avença. Em razão disso, a denúncia vazia da avença entabulada por prazo indeterminado, teria a incidência das disposições da Lei n. 4.886/1965, conforme textualmente explicita a cláusula 6ª do instrumento em exame.

Outra porque a relação comercial entre as partes incorporava a distribuição propriamente dita, pela qual a apelada, concomitantemente ao agir como mediadora de vendas, poderia, também, "realizar negócios diretamente com produtores e fazer vendas diretas para Cooperativas ou Revendas da sua área de atuação", como extraio da cláusula 5ª, e leva a incidência do Código Civil, como previsto na cláusula 12ª.

A necessidade da definição da natureza jurídica da relação negocial impõe-se para poder-se interpretar as cláusulas segunda e terceira do instrumento de rescisão, quitação e outras avenças, que regeu o distrato.

A cláusula 2ª do distrato dispõe que "as partes concordam que nenhuma quantia indenizatória resta devida por nenhuma das partes e encontram-se devidamente quitados por ambas as partes".

Sustenta a autora/apelada que essa cláusula indica que, embora não tenha constado expressamente essa circunstância, o valor de R$ 185.802,40,

que segundo ela na verdade seriam R$ 181.022,40, correspondente às mercadorias que adquiriu e estavam em estoque, teria recebido quitação porque "acordaram que ficaria para a autora como ressarcimento pelos altíssimos gastos e despesas que esta tivera com a divulgação e promoção do nome da ré, bem como a título de indenização pela quebra do pacto, cuja iniciativa partiu exclusivamente da ré".

Tal foi acolhido pela sentença.

Contudo, tenho que está com a razão a apelante/requerida.

Isso porque, como ficou acima explicitado, a relação contratual entre as partes era dúplice: a da cláusula 1ª da avença, que explicita a "mediação na venda de produtos da contratante"; e a da cláusula 5ª, que deferiu à autora, além da mediação, a possibilidade de "realizar negócios diretamente com produtores e fazer vendas diretas para Cooperativas ou Revendas da sua área de atuação".

A cláusula segunda do instrumento de rescisão (fl. 33), refere-se às consequências da resolução do contrato de distribuição, pois que nele estavam previstas multas recíprocas, na hipótese de rescisão, por isso foi dada quitação mútua.

A cláusula 6ª do contrato de representação (fl. 29) estabelece as condições para a denúncia vazia do contrato, e seu parágrafo único prevê que

> a falta de aviso prévio por parte da contratante, dará direito à contratada a perceber 1/3 (um terço) das comissões auferidas nos últimos 3 (três) meses anteriores, além do disposto no *caput* da presente cláusula. A falta de aviso prévio por parte da contratada, dará direito à contratante a receber a indenização correspondente a 1/3 (um terço) das comissões auferidas pela contratada nos últimos 3 (três) meses, devendo ser descontados eventuais créditos de que seja titular a contratada.

A seu turno, a cláusula 7ª estabelece critérios para denúncia cheia, e seu parágrafo único dispõe que ocorrendo a rescisão por uma dessas hipóteses, "arcará a contratada, em favor da contratante, com a multa equivalente a 1/20 (um vinte avos) do total da remuneração paga pela contratante, no curso deste contrato, acrescidos de perdas e danos apuráveis".

Ante tais termos, estou convicto de que quitação mútua dada na rescisão o foi para afastar futura invocação de qualquer indenização fundada nas referidas cláusulas contratuais.

Não há qualquer cláusula na rescisão que se refira à quitação das aquisições efetivadas pela apelada para revenda direta como permitia a cláusula 5ª, como acima já destacado.

Tendo as duplicatas objeto do pedido inaugural de declaração de inexistência de débito como causa venda de mercadorias feitas pela apelante à apelada, por força de cláusula diversa daquela de mediação, concluo pela improcedência da pretensão inaugural, pelo que, com a devida vênia do eminente Relator, ouso divergir, votando pelo provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar improcedente a ação, visto não haver prova da alegada quitação.

Florianópolis, 15 de outubro de 2008.

Paulo Roberto Camargo Costa.

Apelação Cível n. 2007.021636-7, de Criciúma

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

> APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OFERTA À PENHORA DE LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO (LFT). TÍTULOS SEM COTAÇÃO EM BOLSA. RECUSA CONFIRMADA.
>
> Conforme assente jurisprudência, as Letras Financeiras do Tesouro, desprovidas de cotação em bolsa de valores, são títulos desprovidos de liquidez, mostrando-se por isso lícita a recusa em aceitá-las como garantia do juízo.
>
> IMPUGNAÇÃO APRESENTADA ANTES DE SEGURO O JUÍZO. EXTINÇÃO PREMATURA DO FEITO. VIABILIDADE, PORÉM, DO SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ATÉ A REGULARIZAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJSC. PROVIMENTO.
>
> "Apresentados os embargos do devedor antes da penhora, ficará o seu processamento condicionado à efetivação ou regularização daquela, adiando-se a admissibilidade dos embargos para o momento em que for seguro o juízo, atendendo-se ao princípio do aproveitamento dos atos processuais" (STJ, Segunda Turma, REsp. n. 238.132/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 23-10-2001). Dita exegese permanece aplicável mesmo após a reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005, porquanto a penhora permanece como condição de processamento à impugnação ao cumprimento de sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.021636-7, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é apelante HSBC Bank Brasil S.A. — Banco Múltiplo e apelada Mercearia Baptista Ltda. ME:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, prover o recurso para anular a sentença e determinar a baixa do feito à origem, onde permanecerá sobrestado enquanto não realizada a penhora no processo de execução. Custas legais.

RELATÓRIO

HSBC Bank Brasil S. A. — Banco Múltiplo opôs embargos à execução que lhe move Mercearia Baptista Ltda. ME, salientando, prefacialmente, ter sido realizada regular constrição em títulos custodiados à ordem do MM. Juízo *a quo*. No mérito, clama o reconhecimento de excesso de execução.

Recebidos os embargos como impugnação (fl. 26), os impugnados ofertaram sua manifestação (fls. 29-33), rechaçando os argumentos nela invocados.

Pelo interlocutório de fl. 34, a digna magistrada *a quo* determinou ao impugnante que confirmasse "concretamente em que consiste a segurança do juízo", sobrevindo, em resposta, o petitório de fls. 37-38.

Entregando a prestação jurisdicional, o feito foi extinto sem resolução do *meritum causae*, ao entendimento de que, não seguro o juízo pela penhora, os embargos seriam intempestivos (fls. 40-41).

Irresignado, o impugnante interpôs recurso de apelação, no qual pleiteia o reconhecimento da existência de garantia, uma vez que as Letras Financeiras do Tesouro (LFTs) ofertadas supririam a exigência legal.

Em contrarrazões, a impugnada confronta os argumentos objeto do apelo e postula a condenação do apelante por litigância de má-fé.

É o breve relato.

VOTO

Com razão a digna magistrada *a quo* acerca da insubsistência da garantia ofertada pelo banco executado, pois as Letras Financeiras do Tesouro (LFTs) não possuem a liquidez indispensável para servirem de garantia ao juízo, eis que destituídos de cotação na Bolsa de Valores, conforme iterativa jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de admitir a recusa pelo exequente da nomeação à penhora de títulos da dívida pública destituídos de cotação na Bolsa de Valores (AGREsp. n. 506391/SC, rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 28-6-2004).

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que os títulos da dívida pública sem cotação na bolsa, dada a sua manifesta iliquidez, são inaptos para a garantia do executivo fiscal (EDAG n. 505.111/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 14-6-2004).

Deste egrégio Tribunal de Justiça, veja-se:

> PROCESSUAL — EXECUÇÃO FISCAL — PENHORA — TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA — RECUSA.
>
> "Os Títulos da Dívida Pública, que não tenham cotação em bolsa, não se enquadram no art. 11, inciso II, da Lei n. 6.830/80, por isso que justificável a recusa à sua penhora pela Fazenda credora" (AgRgAI n. 490.493, Min. Teori Albino Zavascki). (AI n. 2003.027922-9, de Tubarão, rel. Des. Newton Trisotto).

Gize-se que, muito embora tenham os embargos sido opostos já sob a égide da Lei n. 11.232/2005, que passou a nominá-los impugnação, a exigência da penhora permanece como condição de processamento, uma vez que se trata de execução de título judicial.

Conquanto correta a recusa da magistrada em aceitar os títulos ofertados em garantia do juízo, inadequada a prematura extinção do feito sem resolução do mérito. Afinal, em atenção ao princípio do aproveitamento

dos atos processuais, era mister fossem suspensos os embargos enquanto não perfectibilizada a penhora.

A propósito, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL — EMBARGOS À EXECUÇÃO [...] — AJUIZAMENTO — PRAZO — TERMO *A QUO* — PENHORA — REGULARIZAÇÃO — PRECEDENTE STJ.
>
> Apresentados os embargos do devedor antes da penhora, ficará o seu processamento condicionado à efetivação ou regularização daquela, adiando-se a admissibilidade dos embargos para o momento em que for seguro o juízo, atendendo-se ao princípio do aproveitamento dos atos processuais (REsp. n. 238132/MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 23-10-2001).
>
> EMBARGOS DO DEVEDOR (CPC, ART. 736). É POSSÍVEL SEJAM ELES APRESENTADOS ANTES DA PENHORA. EM TAL CASO, ADIA-SE O PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS, QUE DEVEM AGUARDAR ESTEJA SEGURO O JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LEI FEDERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (REsp. n. 84856/RJ, rel. Min. Nilson Naves, Terceira Turma, j. 9-9-1997).

Desta e. Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL — EMBARGOS À EXECUÇÃO — OPOSIÇÃO ANTERIOR À PENHORA — EXTINÇÃO DO FEITO — IMPOSSIBILIDADE — PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL — SUSPENSÃO DOS EMBARGOS — RECEBIMENTO CONDICIONADO À EFETIVAÇÃO DA PENHORA.
>
> É possível que os embargos do devedor sejam apresentados antes de realizada a penhora. Contudo, sua admissibilidade estará condicionada à efetivação da constrição. Nesse caso, enquanto tal não ocorrer, devem ficar suspensos (Ap. Cív. n. 2002.010468-5, de Concórdia, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 6-4-2006).
>
> APELAÇÃO CÍVEL — EMBARGOS À EXECUÇÃO — SENTENÇA DE REJEIÇÃO E EXTINÇÃO DO INCIDENTE — AUSÊNCIA DE PENHORA — JUÍZO NÃO SEGURO — IRREGULARIDADE SANÁVEL — SUSPENSÃO DOS

> EMBARGOS COM ANÁLISE POSTERGADA PARA APÓS A PERFECTIBILIZAÇÃO DA PENHORA — SENTENÇA CASSADA.
>
> Constatado nos autos que a penhora não se aperfeiçoou, por se tratar de irregularidade sanável, cassa-se a sentença e suspendem-se os embargos para posterior conhecimento e julgamento até o cumprimento de referida providência (Ap. Cív. n. 2005.014008-6, de Blumenau, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 9-3-2006).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO — EXECUÇÃO — EMBARGOS DO DEVEDOR — JUÍZO NÃO GARANTIDO EM SUA TOTALIDADE — SOBRESTAMENTO DOS EMBARGOS ATÉ A COMPLEMENTAÇÃO DA CONSTRIÇÃO — PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E CELERIDADE PROCESSUAIS — RECURSO PROVIDO.
>
> "O oferecimento prematuro dos embargos, antes de 'seguro o juízo', não enseja a rejeição do remédio: a admissibilidade (e, conseguintemente, o travamento do processo executivo) ficará condicionada ao preenchimento do requisito" (Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, 2002, p. 1248/1251) (Agravo de Instrumento n. 2004.015657-0, da Capital, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 16-9-2004).

Por conseguinte, merece anulação a sentença recorrida, para que o feito permaneça suspenso enquanto não realizada a penhora nos autos da execucional.

Anote-se, por derradeiro, que, conforme a Súmula n. 328 do STJ, "Na execução contra instituição financeira, é penhorável o numerário disponível, excluídas as reservas bancárias mantidas no Banco Central".

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, provê-se o recurso para anular a sentença e determinar a baixa do feito à origem, onde permanecerá sobrestado enquanto não realizada a penhora no processo de execução.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 4 de setembro de 2008.

Jorge Luiz de Borba

RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.053914-8, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. João Henrique Blasi

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA A EVIDENCIAÇÃO DE MÁ-FÉ E DESLEALDADE PROCESSUAL POR PARTE DA EXECUTADA, REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS À AUTORIZAÇÃO DE TÃO DRÁSTICA MEDIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Não se pode, em tese, afastar a hipótese de dissolução irregular da empresa como causa para a desconsideração da sua personalidade jurídica. Contudo, é de rigor que o conjunto probatório seja suficientemente robusto para autorizar tal providência, à vista de sua drasticidade, circunstância não positivada no caso destes autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.053914-8, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara), em que é agravante Bayer S.A. e agravado Cimenorte Artefatos de Cimento Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Bayer S.A. (representada pelo advogado Paulo Eduardo Barcellos) contra decisão proferida pelo juiz Edenildo da Silva, que em ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, indeferiu pedido de desconsideração da personalidade jurídica de Cimenorte Artefatos de Cimento Ltda. (fls. 92-93).

Sustenta a agravante, em epítome, que após várias tentativas visando a identificar bens passíveis de penhora, todas inexitosas, requereu a desconsideração da personalidade jurídica da demandada, com o escopo de redirecionar a execução sobre sócio que dispusesse de bens capazes de satisfazer o crédito e, para justificar tal pretensão, ponderou ter sido a empresa irregularmente dissolvida (fls. 2-10).

Em decisão monocrática o Des. Jaime Luiz Vicari negou seguimento ao recurso, ante a ausência da certidão de intimação da decisão agravada, requisito incontornável para a admissibilidade do agravo, consoante o art. 525, I, do Código de Processo Civil (fls. 100-102).

Inconformada, Bayer S.A. manejou agravo interno, na forma do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, requerendo a reforma da decisão monocrática, sob o fundamento de que a certidão de publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico – DJE substitui a certidão de intimação (fls. 105-108).

O Des. Domingos Paludo exerceu, então, o juízo de retratação, reconsiderando a decisão de fls. 100-102 para admitir o agravo, negando, no entanto, a antecipação da tutela recursal (fls. 133-135).

Não tendo sido possível proceder à intimação da parte agravada (fl. 140), os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

Em regra, os sócios não respondem pelas obrigações da empresa, mercê da personalização distinta deles. Contudo, é crescente o debate em torno da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, com o fito de alcançar o patrimônio dos sócios.

A doutrina em torno da matéria revela a existência de duas teorias: a *Teoria Maior da Desconsideração* e a *Teoria Menor da Desconsideração*, conforme o escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

> Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a *maior*, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a *menor*, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial (*Curso de direito comercial* – direito de empresa – sociedades. 11. ed. Saraiva, 2008. v. 2, p. 36).

Prevalece, no entanto, o entendimento de que, para viabilizar a desconsideração, é necessário ter havido a prática de irregularidade por parte dos sócios, consoante obtempera Maria Helena Diniz:

> subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada, provisoriamente, para dado caso concreto, estendendo a responsabilidade negocial aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica [...]. Portanto, "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido (Enunciado n. 7, aprovado na *Jornada de direito civil*, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *Código civil anotado*. Saraiva, 12. ed. 2006. p. 86).

A pretensão do credor reclama, portanto, a inequívoca demonstração de conduta abusiva, fraudulenta ou irregular do sócio, tendente a prejudicá-lo, motivo pelo qual a agravante invoca, neste sentido, a dissolução irregular da sociedade, que estaria comprovada pelo fato de não

mais localizar-se no endereço lançado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (fl. 5).

Não se pode, em tese, afastar a hipótese de dissolução irregular da empresa como causa para a desconsideração de sua personalidade jurídica. Contudo, é de rigor que o conjunto probatório seja suficientemente robusto para justificar tal providência, dada sua drasticidade, circunstância não configurada no caso vertente.

É que a alteração de endereço da empresa não confere certeza de prática fraudulenta ou abusiva dos sócios com o fim de lesar seus credores.

Esta Corte bem apreciou a matéria, tendo assim decidido:

> II — A simples cessação das atividades de determinada empresa comercial, ainda que ausentes bens de sua propriedade a garantir eventual execução, é insuficiente para gerar a desconstituição da personalidade jurídica, vinculando bens particulares de sócio. Sendo essa despersonalização medida excepcional, exige ela a existência de prova cabal da atuação fraudulenta ou abusiva dos sócios.[...] (AI n. 2004.024216-6, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18-11-04).
>
> E, em outro julgado, assentou:
>
> Contudo, mencionada desconsideração só seria juridicamente admissível quando, por meio do conjunto probatório, for possível denotar-se a presença de elementos que levem à conclusão de terem os sócios agido com intenção dolosa, infringindo preceitos legais, ou se ficar comprovada a extinção irregular da sociedade (não demonstrada pela certidão de fl. 39, pela qual o Oficial de Justiça atesta que deixou de efetuar a penhora porque se encontra desativada a empresa) [...]
>
> Na espécie, não se pode considerar ter havido confusão patrimonial, ou mesmo a extinção irregular da empresa, tão somente com base na certidão do Oficial de Justiça que atesta a sua inatividade, uma vez que, em que pese entendimento contrário, o teor do documento, por si só, não conduz, necessariamente, àqueles pressupostos (AI 2006.046386-0, de Blumenau, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 17-5-07).

Tem-se, pois, que a medida extrema da desconsideração da personalidade jurídica requer adequado endosso probatório, ademais do que há

quem sustente seu descabimento na via estreita do procedimento executivo, como o já invocado Fábio Ulhoa Coelho, ao assinalar:

> Note-se que a teoria maior torna impossível a desconsideração operada por simples despacho judicial no processo de execução de sentença. [...]
>
> A desconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado (*Curso de direito comercial* – direito de empresa – sociedades. 11. ed. Saraiva, 2008. v. 2, p. 56).

Inexistindo, portanto, elementos probatórios suficientes para autorizar a medida extrema da desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, que, por sua natureza, requer comprovação inequívoca da conduta dolosa dos sócios, indemonstrada nestes autos, não pode prosperar a pretensão recursal, ainda que o credor venha buscando o que entende ser-lhe devido ao longo de 6 (seis) anos, como por ele relatado.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 16 de setembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 17 de setembro de 2008.

João Henrique Blasi

RELATOR

Agravo de Instrumento n. 2008.027974-0, de Joinville

Relator: Des. João Henrique Blasi

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PROTESTO DE TÍTULO LASTREADO EM FOTOCÓPIA DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIA AUTENTICADA: INEFICÁCIA. TÍTULO CIRCULÁVEL POR ENDOSSO, A TEOR DO § 1º DO ART. 29 DA LEI N. 10.931/2004. INDISPENSABILIDADE DA JUNTADA DO ORIGINAL. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA "CARTULARIDADE". DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> A juntada aos autos do título creditício original é providência indispensável, em razão do princípio da cartularidade, haja vista a possibilidade de sua circulação, mercê de endosso (art. 29, § 1º, da Lei n. 10.931/2004), sendo, pois, insuficiente sua apresentação por cópia fotostática.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.027974-0, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é agravante BV Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento e agravada Mônica Farias:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas *ex lege*.

RELATÓRIO

BV Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento, por sua advogada Camila Murara, interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida pelo juiz Yhon Tostes que, nos autos de ação de busca e apreensão aforada em face de Mônica Farias, determinou a emenda da

inicial, em um decêndio, para a juntada do título original devidamente protestado (fl. 32).

Sustenta a agravante, em síntese, que a cédula apresentada está cônsona com as normas de regência, tendo sido protestada por cartório competente, não havendo, pois, motivo para o indeferimento da liminar vindicada.

Pelo despacho de fls. 38-39 o Des. Domingos Paludo indeferiu o efeito suspensivo almejado.

A intimação da parte agravada restou frustrada (fls. 43-44).

Vieram-me, então, os autos.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se a agravante contra a decisão interlocutória de fl. 32, que determinou a emenda da inicial, em um decêndio, para que fosse carreado aos autos o título creditício original devidamente protestado.

O art. 284 do CPC, a propósito, preceitua:

> Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos no art. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Destarte, o magistrado *a quo*, convicto da imprescindibilidade da juntada aos autos da cédula de crédito original, devidamente protestada, concedeu o prazo de estilo para que tal omissão fosse sanada.

Sobre o tema, assim preleciona Humberto Theodoro Júnior:

> Quando a petição inicial apresentar-se com lacunas, imperfeições ou omissões, mas esses vícios forem sanáveis, o juiz não a indeferirá

> de plano. Determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias (art. 284). Só se o autor não cumprir a diligência no prazo que lhe foi assinado, é que o juiz, então, indeferirá a inicial. (art. 284, parágrafo único). Entende-se por petição inicial defeituosa e carente de saneamento a que não preenche os requisitos exigidos pelo art. 282, a que não se faz acompanhar dos documentos indispensáveis à propositura da ação ou a que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito (art. 284) (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 390).

Ao que se vê, a faculdade, conferida ao juiz, de determinar o emendamento ou a complementação da exordial, tanto pode arrimar-se em defeito da própria peça, quanto na deficiente instrução documental.

No caso, a hipótese ocorrente foi a segunda (ausência de documento que devia estar acostado à inicial), tendo, pois, o julgador agido nos precisos termos da prerrogativa que lhe é processualmente assegurada.

E, efetivamente, é de reconhecer-se a indispensabilidade da juntada aos autos do original da cédula de crédito bancário devidamente protestada, já que se trata de título passível de circulação através de endosso, consoante dispõe o art. 29, § 1º, da Lei n. 10.931/04.

> Art. 29. A Cédula de Crédito Bancário deve conter os seguintes requisitos essenciais:
>
> [...]
>
> § 1º. A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas de direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

Até porque, como título cambial que é, a cédula de crédito bancário traz imanente a característica da "cartularidade".

A respeito, preleciona Fábio Ulhoa Coelho:

> Título de crédito é o documento *necessário* para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. Desse adjetivo do conceito se pode extrair a referência ao princípio da cartularidade, segundo o qual o exercício dos direitos representados por um título de crédito pressupõe a sua posse. Somente quem exibe a cártula (isto é, o *papel* em que se lançaram os atos cambiários constitutivos de crédito) pode pretender a satisfação de uma pretensão relativamente ao direito documentado pelo título. Quem não se encontra com o título em sua posse, não se presume credor. Um exemplo concreto de observância desse princípio é a exigência do original do título de crédito na instrução da petição inicial de execução. Não basta a apresentação de cópia autêntica do título, porque o crédito pode ter sido transferido a outra pessoa e apenas o possuidor do documento será legítimo titular do direito creditício. (grifado) — (*Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 374).

Da jurisprudência, colhe-se:

> APELAÇÃO CÍVEL - BUSCA E APREENSÃO - CARÊNCIA DA AÇÃO - CÓPIA AUTENTICADA DO CONTRATO - POSSIBILIDADE - PRELIMINAR AFASTADA.
>
> Os contratos bancários não são endossáveis e, por isso, não possuem circulação. Assim, é válida e eficaz a instrução do processo com base em cópia autenticada do contrato. Isto porque somente se exige a juntada do documento original quando se trata de títulos de crédito, por serem circuláveis. (AC n. 2003.018712-0, de Braço do Norte. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 7-4-2005).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução. Contrato de financiamento bancário. Cópia autenticada. Título não circulável. Validade. Determinação, entretanto, da apresentação do original, pena de extinção. Insustentabilidade da medida.
>
> Os contratos de financiamentos bancários, ainda que executáveis, não são, de regra, passíveis de circulação e nem transferíveis via endosso. Destarte, a instrução do processo de execução é válida e eficaz quando feita através xerocópia autenticada do contrato. Apenas em se tratando de títulos de crédito, modalidade de documentos executivos negociáveis por natureza e essencialmente circuláveis, por simples endosso ou tradição, é que os respectivos originais constituem-se em elemento essencial à possibilidade ju-

> rídica da execução." — (AI n. 2003.009901-8, de Blumenau. Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 25-9-2003).

E, versando a mesma hipótese fática dos autos (isto é, ação tendo por base cédula de crédito bancário), faz-se invocável a seguinte decisão:

> BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EMENDA À INICIAL DETERMINADA. [...] INÉRCIA DA AUTORA. EXTINÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA.
>
> Tratando-se de títulos circuláveis por endosso, como são a cédula de crédito bancário (Lei n. 10.931, art. 29, § 1º) e a nota promissória, para autorizar a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, esses títulos, além de protestados, devem vir a juízo em seus respectivos originais. Vindo os títulos aos autos em fotocópias e não estando eles protestados, não atendida, pela instituição financeira credora, a determinação judicial para completar a inicial, trazendo-os em seus originais e com a comprovação do protesto, não tendo ela agravado de instrumento dessa determinação, limitando-se a requerer-lhe a reconsideração, subsistente é a sentença que decreta a extinção do processo. — (AC n. 2007.042322-3, de Joinville. Relator: Des. Trindade dos Santos, j. em 23-10-2007).

Assim, a juntada aos autos do título creditício é providência indispensável, à vista da possibilidade de sua circulação, mercê de endosso, sendo, pois, insuficiente sua apresentação por cópia fotostática, razão por que é de ser mantida a decisão agravada.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado em 29 de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 30 de julho de 2008.

João Henrique Blasi

RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.015387-9, de São Carlos

Relator: Des. Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. ALTERAÇÃO DE ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANOS BRESSER, VERÃO E COLLOR. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA RECURSAL.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. PROPOSITURA DA AÇÃO SEM A JUNTADA DE QUALQUER PROVA DOS FATOS ALEGADOS NO PÓRTICO INAUGURAL. FORMULAÇÃO DE PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MAGISTRADO A RESPEITO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NA CONTESTAÇÃO NÃO SE NEGA A EXIBIR OS DOCUMENTOS, REQUERENDO APENAS A CONCESSÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA FAZÊ-LO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SEM A MANIFESTAÇÃO DO ESTADO-JUIZ ACERCA DOS PLEITOS, UTILIZANDO COMO FUNDAMENTO TÃO SOMENTE AS INFORMAÇÕES CONTIDAS NA PEÇA DEFLAGRATÓRIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA DELINEADO. SENTENÇA CASSADA. PREFACIAL ACOLHIDA. DETERMINAÇÃO DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, COM INTIMAÇÃO DO BANCO PARA APRESENTAR NO PRAZO DE NOVENTA DIAS OS DOCUMENTOS REFERENTES ÀS CONTAS POUPANÇA INDICADAS PELOS AUTORES DOS MESES DE JUNHO/JULHO DE 1987, JANEIRO/FEVEREIRO DE 1989, MARÇO/MAIO DE 1990 E FEVEREIRO DE 1991.

> "PROCESSO CIVIL – RESCISÃO CONTRATUAL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – APELAÇÃO QUE INVERTE A SENTENÇA POR FALTA DE PROVA PELA RÉ – CONTRADIÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – REABERTURA DA FASE COGNITIVA – PROVIMENTO.
>
> 1 — Consoante entendimento desta Corte, ocorre cerceamento de defesa quando, proferido julgamento antecipado da lide, admite-se que não há prova do alegado pela ré.
>
> 2 — Recurso especial conhecido e provido para cassar a decisão que julgou antecipadamente a lide, oportunizando a produção de provas, reabrindo-se, assim, a instrução processual" (REsp. n. 898.123/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 13-2-2007).
>
> ANÁLISE DAS DEMAIS PREFACIAIS E DO MÉRITO RECURSAL PREJUDICADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.015387-9, da Vara Única da comarca de São Carlos, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, e apelados Maria Jacinta Dick e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, acolher a preliminar para anular a sentença, restando prejudicada a análise das demais prefaciais e do mérito recursal. Custas legais.

RELATÓRIO

Maria Jacinta Dick e Hugo Ignacio Dick propuseram ação de cobrança – Autos n. 059.07.000691-0 – em face de Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, visando a condenação do requerido ao pagamento das diferenças entre o que foi creditado e o que deveria ter sido aditado à época das respectivas contas, referente à atualização monetária nos meses de junho/julho de 1987, janeiro/fevereiro de 1989, deduzindo-se o percentual

já lançado, com a devida atualização monetária, sem o expurgo dos índices de correção monetária para os meses de abril e maio de 1990, acrescidos de juros remuneratórios de 0,5% ao mês desde a data em que deveriam ser repassados aos autores, adicionado de juros de mora a contar da citação, requerendo ainda a concessão de liminar de exibição dos documentos pela Instituição Financeira (fls. 2-11).

Determinada a emenda da inicial para juntada da guia de recolhimento das custas iniciais, sob pena de indeferimento (fl. 18).

Concedida a assistência judiciária gratuita, "desde que o valor a ser auferido ao final da ação seja inferior a R$ 1.000,00 (mil reais)" (fl. 21).

Citada (fl. 24v.), a Instituição Financeira apresentou contestação (fls. 28-40), seguida pela impugnação à resposta (fls. 46-48).

Conclusos os autos, o Magistrado *a quo* (fls. 49-54) julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o réu a pagar aos autores a importância resultante da aplicação dos reajustes nos percentuais de 26,06% (junho/87), 42,72% (janeiro/89), 84,32%, 44,80% e 7,87% (março a maio/90) e 21,87% (fevereiro/91), deduzindo-se os valores já creditados, com correção monetária desde então, além do acréscimo de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, capitalizados, e juros legais de mora contados da citação. Condenou o requerido no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Irresignado, apelou o réu (fls. 59-74) arguindo, preliminarmente: a) a nulidade da sentença por afronta ao princípio do devido processo legal, uma vez que inexiste nos autos qualquer comprovação de que os apelados efetivamente possuíam contas poupança nos períodos aduzidos, muito menos de que estas continham saldo a ser corrigido, ou ainda que o direito relativo à data do aniversário das mesmas lhes davam direito às correções pleiteadas, tendo o Magistrado proferido sentença condenatória de forma

hipotética; b) a ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que a insatisfação da recorrida decorre das seguidas alterações das regras de correção de saldo de caderneta de poupança fundamentadas na Resolução n. 1.338/1987 do Banco Central do Brasil e Lei n. 7.730/1989, não tendo o apelante contribuído para a modificação das disposições contratuais. No mérito sustenta, em síntese, que: a) quanto ao Plano Bresser o percentual reclamado diante da aplicação da Resolução n. 1.338/1987 não pode prevalecer pelo simples fato de o sistema de poupança estar sujeito ao regramento fixado pelo próprio Banco Central; b) os contratos de poupança, no que tange aos rendimentos, regem-se pela legislação vigente no momento da efetiva realização dos créditos; c) no que diz respeito ao Plano Verão, a Medida Provisória n. 32/1989 transformada na Lei n. 7.730/1989, cuja vigência iniciou em 16-1-1989, é aplicável já nos rendimentos a serem creditados no mês de fevereiro daquele ano; d) no que concerne ao Plano Collor, ocorreu a correção integral, o que se pode concluir pela simples divisão da correção creditada na conta pelo saldo existente no mês anterior; e) inocorreu qualquer ofensa ao direito adquirido dos apelados, uma vez que o poupador, até a data da concretização do crédito, possui apenas mera expectativa de direito; f) a atualização monetária deve ser feita pelo índice referente à poupança, já que o capital estaria sujeito a esse percentual se continuasse aplicado; g) a verba honorária deve ser minorada para o patamar de 10%. Requereu a anulação da sentença ou, alternativamente, a sua reforma para julgar-se improcedente o pedido formulado na inicial, condenando-se os apelados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Vertidas as contrarrazões (fls. 79-83), subiram os autos a este grau de jurisdição.

Recebido o apelo em ambos os efeitos (fl. 84).

É o necessário escorço.

VOTO

Havendo arguição de preliminar de eiva da apresentação da tutela jurisdicional, será ela enfocada primeiramente.

Argui o apelante que a sentença seria nula, por afronta ao princípio do devido processo legal, uma vez que inexiste nos autos qualquer comprovação de que os apelados efetivamente possuíam contas poupança nos períodos aduzidos, muito menos de que estas continham saldo a ser corrigido, ou ainda que o direito relativo à data do aniversário das mesmas lhes davam direito às correções pleiteadas, tendo o Magistrado proferido sentença condenatória de forma hipotética.

A prefacial deve ser acolhida.

Estabelece o art. 283 do Código de Processo Civil que "a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação".

Ocorre que nas hipóteses como a do caso concreto, em que a demanda envolve relação de consumo – prestação de serviço pela Casa Bancária – e que, portanto, impõe a incidência do Código de Defesa do Consumidor, estando as discussões a respeito do tema inclusive ultrapassadas em face da edição da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, plenamente possível a inversão do ônus da prova, desde que preenchidos os requisitos insculpidos no art. 6º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/1990.

Nesta alheta já proclamou este Sodalício, senão confira-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIFERENÇA ENTRE ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICADOS NOS PERÍODOS DOS PLANOS "BRESSER" E "VERÃO". ASSOCIAÇÃO CIVIL. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. HIPOSSUFICIÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

> 1. Matéria ainda não apreciada pelo juízo de primeiro grau não pode ser alvo de discussão pelo órgão *ad quem*.
>
> 2. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça).
>
> 3. "A hipossuficiência que gera a inversão do ônus probatório nas relações de consumo não é a meramente econômica, mas sim a de acesso às informações e à técnica necessária para produção da prova" (AI n. 2001.025363-1, de Itajaí, rel. Des. Torres Marques, j. em j. 20-8-2002).
>
> 4. Constatada a hipossuficiência de uma das partes, é permitido ao Magistrado proceder à inversão do ônus da prova, consoante prevê o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (Agravo de Instrumento n. 2007.009590-7, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 30-8-2007).

Enfatize-se, ainda, não afastar a aplicação das normas consumeristas a circunstância de os fatos dizerem respeito a acontecimento anterior à vigência do Código de Defesa do Consumidor, porquanto trata-se de norma de ordem pública, conforme expressamente previsto em seu art. 1º.

Aliás, acerca do assunto já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. "PLANO VERÃO". LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.
>
> — Segundo assentou a Segunda Seção do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e os seus clientes (REsp. n. 173.188/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 6-5-2003).
>
> Na mesma trilha caminha esta Corte Estadual:
>
> CADERNETA DE POUPANÇA – PLANOS ECONÔMICOS – RELAÇÃO DE CONSUMO – APLICABILIDADE DO

> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NORMA DE ORDEM PÚBLICA.
>
> [...] É pacífico o entendimento acerca da aplicabilidade do CDC aos contratos de depósito de caderneta de poupança, cuja circunstância de ter sido editado após o período questionado na presente demanda não obsta a sua aplicação, uma vez que se trata de norma de ordem pública (Ap. Cív. n. 2007.008516-4, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 17-9-2007).

In casu, os autores não trouxeram qualquer documento acompanhando a inicial, mas pleitearam a determinação para que o Banco exibisse os extratos bancários dos meses relacionados aos direitos alegados, inexistindo manifestação do Togado de origem a respeito.

Em sede de contestação, a Instituição Financeira não se negou a apresentá-los, requerendo apenas a concessão de prazo razoável (noventa dias) para a exibição, tendo mais uma vez o Magistrado se mantido silente e, com base tão somente nas afirmações feitas pelos recorridos no pórtico inaugural, julgou antecipadamente a lide, considerando existentes os direitos pleiteados e condenando o irresignado a pagar os valores referentes às diferenças dos reajustes dos percentuais relativos aos Planos Bresser, Verão e Collor.

Ora, impossível aquilatar sem a presença dos extratos bancários a real existência das contas poupança, bem como de saldo positivo e data de aniversário das mesmas, verificações indispensáveis à procedência do pedido inicial, não sendo possível presumir como verdadeiros os fatos ventilados na exordial, já que inocorrentes as hipóteses ventiladas no art. 359 do Código Buzaid.

Assim, o julgamento antecipado da lide na forma como ocorreu no caso concreto afronta o princípio do devido processo legal e delineia cerceamento de defesa, impondo a anulação da sentença.

Esposando mesmo entendimento colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL – RESCISÃO CONTRATUAL – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – APELAÇÃO QUE INVERTE A SENTENÇA POR FALTA DE PROVA PELA RÉ – CONTRADIÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – OCORRÊNCIA – NULIDADE DA SENTENÇA – REABERTURA DA FASE COGNITIVA – PROVIMENTO.
>
> 1 — Consoante entendimento desta Corte, ocorre cerceamento de defesa quando, proferido julgamento antecipado da lide, admite-se que não há prova do alegado pela ré.
>
> 2 — Recurso especial conhecido e provido para cassar a decisão que julgou antecipadamente a lide, oportunizando a produção de provas, reabrindo-se, assim, a instrução processual" (REsp. n. 898123/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 13-2-2007).

E ainda, *mutatis mutandis*:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO.
>
> 1. "Caracteriza-se o cerceamento de defesa quando a parte pugna pela produção de prova necessária ao deslinde da controvérsia, mas o julgador antecipa o julgamento da lide e julga improcedente um dos pedidos da inicial, ao fundamento de ausência de comprovação dos fatos alegados" (REsp. n. 184.472/SP, rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, DJ 2-2-2004).
>
> 2. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp. n. 646.648/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 16-8-2007).

Também:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE NÃO CERCEA-

> MENTO DE DEFESA DECORRENTE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Evidencia-se o cerceamento, autorizador da nulidade do processo, quando proferido julgamento antecipado que despreza a produção de provas relevante a solução do processo.
>
> 2. Se o pleito do autor depende da prova, esta não lhe pode ser negada, nem reduzido o âmbito de seu pedido com um julgamento antecipado, sob pena de configurar-se uma situação autêntica de denegação de justiça.
>
> 3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 888.574/PR, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-10-2007).

E deste Areópago Estadual, *mutatis mutandis*:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA NA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. EVIDENTE PREJUÍZO À AUTORA. INSTRUÇÃO NECESSÁRIA PARA MELHOR AFERIR A DATA DA EFETIVA ENTREGA DO IMÓVEL, BEM COMO SUAS CONDIÇÕES NESTE MOMENTO. PERTINÊNCIA E RELEVÂNCIA DAS PROVAS RECLAMADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO.
>
> "É nulo o julgamento antecipado quando a causa exige instrução para aferição de aspectos relevantes. A composição do litígio deve esgotar os meios probatórios que se fizerem necessários ao alcance da verdade" (AC n. 1997.008205-3, Des. Orli Rodrigues).
>
> Se compete ao autor comprovar de forma satisfatória os fatos constitutivos de seu direito, protrair essa faculdade inexoravelmente configura afronta às garantias previstas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal (Ap. Cív. n. 2005.027533-4, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 13-11-2007).

Destarte, pelas razões acima esmiuçadas, outra alternativa não resta senão acolher a preliminar para anular a sentença e determinar a reabertura

da instrução probatória, devendo o Banco ser intimado para, no prazo de 90 (noventa) dias, exibir a documentação relativa às contas poupanças elencadas pelos autores à fl. 16, quanto aos meses de junho de 1987, janeiro de 1989, março a maio de 1990 e fevereiro de 1991, restando, por obviedade, prejudicadas as demais matérias agitadas no inconformismo.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, acolhe-se a preliminar para anular a sentença, determinando-se a reabertura da instrução probatória, com a intimação do réu para, no prazo de 90 (noventa) dias, exibir os extratos bancários das contas relacionadas pelos autores à fl. 16 dos meses de junho de 1987, janeiro de 1989, março a maio de 1990 e fevereiro de 1991, restando prejudicada a análise das demais prefaciais e do mérito recursal.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 20 de maio de 2008.

Carstens Köhler

PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.033374-5, de São José

Relator: Des. Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DO PÓRTICO INAUGURAL PARA COMPROVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM MORA. PROVIDÊNCIA NÃO CUMPRIDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM ESMIUÇAMENTO DO MÉRITO COM FULCRO NO ART. 267, INCISO VI, DO CÓDIGO BUZAID. INSURGÊNCIA RECURSAL.

TENTATIVA INEXITOSA DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL POR MEIO DO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. ENCAMINHAMENTO DO TÍTULO A PROTESTO EM OFÍCIO SEDIADO FORA DOS LIMITES GEOGRÁFICOS DO MUNICÍPIO ONDE RESIDE O INADIMPLENTE. DEVER DE TENTATIVA, TAMBÉM NO ATO NOTARIAL, DE CIENTIFICAÇÃO PESSOAL DO RÉU ANTES DE PROCEDER-SE À INTIMAÇÃO FICTA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE ESTADUAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA A LAVRATURA DO PROTESTO EM CIRCUNSCRIÇÃO DISTINTA DA DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DOS ARTS. 8º E 9º, AMBOS DA LEI N. 8.935/1994. INVALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO. MORA NÃO COMPROVADA. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA.

"É pressuposto indeclinável à possibilidade jurídica das ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente a comprovação da mora do devedor que há de resultar de carta registrada enviada através do Cartório de Títulos e Documentos ou de instrumento de protesto, nos termos do DL n. 911/1969"

(Agravo de Instrumento n. 2007.002888-9, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 23-8-2007).

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.033374-5, da 1ª Vara Cível da comarca de São José, em que é apelante Banco Finasa S.A., e apelado José Carlos Morales:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco Finasa S.A. propôs ação de busca e apreensão — Autos n. 064.07.017175-4 – em face de José Carlos Morales, visando à concessão de mandado de busca e apreensão do veículo GM Chevrolet Omega CD, ano e modelo 1995, placa KFM 5059, chassi n. 9BGVR19LSSB214306, sob o argumento de que o requerido não teria adimplido a obrigação resultante do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária celebrado entre as partes.

Afirma que em 15-1-2007 concedeu ao réu um crédito de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), que acrescido dos encargos pactuados alcançou R$ 24.787,08 (vinte e quatro mil setecentos e oitenta e sete reais e oito centavos), pagável em trinta e seis parcelas de R$ 688,53 (seiscentos e oitenta e oito reais e cinquenta e três centavos), das quais nenhuma teria sido honrada.

Conclusos os autos, a Togada *a quo* (fls. 17-18) determinou a emenda da exordial para que o autor comprovasse "a notificação inerente à constituição em mora do Réu, sob pena de indeferimento da inicial, por tratar-se de pressuposto de constituição válida e regular do processo".

O requerente manifestou-se pugnando pela reconsideração da decisão, argumentando que o protesto do título, por si só, já comprova a mora, sendo desnecessária a notificação extrajudicial do devedor, bem como que o protesto por edital do título emitido em garantia do contrato seria válido (fls. 22-26).

Foram os autos novamente conclusos, tendo a Magistrada de origem (fls. 27-28) julgado extinto o processo sem resolução do mérito, sob o argumento de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, em face da ausência de notificação válida, com fulcro no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Irresignado, apelou o autor (fls. 32-42) aduzindo, em síntese, que: a) foram cumpridos todos os requisitos exigidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969 no que tange ao deferimento da liminar de busca e apreensão; b) é inadmissível que o credor seja compelido a cientificar pessoalmente o devedor acerca do descumprimento das obrigações contratuais, informando-lhe que se encontra em vias de ter o seu bem apreendido, para que somente então se efetue o pagamento do compromisso legalmente assumido; c) foi tentada a notificação pessoal e, somente depois desta restar inexitosa é que se procedeu ao encaminhamento do título a protesto; d) o protesto foi lavrado em conformidade com o que dispõem os arts. 1º, 3º e 15, todos da Lei n. 9.492/1997; e) a exigência de prévia notificação do devedor reflete formalismo exagerado, eis que ele não será prejudicado, haja vista a possibilidade de contestar os pedidos deduzidos na ação de busca e apreensão; f) o contrato previu claramente as datas para o cumprimento das obrigações, tornando desnecessária a notificação do apelado, porquanto estava ciente de seu inadimplemento; g) o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 fornece ao credor a possibilidade tanto de realizar a notificação prévia quanto de efetuar diretamente o protesto. Prequestionou a matéria, requerendo a cassação da sentença, para que seja determinado o regular prosseguimento do feito.

Subiram os autos a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

O caso concreto diz respeito a contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária firmado entre o autor Banco Finasa S.A., e o réu José Carlos Morales, para a aquisição de um automóvel, pagável em 36 (trinta e seis) parcelas.

Em face do inadimplemento por parte do requerido, ingressou o irresignado com ação de busca e apreensão, que foi extinta sem resolução do mérito, sob o argumento de que não teria restado comprovada a constituição em mora.

A sentença deve ser mantida.

Extrai-se do *decisum* que o motivo da extinção do feito seria o fato de o devedor, embora com endereço certo, ter sido notificado por edital através de ofício extrajudicial sediado em local diverso do seu domicílio.

De início cumpre assinalar não prevalecer o argumento do apelante de que a mora decorreria do próprio contrato de financiamento garantido com alienação fiduciária.

Isso porque é pacífico o entendimento de que a constituição em mora não é presumida, devendo ser demonstrada pelo autor, tendo a respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula 72, que reza: "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente".

De outra banda, estabelece o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei 911/1969 que "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de

Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor".

Acerca da interpretação conferida ao dispositivo legal supratranscrito, a jurisprudência tanto desta Corte Estadual como do Superior Tribunal de Justiça entende que se faz necessária para a prova da constituição em mora, a notificação do devedor por meio do Cartório de Títulos e Documentos, ou, na hipótese desta restar inexitosa, o protesto do título.

Neste diapasão colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA. O credor pode caracterizar a mora do devedor pelo simples protesto do título, mas deve comprovar que do respectivo aponte o devedor foi intimado por meio de notificação pessoal ou de comunicação destinada ao seu endereço. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 673260/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 17-10-2006).

E deste Tribunal de Justiça:

> É pressuposto indeclinável à possibilidade jurídica das ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente a comprovação da mora do devedor que há de resultar de carta registrada enviada através do Cartório de Títulos e Documentos ou de instrumento de protesto, nos termos do DL n. 911/1969." (Agravo de Instrumento n. 2007.002888-9, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 23-8-2007).

Enfatize-se, por outro lado, que há o dever de exaurimento dos meios de tentativa de notificação pessoal do devedor para então, apenas no caso de comprovadamente terem eles restado inexitosos, realizar-se a intimação pela via editalícia.

Nesta alheta, *mutatis mutandis*:

> PROCESSO CIVIL — MEDIDA CAUTELAR — INDEFERIMENTO — AGRAVO REGIMENTAL — AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO — ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA — CONSTITUIÇÃO EM MORA — CITAÇÃO POR EDITAL — SITUAÇÃO FÁTICA QUE NÃO JUSTIFICA ESSE MEIO — DESPROVIMENTO.

> 1 — Não obstante ser possível a comprovação da mora por meio do protesto do título, efetivado por edital, *in casu*, observa-se que o credor não esgotou todos os meios necessários para se efetivar a citação pessoal do devedor, através de mandado, razão pela qual são afastados os pressupostos justificadores da notificação pela via editalícia.
>
> 2 — Não logrando a parte agravante trazer argumentos hábeis a ensejar a modificação da decisão impugnada, fica ela mantida por seus fundamentos.
>
> 3 — Agravo regimental desprovido (AgRg na MC n. 10556/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 12-12-2005).

Este Pretório caminha em idêntico norte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PROTESTO DE NOTA PROMISSÓRIA DADA EM GARANTIA DA DÍVIDA – NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ANTERIOR TENTATIVA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR – OFENSA AO ART. 15 DA LEI N. 9.492/1997 – MORA NÃO COMPROVADA – EXTINÇÃO DO PROCESSO (ART. 267, DO CPC) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.
>
> Em conformidade da Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização da mora autorizadora da deflagração de busca e apreensão decorrente de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária é imprescindível prévia notificação pessoal do devedor, mediante comunicação via postal expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos, com demonstração de seu recebimento pelo mutuário, só se legitimando a via editalícia, a se efetivar por Tabelião competente, quando devidamente demonstrado ter sido aquela inexitosa. Sem isso, a mora não resta comprovada, conforme a exegese do art. 15 da Lei n. 9.492/1997" (Ap. Cív. n. 2007.005032-9, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 26-7-2007).

E, quanto à notificação do devedor, cumpre assinalar que o entendimento até então esposado por esta relatoria era o de que a regra do art. 728 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de

Santa Catarina não era aplicável às Serventias situadas em outras Unidades Federativas, uma vez que a CGJSC não tem atribuição para disciplinar a organização ou limitar a atuação do serviço notarial e registral de outros Estados e, por outro lado, a Lei n. 8.935/1994, que rege a matéria, não imporia qualquer limite geográfico à atuação dos oficiais registrais e notariais, o que tornaria legítima a realização de notificação extrajudicial por outros Estados.

Esse posicionamento, entretanto, deve ser revisto, em face do direcionamento dado à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, de que há referida limitação na Lei n. 8.935/1994, em razão da interpretação sistemática a ser conferida aos arts. 8º e 9º do mencionado Diploma Legal, *in verbis*:

> Art. 8º. É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.
>
> Art. 9º. O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.

Assim proclamou o Superior Tribunal de Justiça: "Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei n. 8.935/1994. 1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora. 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 682.399/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 7-5-2007).

Em idêntica toada decidiu recentemente esta Corte Estadual:

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO CONSIDERADA DEFICITÁRIA. EXTINÇÃO. PROTESTO DO TÍTULO. VALIDADE, EM TESE, DO ATO PARA A CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. PROTESTO LAVRADO, ENTRETANTO, POR CARTÓRIO DE CIRCUNSCRIÇÃO DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO ALIENANTE. INEFICÁCIA. SOLUÇÃO EXTINTIVA CONFIRMADA POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECLAMO RECURSAL DESPROVIDO.

> Não é eficaz, como meio comprobatório da mora do alienante fiduciário, para efeitos de ação de busca e apreensão, o protesto extraído por cartório situado em comarca diversa da de domicílio do devedor (Ap. Cív. n. 2007.037918-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 23-10-2007).

E do corpo do v. acórdão se extrai:

> Esclarecido isso, deve ser mantida a sentença, muito embora, por razões diversas daquelas explanadas pelo MM. Juiz *a quo*.
>
> Isso porque, para concessão de liminar de busca e apreensão é necessária a comprovação dos requisitos para propositura da ação, o que de fato não ocorreu nos presentes autos, pois o protesto foi realizado por cartório de circunscrição diversa da de residência do devedor, fato que invalida o ato, faltando documento indispensável a constituição do devedor em mora.
>
> Afirma-se, não existe a possibilidade de ser protestado o título por cartório não situado na mesma comarca da do devedor, conforme novo entendimento do STJ, veja-se:
>
> Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei n. 8.935/1994.
>
> 1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora.
>
> 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n 682.399, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 7-5-2007).
>
> No corpo do acórdão, o Excelentíssimo Ministro relator fundamenta sua decisão, ressaltando:
>
> Creio que a recorrente tem razão. A notificação foi feita por cartório de outra comarca. O disposto na lei de regência é no sentido de que o tabelião não pode praticar atos fora do município para o qual recebeu delegação. Se pratica, seu ato não tem validade.
>
> Isso porque, deve-se interpretar o disposto nos artigos 8º e 9º da Lei 8.935/1994 conjuntamente.
>
> É a redação dos citados artigos:

> Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.
>
> Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.
>
> Assim, outra não é a melhor solução, senão se concluir que a faculdade dada ao credor à escolha do cartório que realizará o protesto do título, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.935/1994, não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo art. 9º deste mesmo dispositivo, haja vista necessária interpretação sistemática desses dispositivos, sem a qual acarretaria numa inaplicabilidade da lei, por se tornar ela ambígua em seus próprios fundamentos, o que, de fato, inexiste.
>
> Nesse norte, a livre escolha ao qual se refere o artigo 8º, diz respeito a cartório situado naquela comarca, conforme art. 9º, pois, somente assim, existe a ligação e coerência entre ambos os dispositivos da lei supracitada.
>
> Logo, frustrada a notificação e inexistente o protesto, por ser inválido aquele juntado aos autos à folha 12, ausente resta a ação de busca e apreensão de documento indispensável a sua propositura, fato que nos leva, invariavelmente, a manter a extinção do feito, pelos fundamentos acima expostos.

Ainda acerca da necessidade de notificação pessoal do devedor mesmo no protesto, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA. O credor pode caracterizar a mora do devedor pelo simples protesto do título, mas deve comprovar que do respectivo aponte o devedor foi intimado por meio de notificação pessoal ou de comunicação destinada ao seu endereço. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 673.260/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 17-10-2006).

As razões dessa exigência podem ser extraídas no seguinte excerto do voto:

> Quer dizer, o credor pode caracterizar a mora do devedor se a notificação for *"entregue no endereço do domicílio do devedor ainda que*

> *não seja entregue pessoalmente a ele"* (REsp. n. 810.717, RS, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJ de 4-9-2006); pode também alcançar o mesmo resultado pelo simples protesto do título, mas neste caso deve comprovar que do respectivo aponte o devedor foi intimado por meio de notificação pessoal ou de comunicação destinada ao seu endereço.
>
> O só protesto do título, sem a comprovação de que o aponte foi regular, implicaria interpretação desarrazoada da mesma norma legal, exigindo-se num caso a prova do regular processamento da notificação levada a efeito pelo Cartório de Títulos e Documentos, disso dispensando-se a intimação do aponte levado a efeito pelo Cartório de Protesto de Títulos.

Logo, conclui-se que tanto a notificação extrajudicial quanto o protesto do título – precedido de tentativa de intimação pessoal do devedor – devem ser realizados pelos Cartórios de Títulos e Documentos/Protestos situados na comarca do domicílio/residência do inadimplente.

In casu, da documentação de fls. 11-12 constata-se que a notificação extrajudicial foi realizada corretamente pelo Cartório de Títulos e Documentos de São José/SC, Município de residência do apelado, restando infrutífera a tentativa (certidão de fl. 11v.), o que levou o Banco a encaminhar o título a protesto, o fazendo no 1º Ofício de Protesto/2º Ofício de Notas da comarca de Florianópolis.

Essa última providência é que foi concretizada de forma errônea, porquanto deveria o apelante, conforme já delineado acima, realizar o protesto do título – precedido de nova e adequada tentativa de cientificação pessoal do réu – na comarca do domicílio do apelado, ou seja, São José/SC e não Florianópolis/SC, acarretando essa falha a invalidade do ato notarial levado a efeito.

Por outro vértice, verificada a irregularidade e concedida a oportunidade ao inconformado para que a falta fosse sanada sem que isso ocorresse, tem-se que a mora não restou comprovada.

Destarte, pelas razões suso delineadas, verificando-se a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo – comprovação da constituição em mora do devedor – a manutenção da sentença extintiva é medida que se impõe.

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, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi.

Florianópolis, 29 de julho de 2008.

Carstens Köhler

RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.057188-5, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA CONTRA A MUNICIPALIDADE POR VEREADOR, COM O ESCOPO DE OBTER A ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE CULMINOU NA PERDA DE SEU MANDATO, BEM COMO DE SER RESSARCIDO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS ALEGADAMENTE SOFRIDOS. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE, INSTADO A SE MANIFESTAR NOS AUTOS ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, ABSTÉM-SE, AO ENTENDIMENTO DE QUE A HIPÓTESE NÃO RECLAMAVA A SUA INTERVENÇÃO, POR VERSAR SOBRE INTERESSE MERAMENTE PATRIMONIAL. EQUÍVOCO MANIFESTO. CONSTATAÇÃO OPORTUNA POR MEMBRO DO *PARQUET,* O QUAL, POR OUTRO DOS SEUS REPRESENTANTES, INTERPÕE RECURSO DE APELAÇÃO CONTRA A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO. RECURSO, TODAVIA, NÃO RECEBIDO, EM INTERLOCUTÓRIO QUE VEM FUNDADO JUSTAMENTE NO PRONUNCIAMENTO MINISTERIAL ANTERIORMENTE EXARADO NOS AUTOS. DECISÃO QUE SE IMPÕE MODIFICADA. PRINCÍPIOS DO PROMOTOR NATURAL E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. ADMISSIBILIDADE, POR CONSEGUINTE, QUE SE ALTERE A CONVICÇÃO EX-

TERNADA NUM PRIMEIRO MOMENTO, A RESPEITO DA NECESSIDADE OU NÃO DE INTERVENÇÃO DO *PARQUET*, MÁXIME PORQUE PATENTE *IN CASU*.

1. Em face dos princípios constitucionais do Promotor Natural e da Independência Funcional, pode o representante do Ministério Público promover manifestação diversa da de outro membro do *Parquet*.

2. Por via de consequência, não há óbice a que os Promotores de Justiça vinculados à Curadoria da Defesa da Moralidade Administrativa interponham recurso de apelação cível em ação de indenização aforada contra o município de Florianópolis, ainda que outra representante do Ministério Público, com vista dos autos antes da entrega da tutela jurisdicional, tenha-se quedado silente sobre o mérito, ao entendimento de que a espécie não contemplava interesse público.

APELAÇÃO CÍVEL. CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA OUTORGADA NA SENTENÇA. RECLAMO QUE SOMENTE PODE SER RECEBIDO NO EFEITO DEVOLUTIVO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 520, VII, DO CPC. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE EVIDENCIEM A NECESSIDADE DE SE CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO APELO.

"Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a apelação contra esta interposta deve ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela" (REsp. n. 648.886, rela. Mina. Nancy Andrighi).

RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.057188-5, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública),

em que é agravante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e agravado Marcílio Guilherme Ávila:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, o qual, nos autos da ação de indenização ajuizada por Marcílio Guilherme Ávila contra o município de Florianópolis, não recebeu o recurso de apelação cível interposto pelo ora irresignado.

O agravante salientou que, apesar de a Promotora de Justiça oficiante no processo ter-se quedado silente a respeito do *meritum causae*, ao entendimento de que a hipótese não comportava a intervenção ministerial, não há óbice a que, após a entrega da tutela jurisdicional, tal posicionamento seja revisto, com a interposição de recurso de apelação. Destacou, ainda, que o feito não foi encaminhado, à época, à Curadoria da Defesa da Moralidade Administrativa e que, após se proceder a tanto, é que se constatou a necessidade de o Ministério Público intervir, especialmente porque há possibilidade de prejuízo financeiro à Municipalidade, de modo que era, como é, de rigor o recebimento do reclamo.

De outra banda, gizou que, ultrapassada essa fase, impõe-se o deferimento de efeito suspensivo ao apelo, com base no artigo 558 do CPC, pelos motivos a seguir expostos: a antecipação da tutela concedida na sentença para anulação do ato de cassação do agravado não condiz com a natureza da ação ajuizada por este no Juízo *a quo* – indenização por danos morais e materiais –, por ser objeto típico de mandado de segurança; o representante do *Parquet* com atribuição para atuar na causa não integrou

o feito; o cumprimento da tutela antecipada propiciou a renúncia do agravado ao seu mandato de vereador e permitiu-lhe retornar à condição de elegibilidade, o que impediu, por conseguinte, que a Câmara de Vereadores iniciasse novo processo de cassação; a tramitação da *actio* principal ignorou sentença já prolatada no Mandado de Segurança n. 023.07.103780-5, o que possibilita a coexistência de duas decisões conflitantes a respeito do mesmo tema.

Pugnou, então, pelo recebimento do recurso de apelação cível e, após, pela concessão de efeito suspensivo ao agravo.

Suspensos os efeitos do *decisum* agravado até o pronunciamento definitivo da Câmara, a parte adversa formulou pedido de reconsideração, o qual foi indeferido.

Na sequência, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo provimento do agravo.

VOTO

O recurso é próprio e tempestivo.

Comporta, todavia, apenas provimento parcial.

Conforme exsurge do relato dos autos, busca o Ministério Público, num primeiro momento, a reforma da decisão interlocutória que não recebeu recurso de apelação cível, que tem por objeto sentença de parcial procedência de ação de indenização por danos materiais e imateriais ajuizada por Marcílio Guilherme Ávila, afastado do cargo de vereador após processo de cassação por ele dito nulo.

Na hipótese de lograr êxito naquele intento, o *Parquet* requer a concessão de efeito suspensivo ao prefalado apelo, forte no artigo 558 do CPC.

Com relação à postulação inicial, vale dizer que o nobre Magistrado *a quo* deixou de receber o recurso ao fundamento de que a representante do Ministério Público instada a oficiar no feito absteve-se de se pronunciar sobre a lide louvada no entendimento de que não havia interesse público.

Discorda-se.

Ora, em que pese o teor da manifestação ministerial susodita, tal não significa que o Ministério Público, em atuação sucessiva, esteja a ela vinculado.

Sabe-se que a Constituição Federal garante aos membros do *Parquet* independência funcional. Estende-lhe, ainda, o princípio do Promotor Natural, o que importa dizer que não podem ser coibidos a pronunciar-se de determinada forma.

Tanto é assim que nem os superiores hierárquicos podem influir na atuação processual dos promotores. Estes devem àqueles apenas a obediência hierárquica sob o aspecto funcional.

Nesse sentido, a doutrina do mestre Alexandre de Moraes:

> O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência.
>
> Nem seus superiores hierárquicos podem ditar-lhes ordens no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro de um processo. Os órgãos de administração superior do Ministério Público podem editar recomendações sobre a atuação funcional para todos os integrantes da Instituição, mas sempre sem caráter normativo.
>
> [...]
>
> No direito constitucional pátrio, só se concebe no Ministério Público uma hierarquia no sentido administrativo, pela chefia do Procurador-Geral da instituição, nunca de índole funcional (*Direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 496-497).

Corolário do exposto é que pouco importa que a ação principal tenha tramitado na 17ª Promotoria de Justiça da comarca da Capital e o apelo tenha sido interposto pela Curadoria da Defesa da Moralidade Administrativa.

Em uma ou outra situação há legitimidade e interesse do Ministério Público em recorrer da decisão proferida pelo primeiro grau. É o que exsurge do artigo 499 do CPC, que lhe assegura, como fiscal da lei, tal faculdade.

Veja-se:

> Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.
>
> [...]
>
> §2º O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

O próprio agravado reconheceu expressamente tal legitimidade recursal.

Portanto, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, o recebimento da apelação cível é medida que se impõe.

No entanto, se o irresignado logra êxito no seu intento de ver recebido o recurso, o mesmo não se pode dizer quanto à vindicada concessão de efeito suspensivo.

A regra, é sabido, é o recebimento do recurso de apelação no duplo efeito: suspensivo e devolutivo *(caput* do artigo 520 do CPC).

Mas não na hipótese.

Deveras, o preceito em tela prevê sete hipóteses, que, pelas suas peculiariedades, constituem exceções e que propiciam o recebimento do apelo apenas no efeito devolutivo. Dentre elas, está a interposição de

recurso de apelação contra o veredicto que *"confirmar a antecipação dos efeitos da tutela"* (inciso VII).

O preceito aplica-se também aos casos em que a tutela tenha sido concedida na própria sentença, conforme aflora de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> Ainda que a antecipação da tutela seja deferida na própria sentença, a aplicação contra esta interposta deve ser recebida apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a tutela (REsp. n. 648.886, rela. Mina. Nancy Andrighi).

Foi justamente o que ocorreu na espécie.

Nesse passo, à luz da letra fria da lei e da jurisprudência atinente (REsp. n. 768.363/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 14-2-2008, DJ 5-3-2008; REsp. n. 514.409/SP, rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 20-11-2003, DJ 9-12-2003, p. 228), o recurso deve ser recebido tão somente no efeito devolutivo, convicção que não cede mesmo diante do disposto no artigo 558 do CPC, expressamente invocado pelo Ministério Público e que autoriza, "a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara", e de todo aplicável, por força do seu parágrafo único, às hipóteses do art. 520.

É que os pressupostos necessários a tanto não se afiguram satisfeitos a contento.

Rememore-se: o *fumus boni juris,* no dizer do agravante, está vinculado, essencialmente, aos seguintes pontos: a antecipação da tutela concedida na sentença para anulação do ato de cassação do agravado não condiz com a natureza da ação ajuizada por este no juízo *a quo* – indenização por danos morais e materiais –, por ser objeto típico de mandado de

segurança; o representante do *Parquet* com atribuição para atuar na causa não integrou o feito; a tramitação da *actio* principal ignorou sentença já prolatada no Mandado de Segurança n. 023.07.103780-5, o que pode gerar duas decisões conflitantes acerca do mesmo tema.

No tocante à impropriedade da aplicação do artigo 273 do CPC na via eleita pelo autor, aqui recorrido, é alegação que não encontra, em princípio, respaldo doutrinário, tampouco legal.

A propósito, cita-se:

> Em toda a ação de conhecimento, em tese, é admissível a antecipação da tutela, seja a ação declaratória, constitutiva (positiva ou negativa), condenatória, mandamental etc., inclusive na ação de despejo. A providência tem cabimento, quer a ação de conhecimento seja processada pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou especial, desde que verificados os pressupostos da norma sob comentário (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 455).

De outro vértice, não há risco de decisões conflitantes, arguição que vem fundada no fato de o agravado ter impetrado Mandado de Segurança, autuado sob o n. 023.07.103780-5, com o mesmo desiderato, qual seja, retornar ao cargo de vereador.

Aliás, não se cuida de apenas um, mas de dois mandados de segurança (n. 023.07.103562-4); ambos, no entanto, segundo informações obtidas no Sistema de Automação do Judiciário, foram extintos sem julgamento de mérito, em face da desistência do edil.

Tampouco se presta a evidenciar a plausibilidade do direito invocado a alegação de que o representante do Ministério Público competente para atuar na causa somente teve conhecimento da ação após a prolação da sentença.

Está provado nos autos que o processo principal foi remetido à 17ª Promotoria de Justiça da Capital, a qual entendeu ser dispensável a participação do *Parquet* (fl. 5).

Isso porque, se cabia à 26ª e 27ª Promotoria de Justiça da Capital a intervenção no feito, era de responsabilidade do membro do Ministério Público que primeiro tomou conhecimento da ação proceder ao encaminhamento do processo aos seus pares.

Lembre-se que não é da competência do Poder Judiciário fiscalizar o exercício das atribuições do Ministério Público.

Solução diversa caberia na hipótese, por certo, se o Juízo *a quo* não tivesse dado vista dos autos ao Ministério Público.

Por todo o exposto, é forçoso concluir que da presença do *fumus boni juris* não se cogita, o que, por si só, afasta a aplicação do artigo 558 do CPC.

Não obstante, o *periculum in mora* também não ficou configurado.

Tem-se, em verdade, o *periculum in mora* inverso.

Explica-se: malgrado a concessão da tutela antecipada tenha propiciado ao vereador a renúncia, circunstância que possibilita, em tese, o lançamento de sua candidatura nas eleições vindouras, é nítido que o inverso seria muito mais prejudicial.

O prazo para a inscrição no Juízo Eleitoral findou em 5 de julho passado; nesse passo, se não fosse realizado o registro da candidatura do agravado até tal data, à evidência que seria impossível a reabertura de novo prazo e o prejuízo estaria consolidado.

Mas se, no caso, no julgamento da apelação, esta for provida, os efeitos da cassação se restaurarão.

Finalmente, não se olvide que a presente decisão atém-se, tão somente, aos elementos coligidos nos autos, os quais devem ser melhor examinados no julgamento do recurso interposto na ação de indenização. Nada impede que este Relator modifique ou confirme o voto no julgamento da causa principal.

Isso posto, dá-se provimento parcial ao agravo para o recebimento do recurso de apelação no seu efeito meramente devolutivo.

DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do Relator, decidiu-se, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de julho de 2008, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 7 de agosto de 2008.

Vanderlei Romer

PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.046227-3, de Chapecó

Relator: Des. Vanderlei Romer

> RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. MORTE DE MENOR QUE, DE INOPINO, ATRAVESSA A VIA PÚBLICA E COLIDE COM A LATERAL DE CAMINHÃO PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA PELA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. Por força da responsabilidade civil objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da Carta Magna, o município está obrigado a indenizar os danos causados por atos de seus prepostos, desincumbindo-se de tal obrigação apenas se provado que o ato ilícito deu-se por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.
>
> 2. *In casu,* demonstrado a contento que o trágico evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que, de inopino e sem tomar as devidas cautelas, atravessou a via pública e chocou-se com a lateral do caminhão de propriedade do município, falecendo no local, fica o ente público desonerado do pagamento da indenização pretendida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.046227-3, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Regina Camera Bonotto, e apelado o município de Chapecó:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada por Regina Camera Bonotto e Henrique Mário Mascarello contra o município de Chapecó, na qual sustentam, em suma, a responsabilidade objetiva do Município pelo acidente de trânsito que vitimou sua filha Jaqueline Camera Mascarello, ao argumento de que o motorista do caminhão de propriedade do réu, em desrespeito às regras de trânsito, atropelou a menor em via pública, arrastando-a por aproximadamente 16 (dezesseis) metros, levando-a a óbito instantaneamente.

Enfatizaram que as provas acostadas demonstram que o acidente ocorreu em razão da imperícia e negligência do condutor do veículo, que dirigia em velocidade incompatível para o local, em frente à escola Vitor Meirelles, onde há grande concentração de crianças, sobretudo nos horários de entrada e de saída dos alunos.

Pugnaram, ao final, pela condenação do Município ao pagamento de indenização por danos morais; de pensão alimentícia no valor de 2/3 (dois terços) do salário-mínimo até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade e, após, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo até a data em que a vítima completaria 75 anos, ou, alternativamente, até a morte de ambos; das custas processuais e dos honorários advocatícios. Requereram, ainda, o sepultamento da vítima em túmulo de concreto com lápide.

O requerido apresentou contestação às fls. 60-69, na qual alegou a culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do sinistro.

Houve réplica (fls. 72-91).

O pleito antecipatório foi indeferido. Saneado o feito, foi designada audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes. No mesmo ato, o segundo autor juntou declaração

em que informava que desistia do feito, ficando excluído, por isso, do polo ativo da demanda.

A requerente apresentou alegações finais.

Decidindo, o douto Magistrado *a quo,* com fulcro no art. 269, I, do CPC, julgou improcedente o pedido.

Irresignada, a vencida recorreu. Repisou as argumentações ventiladas na inicial, enfatizando a responsabilidade exclusiva do preposto do requerido pela ocorrência do evento danoso. Ao final, pugnou pela reforma do veredicto.

Com as contrarrazões, que clamam pela manutenção da sentença, os autos alçaram a esta Corte.

Remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, seu nobre representante absteve-se de opinar por não vislumbrar o necessário interesse público no feito.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, uma vez que é próprio e tempestivo.

Pretende a autora a condenação do Município ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência de atropelamento ocorrido em 5-9-2006, que resultou na morte de sua filha Jaqueline Camera Mascarello, à época com 9 (nove) anos de idade, ocasionado, segundo sustentou, por culpa exclusiva do preposto daquele.

O ente público, por sua vez, alega culpa exclusiva da vítima pela ocorrência do fatídico evento, porquanto ela teria atravessado a rua de inopino, chocando-se com a lateral do caminhão.

A questão foi bem examinada sob a égide da responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, corolário da teoria do risco administrativo, que pressupõe apenas a comprovação do dano e do nexo causal.

Dispõe a Carta Magna, 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.

Vale citar a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles:

> Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização (*Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 558).

In casu, o dano está patente pela morte prematura da vítima, conforme evidencia a certidão de óbito (fl. 33).

O laudo pericial de fls. 36-50, elaborado por perito criminalístico, noticia que o atropelamento da menor ocorreu na Rua Manoel Rolim de Moura, na pista direita, próximo à parte central da via, no sentido sul/norte, sentido de deslocamento do veículo envolvido (caminhão), por volta das 13h30min, quando aquela, após descer do ônibus em que seguia, repentinamente atravessou a via pública, chocando-se com o caminhão. Consta na peça técnica que, "nos rodados traseiros esquerdo do veículo, foram encontradas manchas de sangue e aderência de material biológico com características de se tratar de massa encefálica" (fl. 40).

A prova testemunhal, por sua vez, demonstra que o condutor do veículo – preposto do requerido – não agiu com imperícia ou negligência. Dos depoimentos prestados em Juízo colhe-se que a menor, ao descer do ônibus em que estava, o qual se encontrava estacionado em sentido oposto à direção da pista em que trafegava o caminhão, atravessou a rua inesperadamente, o que impossibilitou ao motorista do caminhão proceder a qualquer manobra para desviar dela ou até mesmo parar o veículo.

A propósito, confira-se o depoimento prestado por Valdoir Dreger:

> o depoente reside próximo ao local do acidente e viu quando a vítima saiu do ônibus e se dirigiu à parte traseira, de onde iniciou a travessia da rua; a vítima iniciou a travessia da rua correndo e chocou-se entre os rodados traseiros do caminhão caçamba que cruzava naquele momento com o ônibus de onde saiu a vítima; o caminhão do requerido deveria estar sendo conduzido por volta de 20 a 30 km/h; o motorista da caçamba reduziu a velocidade quando chegou próximo ao ônibus; [...] havia pouco espaço entre o ônibus e o caminhão, considerando suas laterais, pois se trata de uma rua bem "apertada".

Outra testemunha presencial dos fatos, Jandir Coletti, afirmou:

> o depoente estava parado na esquina quando avistou a vítima saindo da lotação, se dirigiu para a parte de trás da lotação e passou a atravessar a rua correndo; quando estava no meio da pista bateu no meio da lateral esquerda da caçamba; o caminhão caçamba andava devagar, "não estava corrido" [...]; o choque no caminhão ocorreu na parte da frente do primeiro rodado traseiro, de frente para trás [...]; o veículo do requerido estava sendo conduzido na sua mão de direção [...] a distância entre a lateral do ônibus e a lateral do caminhão caçamba não chegava a 2 metros quando o caminhão cruzou pelo ônibus (fl. 130).

O motorista do ônibus que transportava a vítima, Marcelo Luiz Botaro, asseverou:

> o declarante era motorista do veículo em que se encontrava a vítima; o declarante parou o ônibus e a vítima desceu pela porta traseira, descendo pelo acostamento cerca de quinze metros; após isto a vítima atravessou a pista correndo, quando foi atingida pelo caminhão; acredita que a velocidade do caminhão era baixa, escutando o barulho da frenagem; o caminhão trafegava no sentido oposto ao que o ônibus estava estacionado; não sabe qual a velocidade permitida para o local; acredita que caso viesse mais devagar, talvez conseguiria o acusado parar o veículo antes de atropelar a vítima [...] não havia no local em que a vítima estava atravessando faixa para pedestres; o caminhão do acusado permaneceu no local, mas o declarante não viu o réu nesse mesmo lugar; não viu o exato momento da vítima ser colhida "só escutou o barulho" (fl.139).

E em que pese a testemunha Cristiano do Nascimento Fernandes afirmar que "a caçamba se dirigia em declive e estava andando muito rápido" (fl. 128), não se pode olvidar que se trata de testemunha com apenas 15 (quinze) anos de idade, que não possui carteira de habilitação, tampouco noção exata da velocidade adotada pelo veículo naquele momento.

Ademais, como corretamente anotou o douto Magistrado *a quo:*

> As marcas de frenagem com extensão de 16 metros (croqui de fl. 51) não possuem o condão de caracterizar excesso de velocidade, uma vez que a caçamba estava carregada de terra. É óbvio que um caminhão com a caçamba carregada demanda maior tempo de frenagem, mesmo transitando em velocidade baixa (fl. 161).

Vale lembrar que nada consta nos autos acerca da proibição da passagem de veículos pesados por aquela rua.

Bem se vê, então, que o conjunto probatório não dá guarida à pretensão da autora, ora recorrente. Isso porque não ficou comprovado o nexo de causalidade entre o evento lesivo e a conduta do motorista do veículo do Município. O que se verifica claramente é que o preposto do demandado, ao trafegar normalmente na sua mão de direção, imprimindo velocidade adequada para a via urbana, foi surpreendido pela criança, que, repentinamente e sem tomar as cautelas necessárias, atravessou a rua

e colidiu com a lateral do caminhão, mais precisamente com o rodado traseiro esquerdo, o que impossibilitou a realização de qualquer manobra para evitar o infortúnio.

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 69, estabelece deveres aos pedestres para cruzarem a pista de rolamento, a saber:

> Art. 69. Para cruzar a pista de rolamento o pedestre tomará precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidade dos veículos, utilizando sempre as faixas ou passagens a ele destinadas sempre que estas existirem numa distância de até cinquenta metros dele, observadas as seguintes disposições:
>
> I - onde não houver faixa ou passagem, o cruzamento da via deverá ser feito em sentido perpendicular ao de seu eixo;
>
> [...]
>
> III - nas interseções e em suas proximidades, onde não existam faixas de travessia, os pedestres devem atravessar a via na continuação da calçada, observadas as seguintes normas:
>
> a) não deverão adentrar na pista sem antes se certificar de que podem fazê-lo sem obstruir o trânsito de veículos.

Assim, por certo que não pode ser imputada ao Município a responsabilidade pelo trágico evento, uma vez que seu preposto não lhe deu causa.

Em casos análogos ao presente, esta Corte de Justiça eximiu o ente público da responsabilidade pelos danos decorrentes de acidente de trânsito ocasionado por culpa exclusiva da vítima. Confiram-se:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÕES CORPORAIS DECORRENTES DE ATROPELAMENTO EM AVENIDA. PROVA TESTEMUNHAL QUE INDICA QUE A VÍTIMA FOI IMPRUDENTE AO FAZER A TRAVESSIA, ANTE A INTERRUPÇÃO ABRUPTA DO TRAJETO DO AUTOMOTOR. BOLETIM DE OCORRÊNCIA INCAPAZ DE INFLUIR NA DECISÃO, EIS QUE NÃO CONCLUSIVO. ESCASSEZ DE PROVA A SUSTENTAR A TESE DO AUTOR.

> CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO NÃO COMPROVADA. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Mesmo em vias urbanas, onde em regra é imposto aos condutores de automóveis, camionetas e caminhões o dever de dirigir com a máxima atenção, persiste o dever dos pedestres, ciclistas e motociclistas de, igualmente, se portarem com cautela e prudência no trânsito. Não há qualquer explicação que justifique o ingresso ou a travessia de via pública, ainda que urbana, de inopino e descuidadamente interrompendo o fluxo de trânsito, com absoluta surpresa para aqueles que por ali conduzem seus veículos (Ap. Cív. n. 2007.031995-5, de Concórdia, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 18-12-2007).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ATROPELAMENTO E MORTE DE MENOR – VEÍCULO DA FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – RESPONSABILIDADE DA FATMA E DA CONDUTORA DO VEÍCULO AFASTADA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO.
>
> Demonstrado que a conduta da vítima de sete anos de idade que, desacompanhada, atravessou inadvertidamente a rodovia de trânsito rápido, foi decisiva para seu atropelamento, afasta-se tanto a responsabilidade civil subjetiva da condutora do veículo, como da pessoa jurídica de direito público, que responderia independentemente de culpa (Ap. Cív. n. 2006.048435-2, de Canoinhas, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 28-6-2007).

Ressalta-se, por oportuno, que em consulta ao SAJ – Sistema de Automação do Judiciário – verificou-se que a sentença prolatada nos autos da Ação Penal n. 018.06.022278-3, atualmente em grau de recurso (Ap. Crim. n. 2008.002249-5), absolveu o condutor do veículo da Municipalidade da imputação de crime que lhe era feita em razão dos fatos que embasam o pleito indenizatório formulado nos presentes autos.

Diante desse contexto, evidenciado que a conduta da criança foi decisiva para a ocorrência do infeliz evento, fica o Município desobrigado do dever de indenizar a recorrente pela morte prematura de sua filha.

O voto, pois, é pelo desprovimento do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

O julgamento, realizado no dia 30 de setembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 13 de outubro de 2008.

Vanderlei Romer

RELATOR

Apelação Cível n. 2006.044821-5, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INOCORRÊNCIA – HIPÓTESE DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – SENTENÇA ANULADA – APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC – JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA PELO TRIBUNAL.

A impossibilidade jurídica do pedido conduz à extinção do processo sem julgamento de mérito, pois é condição da ação e não se confunde com o julgamento de improcedência do pedido, que é solução de mérito.

Anulada a sentença que, entendendo pela impossibilidade jurídica do pedido, julgou extinto o processo sem análise de mérito, pode o Tribunal, desde logo, julgar a lide, quando a causa está em condições de imediato julgamento (art. 515, § 3º, do CPC).

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA E OBRIGAÇÃO DE FAZER – FUNDAÇÃO CASAN (FUCAS) E COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO (CASAN) – PLANO DE AUXÍLIO DESEMPREGO – BENEFÍCIO SALARIAL IMPLANTADO EM PROL DOS EMPREGADOS DA COMPANHIA — PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA – IRREGULARIDADES – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – RECURSO DA FUNDAÇÃO IMPROVIDO.

Nos termos da Lei n. 8.742/1993: "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".

Segundo preceitua a Constituição Federal: "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos", dentre outros, "a promoção da integração ao mercado de trabalho".

O Plano de Auxílio Desemprego (PAD), criado pela Casan em favor dos seus empregados e administrado pela Fucas é, segundo essa fundação de direito privado, um programa "assistencial em razão da natureza do auxílio desemprego, que consiste no amparo àqueles que necessitam de trabalho, nos termos do art. 203 da Constituição Federal".

Todavia, o auxílio desemprego não apresenta caráter assistencial, porque depende de contribuição e não visa simplesmente à integração do indivíduo no mercado de trabalho.

O objetivo da assistência social é prestar serviços que viabilizem a inserção no mercado de trabalho, das pessoas total ou parcialmente incapacitadas, ou com alguma deficiência, seja por meio de qualificação (habilitação profissional) ou da recuperação/readaptação (reabilitação profissional).

O auxílio desemprego não é simplesmente assistencial e foi idealizado para os empregados da Casan que já estavam em condições de se aposentar pelo INSS, mas não o faziam em virtude do decesso salarial. Configura um incentivo à aposentadoria, no sentido mais amplo da palavra que, segundo Sérgio Pinto Martins, quer dizer "retirar-se aos seus aposentos, deixar de trabalhar, ficar em casa".

Face à documentação trazida aos autos, chega-se à conclusão de que a Casan, por intermédio do Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 1993 e da Resolução n. 268/1993, implantou um plano fechado de aposentadoria complementar para os seus

empregados, o qual foi denominado Plano de Auxílio Desemprego. E mais: os fundos do programa são custeados, de forma irregular, pela Companhia. Isso porque, o aporte de recursos da Casan à entidade privada somente seria legítimo, na condição de patrocinadora de entidade de previdência complementar fechada. Todavia, o plano de complementação de aposentadoria foi implantado na forma de auxílio desemprego, recebendo uma roupagem de benefício assistencial, a fim de não se submeter à legislação pátria previdenciária.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – RECURSO DA COMPANHIA PROVIDO.

Os honorários advocatícios devem ser majorados para um valor justo, de acordo com a complexidade da matéria discutida, o zelo profissional e a expressividade do valor da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.044821-5, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan, Fundação Casan — Fucas e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso interposto pela Fundação Casan — Fucas para anular a sentença e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial; e dar provimento ao recurso interposto pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento –Casan. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

A Fundação Casan – Fucas ajuizou ação declaratória de direito c/c cobrança e obrigação de fazer em face da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan e do Estado de Santa Catarina, postulando: a) a declaração de validade — a.1) do acordo coletivo de trabalho que previu o Plano de Auxílio Desemprego – PAD; a.2) da Resolução n. 268; a.3) do Convênio de Adesão; a.4) do Regulamento do Plano; b) a anulação — b.1) dos efeitos do relatório apresentado pela Assembleia Legislativa na CPI da Casan, na parte referente ao PAD; b.2) da decisão n. 3.350/2004 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; c) a condenação da Casan a cumprir a obrigação de repassar à fundação os valores vincendos e os já vencidos, relativos ao tempo de descumprimento do Plano, de janeiro/2003 a novembro/2005, na quantia de R$ 23.171.666,01 (vinte e três milhões, cento e setenta e um mil, seiscentos e sessenta e seis reais e um centavo).

O juiz *a quo* extinguiu o processo com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido, condenando a autora no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00.

Irresignada com o valor dos honorários arbitrados na sentença, a Casan interpôs recurso de apelação requerendo a majoração da verba para um patamar justo e digno.

Igualmente inconformada com a decisão, a Fundação Casan interpôs recurso de apelação aduzindo que é equivocada a conclusão da sentença, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito, pois, ao prevalecer a posição adotada pelo Juiz, todas as ações julgadas improcedentes seriam juridicamente impossíveis. A conclusão, segundo a apelante, partiu da premissa de que o Plano de Auxílio Desemprego – PAD, não é assistencial e sim um plano de aposentadoria complementar e, como tal, sujeito às Leis

Complementares n. 108/2001 e 109/2001 e à aprovação do Ministério da Previdência e Assistência Social. Alegou que as leis complementares foram editadas em 2001, enquanto o PAD data de 1993 e os instrumentos que o formalizaram tratam-se de atos jurídicos perfeitos, não podendo ser alcançados pela legislação posterior, conforme princípio insculpido no art. 5º, XXXVI, da CF, ignorado pelo Magistrado. Ademais, argumentou que as normas previdenciárias são estranhas ao tema em discussão, porque o PAD não é plano previdenciário, é assistencial em razão da natureza do auxílio desemprego, consistindo em amparo aos que necessitam de trabalho, nos termos do art. 203, III, da CF. Além disso, asseverou que o PAD não é obrigatório, pois a apelante jamais afirmou que o plano é composto pela participação dos salários de todos os trabalhadores da Casan, pelo contrário, a participação no programa depende de prévia inscrição e contribuição para o plano de pecúlio e pensão, conforme o Regulamento. Alegou que o dinheiro não é da Casan, uma vez que o plano é financiado pelo aumento salarial abdicado pelos empregados que a ele aderiram. Explicou que a empresa STEA, idealizadora do plano, amparou-se na ausência de vedação legal para disseminar o programa pelo país e, nas poucas vezes em que contestado, os Poderes e autoridades ouvidos concluíram que ele não encontrava óbice legal. Anotou que o PAD surgiu para resolver grave crise institucional na Casan, pois, antes de sua implantação, os empregados estavam em idade avançada, a média era de 46 anos, mas não se aposentavam em virtude da perda salarial. Diante do exposto, requereu o provimento do recurso para que haja a reforma da sentença, julgando-se procedentes os pedidos formulados na inicial.

Apresentadas as contrarrazões pela Casan, pelo Estado de Santa Catarina e pela Fundação, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo o Procurador de Justiça, Sidney Bandarra Barreiros, manifestado-se pelo conhecimento de ambos os recursos e pelo improvimento da apelação

interposta pela Fundação Casan e pela não manifestação acerca do apelo interposto pela Casan.

VOTO

1. APELAÇÃO DA FUNDAÇÃO CASAN

Convém ressaltar, *ab initio*, que foi um equívoco do Magistrado *a quo* julgar o processo extinto sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC).

Não se pode confundir possibilidade jurídica do pedido que é condição da ação, com a improcedência do pedido, que é solução de mérito.

No tocante à diferenciação dos institutos, preciosa a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Pela *possibilidade jurídica*, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico.
>
> Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente correspondesse a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo.
>
> Allorio, no entanto, demonstrou o equívoco desse posicionamento, pois o cotejo do pedido com o direito material só pode levar a uma solução de mérito, ou seja, à sua *improcedência,* caso conflite com o ordenamento jurídico, ainda que a pretensão, *prima facie,* se revele temerária ou absurda.
>
> Diante dessa aguda objeção, impõe-se restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual, pois só assim estaremos

> diante de uma verdadeira *condição da ação,* como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito.
>
> Com efeito, o pedido que o autor formula ao propor a ação é dúplice: 1º, o pedido *imediato,* contra o Estado, que se refere à tutela jurisdicional; e 2º, o pedido *mediato,* contra o réu, que se refere à providência de direito material.
>
> A possibilidade jurídica, então deve ser localizada no pedido imediato, isto é, na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, p. 50-51).

Assim, não são juridicamente impossíveis os pedidos veiculados na inicial (declaração de validade dos documentos apontados e cobrança dos valores indicados). O caso é mesmo de improcedência dos pedidos, conforme os fundamentos a seguir expostos por este relator, valendo-se do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, que permite ao Tribunal julgar desde logo a lide, quando a causa estiver em condições de imediato julgamento.

Passa-se, desta forma, à análise do mérito do recurso interposto.

A Fundação Casan – Fucas ajuizou a presente demanda pretendendo, em síntese, que a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan seja obrigada a cumprir os termos dos instrumentos que instituíram e formalizaram o Plano de Auxílio e Desemprego – PAD. Por conseguinte, objetiva que a Companhia continue a repassar à Fundação os recursos destinados ao programa, sendo condenada a pagar os valores vincendos e os vencidos no período de janeiro/2003 a novembro/2005.

O Magistrado *a quo* entendeu que o Plano de Auxílio Desemprego não é assistencial, mas sim um plano de aposentadoria complementar e, como tal, sujeito às Leis Complementares n. 108/2001 e 109/2001 e à aprovação do Ministério da Previdência e Assistência Social. Em consequência

extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

A Fundação Casan, entretanto, afirma que é entidade de assistência dos empregados da Casan e, dentre outros programas de caráter assistencial, criou o PAD (Programa de Auxílio Desemprego), amparado no plano idealizado pela STEA – Serviços Técnicos de Estatística e Atuária Ltda.

Conta que o PAD foi originalmente previsto no Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 25-8-1993 entre a Casan e 4 (quatro) sindicatos: dos trabalhadores do ramo, dos Administradores, dos Economistas e dos Engenheiros (fls. 161-169).

Segundo a Fundação, o programa é custeado pelos próprios empregados da Casan, os quais abdicaram de parte do reajuste previsto à época, da ordem de 4%, sendo que "o papel da Casan é de simples repassadora de valores que, na prática, sempre pertenceram aos funcionários, que abriram mão de aumento salarial para implementação do fundo" (fl. 8).

Explica que a implantação do Plano foi fundamentada no estudo desenvolvido pela STEA Ltda., que sugeriu a adaptação do formato previdenciário, para o PAD de caráter assistencial, adaptando-o às finalidades da fundação. Alega que

> as razões de tal providência decorriam da necessidade premente de solucionar os problemas que a Casan enfrentava pela altíssima despesa de pessoal, já que existiam muitos funcionários de idade avançada – a faixa etária média era de 42 anos – sem interesse em se aposentar em razão das perdas salariais que teriam (fl. 5).

A Casan opõe-se à pretensão, afirmando que "ilegalmente, sempre foi a Casan quem custeou e manteve o plano de aposentadoria complementar gerido pela Fucas, em manifesto confronto com o ordenamento legal vigente". Afirma que não tem plausibilidade jurídica a tese de que a Companhia "é mera repassadora de recursos pertencentes aos funcioná-

rios, eis que jamais foi implementado referido benefício salarial, restando devidamente comprovado que a empresa requerida sempre foi, *única e exclusivamente*, a fonte dos recursos que custearam o PAD" (fl. 623). Complementa dizendo que "não houve a concessão de aumento salarial e, a partir dele, descontos salariais e repasse a Fucas. Houve, sim, naquele acordo, a renúncia a este aumento em troca da constituição do Fundo Previdenciário" (fl. 631).

1.1 O Plano de Auxílio Desemprego — PAD.

O PAD foi originalmente previsto no Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 25-8-1993 entre a Casan e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Purificação, Distribuição de Água e em Serviços de Esgoto no Estado de Santa Catarina; o Sindicato dos Administradores; o Sindicato dos Economistas e o Sindicato dos Engenheiros (fls. 161-169).

A cláusula 21 do acordo coletivo previa o compromisso da Casan com a implantação, no prazo de 90 dias, do "Plano de Complementação de Aposentadoria", fonte originária do Plano Auxílio Desemprego.

Nos termos da referida cláusula:

> A CASAN implantará dentro do prazo de 90 dias, o Plano de Complementação de Aposentadoria, com estudo e cálculo atuarial já elaborado pela FUCAS, através da Empresa Serviços Técnicos de Estatística e Atuária – STEA Ltda.
>
> Parágrafo Primeiro — "A fonte de custeio para a implantação do Plano mencionado no *caput* desta cláusula será originária da participação conjunta, da CASAN, através das taxas atuariais determinadas no Estudo e Cálculo Atuarial realizado pelo Empresa Serviços Técnicos de Estatísticos e Atuária – STEA Ltda., utilizando-se para tal do reflexo financeiro e de custos equivalentes ao índice de produtividade negociado de 4% (quatro por cento), com início dos repasses a FUCAS a partir da implantação do referido plano".

A instituição oficial do programa deu-se pela Resolução n. 268, de 30-12-1993, da Diretoria da Casan, que resolveu implantar, a partir de fevereiro de 1994, o "Plano de Complementação de Aposentadoria", na forma de auxílio desemprego com estudo e cálculo atuarial elaborado pela Fucas, através da STEA Ltda., nos termos do Convênio de Adesão entre Fucas e Casan (fl. 252).

A Resolução n. 268/1993 aprovou as taxas a serem repassadas à Fucas com vistas à formação do Fundo Auxílio Desemprego, na seguinte forma:

> 1º ano: [...] equivalente ao reflexo financeiro e de custos sobre as rubricas que compõem o índice de produtividade negociado.
>
> 2º ao 5º ano: 5,957 taxa atuarialmente projetada para o período a ser aplicada sobre a folha bruta com encargos.
>
> 6º ano: 3,409 taxa atuarialmente projetada para o período, a ser aplicada sobre a folha bruta com encargos.
>
> "Considera-se folha bruta todas as verbas sujeitas a incidência do INSS".

Em 12-1-1994, a Casan e a Fucas firmaram Convênio de Adesão ao Plano (fls. 255-257), regulando as obrigações da Fundação e da Mantenedora.

Nos termos do Convênio de Adesão:

> Primeira – Obrigações da FUCAS
>
> 1.1 – A FUCAS garantirá aos empregados e dirigentes da MANTENEDORA, desde que inscritos como mantenedores-beneficiários da FUCAS na forma do artigo 8º do seu Estatuto:
>
> I – prestações assistenciais, nas condições fixadas nos respectivos regulamentos específicos;
>
> II – suplementação previdencial, mediante convênios a serem firmados com entidades abertas de previdência privada sem fins lucrativos.

> Segunda – Obrigações da MANTENEDORA
>
> 2.1 – A MANTENEDORA obriga-se a respeitar as disposições dos regulamentos específicos das prestações e convênios firmados entre a FUCAS e as entidades previdenciais abertas, desde que previamente aprovados pela MANTENEDORA.
>
> 2.2 – Consideram-se obrigações da MANTENEDORA:
>
> 2.2.1 – pagar regularmente à FUCAS contribuições mensais atuarialmente previstas nos regulamentos específicos das prestações referidas no inciso I do item 1.1, bem como as fixadas nos convênios no inciso II do mesmo item;
>
> 2.2.2 – descontar *ex officio*, em folha de pagamento, as consignações autorizadas pelos empregados para fins de recolhimento em favor da FUCAS ou das entidades previdenciais conveniadas.

Posteriormente foi aprovado o Regulamento do Auxílio Desemprego (fls. 287-292), disciplinando que:

> Art. 1º. O auxílio desemprego é a modalidade de assistência social prevista no item 1 do artigo 7º do Estatuto da FUCAS para promover a integração dos seus destinatários ao mercado de trabalho, mediante a compensação parcial da perda dos salários nos casos de desemprego. Parágrafo único – para efeitos deste regulamento, considera-se desemprego o afastamento permanente da atividade exercida em MANTENEDOR, excluídos os casos de morte.

De acordo com os dizeres da Fundação Casan,

> o Plano surgiu para resolver grave crise institucional na Casan: antes da implantação do Programa os funcionários, que então haviam atingido idade avançada (a média era superior aos 46 anos, mas havia muitos empregados com mais de 70 anos na ativa) não podiam se aposentar, pois a perda salarial era muito grande. O funcionário só se desligava da empresa ao morrer. O PAD surgiu para resolver os problemas de ambas as partes. Nos 12 (doze) anos de sua existência, o Plano já permitiu o desligamento de 893 empregados – repita-se, justamente os mais antigos e com maiores salários —, possibilitando a renovação funcional dos quadros da empresa (fls. 970-971).

1.2 Enquadramento da Fundação Casan como entidade de assistência social e classificação do auxílio desemprego como plano assistencial

Conforme consta do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

> A FUCAS não é uma organização de assistência social conforme preconizado no ordenamento jurídico vigente, não estando qualificada para executar programas/ações de assistência social enquadráveis no art. 203 da Constituição da República (fl. 297).
>
> O PAD parece realmente ser um plano assistencial e não previdenciário, mas na realidade é um plano complementar de aposentadoria mascarado de plano assistencial (fl. 319).

De fato, não existe nos autos comprovação de que a Fundação Casan satisfaça as exigências da Lei Federal n. 8.742/1993, para permitir seu enquadramento no art. 203 da Carta Magna.

O funcionamento das entidades e organizações de assistência social depende de prévia inscrição no Conselho Municipal de Assistência Social, que é condição indispensável para encaminhar o pedido de registro e certificado da entidade beneficente junto ao Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).

Prescreve a Lei n. 8.742/1993:

> Art. 9º O funcionamento das entidades e organizações de assistência social depende de prévia inscrição no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, conforme o caso.
>
> § 1º A regulamentação desta lei definirá os critérios de inscrição e funcionamento das entidades com atuação em mais de um município no mesmo Estado, ou em mais de um Estado ou Distrito Federal.
>
> § 2º Cabe ao Conselho Municipal de Assistência Social e ao Conselho de Assistência Social do Distrito Federal a fiscalização das entidades referidas no *caput* na forma prevista em lei ou regulamento.

> § 3º A inscrição da entidade no Conselho Municipal de Assistência Social, ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, é condição essencial para o encaminhamento de pedido de registro e de certificado de entidade beneficente de assistência social junto ao Conselho Nacional de Assistência Social — CNAS. ../MPV/2187-13.htm

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) é o órgão competente para, nos termos do art. 18, IV, da Lei n. 8.742/1993, conceder registro e certificado de entidade de assistência social (art. 18, IV).

Segundo informações extraídas do *site* www.mds.gov.br/cnas/, poderão obter registro no Conselho Nacional de Assistência Social as entidades que, sem fins lucrativos, promovam:

> § a proteção à família, à infância, à maternidade, à adolescência e à velhice;
>
> § o amparo às crianças e adolescentes carentes;
>
> § ações de prevenção, habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária de pessoas portadoras de deficiência;
>
> § a integração ao mercado de trabalho;
>
> § a assistência educacional ou de saúde;
>
> § o desenvolvimento da cultura;
>
> § o atendimento e assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa e garantia de seus direitos.

Ainda segundo as informações obtidas no endereço eletrônico citado:

> Somente poderá ser concedido registro à entidade cujo ESTATUTO, em suas disposições, estabeleça que:
>
> § aplica suas rendas, seus recursos e eventual resultado operacional integralmente no território nacional e na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais;
>
> § não distribui resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela do seu patrimônio, sob nenhuma forma;

§ não percebem seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores, benfeitores ou equivalentes remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

§ em caso de dissolução ou extinção, destina o eventual patrimônio remanescente a entidade congênere registrada no CNAS ou a entidade pública.

Fundações de direito privado

No caso de Fundações constituídas como pessoa jurídica de direito privado, deverão apresentar seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos inscritos junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o disposto no artigo 16 do Código Civil e devidamente aprovados pelo Ministério Público.

Fundações de direito privado instituído pelo poder público

As fundações que desenvolvam atividades previstas nos incisos I a VII, do artigo 2º, constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, instituídas pelos poderes públicos através de autorização legislativa, deverão comprovar que:

§ o regime jurídico do seu pessoal, não incluídos diretoria, conselheiros, sócios, benfeitores e instituidores, seja o da Consolidação das Leis do Trabalho;

§ não participam da diretoria, dos conselhos, dos sócios e dos benfeitores pessoas físicas ou jurídicas dos poderes públicos federal, estadual , municipal ou do Distrito Federal;

§ as subvenções sociais, dotações orçamentárias ou quaisquer recursos recebidos dos Poderes Públicos federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal não poderão ser destinados ao pagamento de pessoal;

§ no caso de dissolução, o eventual patrimônio da fundação, seja destinado, de acordo com o art. 30 do Código Civil, ao patrimônio de outras fundações que se proponham a fins iguais ou semelhantes;

§ atendam os demais requisitos previstos nesta Resolução (sem grifo no original).

Analisando-se o Estatuto da Fundação, percebe-se que ela não preenche alguns dos requisitos exigidos para a concessão de registro como entidade de assistência social. Veja-se.

Os diretores das entidades assistenciais não podem receber qualquer remuneração, vantagem ou benefício, sob qualquer título, em razão das funções que desempenham. O Estatuto da Fundação, todavia, prevê a remuneração dos membros da Diretoria Executiva, mediante uma gratificação mensal paga pela mantenedora (art. 22, § 4º).

Nas fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público que desenvolvam atividades de assistência social, não podem participar da diretoria, dos conselhos, dos sócios ou dos benfeitores, pessoas físicas ou jurídicas dos poderes públicos federal, estadual, municipal ou distrital. Entretanto, o Estatuto da Fundação estabelece que os órgãos estatutários (Conselho de Curadores, Diretoria Executiva e Conselho Fiscal) são integrados, tão somente, por membros beneficiários ativos inscritos na Fucas há mais de cinco anos (art. 22). Nos termos do art. 8º do Estatuto, são beneficiários ativos os empregados da Casan, ou seja, pessoas físicas pertencentes aos quadros da Administração Indireta.

Outro requisito para obter o registro junto ao Conselho Nacional de Assistência Social é que, segundo o estatuto da entidade, eventual patrimônio da fundação, em caso de dissolução, seja destinado a outras fundações com fins iguais ou semelhantes. O art. 59 do Estatuto da Fundação Casan prevê que, "dissolvida e satisfeitas todas as suas obrigações, o patrimônio remanescente será transferido a quem o Conselho de Curadores, por 2/3 do seu *quorum*, determinar. Parágrafo único: é vedado, em qualquer hipótese, o repasse de qualquer parcela da renda ou patrimônio da Fucas à mantenedora-instituidora." O Estatuto deixou ao alvedrio do Conselho de Curadores o destino do patrimônio remanescente no caso de dissolução da

Fundação, em nenhum momento prevendo a transferência para fundação beneficente com fins assistenciais.

Assim, muito embora o Estatuto da Fundação preveja a aplicação de recursos em planos assistenciais (art. 5º, § 2º), a entidade não possui registro, nem o seu Estatuto amolda-se à legislação da assistência social.

Nos termos da Constituição Federal, a Assistência Social será prestada pelo Poder Público a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social:

> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
>
> I — a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
>
> II — o amparo às crianças e adolescentes carentes;
>
> III — a promoção da integração ao mercado de trabalho;
>
> IV — a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V — a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O art. 203 da Constituição foi regulamentado pela Lei Federal n. 8.742/1993, que no seu art. 1º dispõe:

> A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social *não contributiva, que provê os mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (sem grifo no original).

Muito embora a assistência social tenha caráter não contributivo, o Estatuto da Fundação Casan determina que os serviços assistenciais não poderão ser criados ou ampliados sem a respectiva receita de cobertura, mediante plano de custeio próprio.

Estabelece o art. 5º, § 4º, do Estatuto que:

> Nenhum serviço assistencial poderá ser criado ou ampliado sem que, em contrapartida, seja estabelecida a respectiva receita de cobertura, mediante plano de custeio próprio, por proposta da Diretoria Executiva e aprovado pelo Conselho de Curadores.

Ora, a assistência social não é prestada apenas pelos entes estatais, mas também pelos particulares, como as instituições beneficentes, todavia, a prestação dos benefícios e serviços não dependem do pagamento de contribuição por parte do beneficiário, sendo prestada a quem dela necessitar.

Sérgio Pinto Martins esclarece que:

> O custeio da assistência social será realizado com recursos do orçamento da seguridade social (art. 204 da Constituição), como um encargo de toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei (art. 195 da Norma Ápice). Pode-se dizer também que uma forma indireta de custeio da assistência social é a isenção de impostos, taxas e contribuições para entidades filantrópicas que prestam a assistência social aos necessitados (*Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 492).

Nos termos do art. 1º da Lei n. 8.742/1993, a assistência social consiste num conjunto integrado de ações visando ao provimento dos mínimos sociais independentemente de contribuição por parte do beneficiário.

Oziel Francisco de Sousa traça os seguintes comentários acerca da assistência social e do mínimo existencial:

> A conceituação de mínimo existencial é tarefa que não apresenta grandes problemas. Pela própria clareza da nomenclatura, é fácil

perceber que o mínimo existencial está ligado às condições mínimas necessárias à existência humana.

A assistência social é, entre as variantes da seguridade social, a que se destaca por apresentar objetivo específico, constitucionalmente claro, de atender ao público mais carente, mais pobre, mais excluído, ou seja, aqueles que vivem em situação de constante risco social. Conforme menciona Marcelo Leonardo TAVARES, trata-se a assistência social de um direito fundamental social de responsabilidade do Estado:

A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas de existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas. As prestações de assistência social são destinadas aos indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisória, independentemente da exigência de contribuição para o sistema de seguridade social.

O art. 203 de nosso texto constitucional demonstra o alcance e a importância da assistência social no país, ao estabelecer, baseado também na solidariedade, que ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição. Nota-se, portanto, que não há limitação no tocante aos beneficiários desse dever estatal. A necessidade, isto é, a pobreza, e a condição de ser humano, portanto, passam a ser os únicos critérios reguladores dessas políticas sociais. Marcelo Leonardo TAVARES saliente que:

O requisito básico para o gozo das prestações gratuitas da assistência social é a comprovada impossibilidade de manutenção da sobrevivência autônoma, inclusive com o auxílio da família. [...] A responsabilidade pelo sustento das pessoas é inicialmente do círculo familiar (arts. 229 e 230 da Constituição c/c art. 1.694 do Código Civil) e, supletivamente, do Poder Público. Sendo assim, somente haverá direito às prestações assistenciais se não houver meios próprios ou familiares de sustento da pessoa (*Curso modular de direito previdenciário*. Coordenadores: João Batista Lazzari e João

> Carlos de Castro Lugon. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 508-512).

Extrai-se da Lei n. 8.742/1993, que a assistência social compreende o benefício de prestação continuada; os benefícios eventuais; os serviços; os programas de assistência social e os projetos de enfrentamento da pobreza.

Neste ponto, mister destacar as esclarecedoras lições de Sérgio Pinto Martins acerca da assistência social:

> A Assistência Social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, *visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado*.
>
> É prestada a Assistência Social a quem dela necessitar. Independe de contribuição do próprio beneficiário à seguridade social. Entretanto há necessidade de um custeio geral para o sistema. Diferencia-se, assim, da Previdência Social, pois nesta há necessidade de contribuição para obter seus benefícios. Está, portanto, a Assistência Social mais próxima da ideia de Seguridade Social, em que não se necessita pagar contribuição para obter um benefício ou serviço. Os benefícios assistenciários serão, porém, aqueles previstos em lei e não outros.
>
> *Serviços assistenciais* são as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem objetivos, princípios e diretrizes da Assistência Social.
>
> *Os serviços podem ser divididos em duas espécies: "serviço social" e habilitação e reabilitação profissional.*
>
> O serviço social visa prestar ao beneficiário orientação e apoio nos problemas pessoais e familiares e à melhoria da sua inter-relação com a Previdência Social, inclusive por meio da obtenção de outros recursos sociais da comunidade, além da celebração de convênios, acordos e credenciamentos.

Habilitação é o processo prestado às pessoas que têm limitações de nascença para que possam qualificar-se para o trabalho.

Reabilitação é o processo prestado aos portadores de deficiência em decorrência de acidente para que possam voltar a trabalhar. Tem por objetivo preparar o acidentado para o exercício de outra função.

A habilitação e a reabilitação profissional visam proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação ou (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vivem.

Não há necessidade de período de carência para a habilitação e reabilitação profissional.

O processo de reabilitação profissional será desenvolvido por meio de fases básicas, simultâneas ou sucessivas, compreendendo avaliações fisiológicas, psicológicas e socioprofissionais, bem como a recuperação, readaptação e habilitação para o desempenho de atividade que garanta a subsistência do reabilitado.

A reabilitação profissional compreende:

a. o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumento de auxílio de locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso, e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;

b. a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados anteriormente, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;

c. o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

O art. 20 da Lei n. 8.742/1993 estabelece que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 anos ou mais que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la por sua família.

O art. 22 da Lei n. 8.742/1993 passou a tratar dos benefícios eventuais, absorvendo os antigos auxílio-natalidade e auxílio-funeral. Os benefícios eventuais são os que visam ao pagamento de auxílio por

> natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 do salário-mínimo."
>
> Os programas de assistência compreendem ações integradas e complementares com objetivos, tempo e áreas de abrangência definidos para qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e os serviços assistenciais. Serão os programas definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social, com prioridade para a inserção profissional e social.
>
> Os projetos de enfrentamento da pobreza compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e sua organização social (*Op. cit.* p. 486-500) (sem grifo no original).

Observa-se que o Plano de Auxílio Desemprego possui características que não se enquadram em nenhum desses benefícios ou serviços assistenciais legalmente previstos.

A Fundação Casan afirma que o programa "é assistencial em razão da natureza do auxílio desemprego, que consiste no amparo àqueles que necessitam de trabalho, nos termos do art. 203 da Constituição Federal" (fl. 961).

Em verdade, o auxílio desemprego não tem por objetivo prestar serviços de habilitação ou reabilitação profissional, com vistas a integrar o indivíduo ao mercado de trabalho (art. 203, III, da CF).

Conforme se extrai da lição doutrinária, o objetivo da assistência social é prestar serviços que viabilizem a inserção no mercado de trabalho, das pessoas total ou parcialmente incapacitadas, ou com alguma deficiência, seja por meio de qualificação (habilitação profissional) ou da recuperação/readaptação (reabilitação profissional).

Cristiane Miziara Mussi conclui:

> Destarte, a Assistência Social, inserida nos artigos 194, 203 e 204 da Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, vem cobrir uma necessidade acidental, no momento em que é verificada, não havendo prévia acumulação de contribuições, como ocorre na Previdência Social. Ademais, deve ser suportada por toda a coletividade. Os beneficiários, neste caso, são todas as pessoas desprovidas dos meios necessários para viver.
>
> Nesta perspectiva, tem-se que a Assistência Social é voltada não só para os incapacitados para o trabalho, para os idosos, para as crianças e para as pessoas portadoras de necessidades especiais, como, também, para uma classe de capacitados para o trabalho representada pelos desempregados.
>
> Desta forma, diz-se que a Assistência Social constrói a cidadania, pois integra o indivíduo na sociedade, dando ao mesmo condições para que exerça seus direitos, bem como noções de respeito, dignidade e amor ao próximo (*Revista de direito social*. 2003. v. 9, p. 42).

O Plano de auxílio desemprego, ao contrário, foi criado para incentivar o desligamento, ou aposentadoria, dos empregados mais antigos pertencentes aos quadros da Casan. Esta constatação é confirmada pela própria Fundação quando diz nas razões do recurso (fls. 970-971):

> O digno Juiz sentenciante sequer mencionou a relevante questão social relativo ao PAD, já que o Plano surgiu para resolver grave crise institucional na CASAN: antes da implantação do Programa os funcionários, que então haviam atingido idade avançada (a média era superior aos 46 anos, mas havia muitos empregados com mais de 70 anos na ativa) não podiam se aposentar, pois a perda salarial era muito grande. O funcionário só se desligava da empresa ao morrer.
>
> Mesmo os muito doentes, alguns já praticamente inválidos, continuavam a trabalhar.
>
> Como os salários dos funcionários antigos eram justamente os mais altos, à CASAN restava arcar com o elevado custo dessa mão-de-obra já cansada, desmotivada e pouco produtiva. Não podia contratar novos funcionários justamente pela falta de recursos causada pela folha de pagamento dos mais antigos.

> O PAD surgiu para resolver os problemas de ambas as partes. Nos 12 (doze) anos de sua existência, o Plano já permitiu o desligamento de 893 empregados – repita-se, justamente os mais antigos e com maiores salários —, possibilitando a renovação funcional dos quadros da empresa.

Está claro que o auxílio desemprego não é simplesmente assistencial e foi idealizado para aqueles empregados que já estavam em condições de se aposentar pelo INSS, mas não o faziam em virtude do decesso salarial. Configura, portanto, um incentivo à aposentadoria, no sentido mais amplo da palavra que, segundo Sérgio Pinto Martins, quer dizer "retirar-se aos seus aposentos, deixar de trabalhar, ficar em casa" (*Op. cit.* p. 340).

Neste contexto, a Comissão Parlamentar de Inquérito assim se manifestou:

> Paralelamente ao Plano de Auxílio Desemprego – PAD, a CASAN através da FUCAS executou e vem executando o Programa de Incentivo à Aposentadoria – PIA.
>
> O PIA na verdade é uma antecipação do PAD e foi elaborado para aqueles empregados que já estivessem em condição de se aposentar no INSS, mas não o faziam em razão da perda salarial que a aposentadoria causa e porque o PAD, que visa complementar o benefício do INSS, exige uma carência mínima de 60 meses, de contribuição nas parcelas relativas ao pecúlio e pensão.
>
> Pelo PIA a CASAN permanece pagando por intermédio da FUCAS os seus ex-empregados com 60% a 70% da remuneração descontando o benefício pago pelo INSS, até que estes completem 58 anos, quando então passarão a fazer parte do PAD (fls. 839-843).

Certamente os empregados da Casan não se incluem na massa dos desprovidos dos mínimos sociais e o Plano de Auxílio Desemprego não é benefício assistencial. Seus contornos, efetivamente, revelam tratar-se de um programa de incentivo e complemento de aposentadoria, como, aliás, concluiu a Comissão Parlamentar de Inquérito.

1.3 Plano de Auxílio Desemprego: benefício com características de Previdência Complementar

A Fundação Casan nega que o auxílio desemprego seja um plano previdenciário, tese que foi rechaçada no relatório final da Assembleia Legislativa na Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme se vê:

> O PAD é um plano complementar de aposentadoria, até porque, conforme visto anteriormente, mesmo que o PAD fosse um plano assistencial, ele seria irregular, pois a CASAN é uma sociedade de economia mista e não pode transferir recursos para a FUCAS como vem fazendo (fl. 315).
>
> O PAD parece realmente ser um plano assistencial e não previdenciário, mas na realidade é um plano complementar de aposentadoria mascarado de plano assistencial. É possível chegar a esta conclusão porque:
>
> 1º) A responsabilidade pelo déficit do PAD é da CASAN, pois, conforme art. 6º do regulamento do PAD, os compromissos do plano serão custeados exclusivamente pelo mantenedor (art. 6º do Regulamento);
>
> 2º) O PAD é um plano de contribuição definida;
>
> 3º) O PAD é um plano de benefício definido;
>
> 4º) Observa-se da Resolução de Diretoria n. 268, de 30 de dezembro de 1993, que o PAD foi instituído com base no índice de produtividade negociado, e a partir do segundo ano através de taxas atuarialmente projetadas sobre a folha bruta com encargos;
>
> 5º) A CASAN reconheceu um déficit atuarial no PAD através da Resolução n. 700, de 30 de setembro de 1997;
>
> 6º) A FUCAS parou de conceder empréstimo a CASAN em razão da Resolução n. 2829/2001 do Conselho Monetário Nacional – CMN (fl. 319).
>
> Nos termos do Regulamento do Plano, terá direito ao auxílio desemprego o mantenedor-beneficiário que preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

> a. Haver contribuído para a Previdência Social durante pelo menos 36 (trinta e seis) meses, nos últimos quatro anos;
>
> b. Contribuir para o Plano de Pecúlio e Pensão, instituído mediante convênio firmado pela Fucas com entidades abertas de previdência;
>
> c. Participar no custeio dos planos previdenciais relativos ao convênio com entidades previdenciárias privadas durante pelo menos 60 (sessenta) meses;
>
> d. Ter-se afastado sem justa causa e em caráter permanente da atividade do Mantenedor.

Nos termos do art. 1º do Regulamento do Auxílio Desemprego:

> Art. 1º. O auxílio desemprego é a modalidade de assistência social prevista no item 1 do artigo 7º do Estatuto da FUCAS para promover a integração dos seus destinatários ao mercado de trabalho, mediante a compensação parcial da perda dos salários nos casos de desemprego.
>
> Parágrafo único – para efeitos deste regulamento, considera-se desemprego o *afastamento permanente* da atividade exercida em MANTENEDOR, excluídos os casos de morte (sem grifo no original).

O Plano de Auxílio Desemprego é constituído por dois fundos:

A) o Fundo de Desemprego Anormal (Fundesa) que visa complementar a aposentadoria por invalidez pelo INSS, quando estiver comprovada a dificuldade de retorno às atividades do empregado com idade inferior a 58 anos (art. 8º c/c art. 2º, § 2º e art. 10, parágrafo único, do Regulamento). A Fundação, neste caso, revelará à entidade de previdência conveniada a contribuição única de um plano de renda mensal vitalícia imediata em favor do mantenedor-beneficiário (art. 10).

B) o Fundo de Desemprego Normal (Fundesn) que visa à complementação da aposentadoria normal aos empregados com idade superior a 45 anos (art. 9º c/c art. 12, do Regulamento). Nesta hipótese, a Fundação

reverterá à entidade previdencial conveniada o valor do fundo individualizado em nome do mantenedor-beneficiário, a título de contribuição única de um plano de renda mensal vitalícia em favor do desempregado (art. 12).

Nos termos do art. 2º do Regulamento, o auxílio desemprego será concedido na forma de pagamento ou de uma só vez, desde que preenchidos os requisitos para a concessão do benefício.

Assim, terá direito ao auxílio o mantenedor-beneficiário que se afasta definitivamente da Companhia Mantenedora, em virtude de demissão sem justa causa ou de aposentadoria.

O beneficiário poderá optar pelo complemento mensal vitalício (renda vitalícia) ou pelo saque integral ou parcial da reserva.

Quando da solicitação do benefício, a Fundação Casan transferirá para uma das entidades abertas de previdência complementar conveniadas, escolhida pelo beneficiário, o montante dos recursos financeiros ao pagamento da renda mensal vitalícia a que o participante tem direito no momento do seu afastamento.

As reservas são transferidas para a Mongeral ou a Vera Cruz Vida e Previdência. A Mongeral está habilitada para converter os recursos em renda mensal vitalícia e a Vera Cruz permite o resgate parcial ou integral dos recursos, com a conversão do saldo em renda mensal por tempo determinado (fls. 94-103).

As informações contidas no Guia de Referência Rápida (fls. 94-103) dizem que o objetivo do Plano de Auxílio Desemprego:

> É a manutenção dos complementos assistenciais de renda de modo a que, durante a aposentadoria, somando ao benefício do INSS, o beneficiário possa dispor de 70% da renda que tinha quando estava na ativa.

> A reserva de benefício resgatada no momento da aposentadoria é suficiente para assegurar um complemento assistencial de renda vitalício, equivalente à diferença entre o benefício pago pelo INSS e os 70% do salário.
>
> O objetivo do PAD é proporcionar aos participantes tranquilidade no caso de desemprego por demissão sem justa causa, mediante o recebimento de uma renda mensal vitalícia. O valor da renda mensal vitalícia será o equivalente à sua parcela ideal, calculada atuarialmente, junto aos fundos garantidores de benefício, no momento de seu afastamento definitivo dos quadros de empregados da Mantenedora.

A própria Fundação Casan afirma que o auxílio surgiu, porque a Companhia vinha enfrentando problemas em razão da massa de empregados em idade de se aposentar, mas não se desligavam da empresa em virtude da perda salarial:

O Plano surgiu para resolver grave crise institucional na CASAN: antes da implantação do Programa os funcionários, que então haviam atingido idade avançada (a média era superior aos 46 anos, mas havia muitos empregados com mais de 70 anos na ativa) não podiam se aposentar, pois a perda salarial era muito grande. O funcionário só se desligava da empresa ao morrer.

O PAD surgiu para resolver os problemas de ambas as partes. Nos 12 (doze) anos de sua existência, o Plano já permitiu o desligamento de 893 empregados – repita-se, justamente os mais antigos e com maiores salários —, possibilitando a renovação funcional dos quadros da empresa (fls. 970-971).

Observa-se que o Plano de Auxílio Desemprego tem nítidos contornos de uma previdência complementar fechada, como se conclui ao ler as lições de Sérgio Pinto Martins sobre o sistema de previdência privada:

> A previdência complementar demonstra que o benefício previdenciário do INSS não é suficiente para atender a todas as necessidades

> do segurado, principalmente quando o limite máximo é de aproximadamente 10 salários-mínimos.
>
> A Previdência Privada tem por objetivo complementar, completar o benefício oficial.
>
> Os benefícios da previdência privada complementar não têm por objetivo aplicação financeira, mas segurança e estabilidade da pessoa.
>
> A natureza do benefício é de uma forma de poupança individual em vez de social.
>
> O sistema de previdência complementar envolve a capitalização (*funding*), a formação de uma espécie de poupança que será devolvida à pessoa nas condições pactuadas (Op. cit. fls. 472-473).

O auxílio desemprego foi projetado pela STEA — Serviços Técnicos de Estatística e Atuária Ltda. como sendo um instituto de caráter meramente assistencial, porém, os estudos apresentados pela empresa deixam entrever que, na prática, o programa objetiva à complementação da aposentadoria, embora o auxílio seja classificado como de "assistência complementar". Veja-se:

> Os institutos assistenciais capitalizam as contribuições das mantenedoras, sem quaisquer restrições impostas pelo poder público, para garantia da indenização nos casos de desemprego, em que se incluem os de aposentadoria.
>
> O auxílio-desemprego é concedido ao empregado após adequado período de carência:
>
> a) temporariamente, nos casos normais de dispensa ou demissão;
>
> b) vitaliciamente, nos casos de perda de capacidade por invalidez ou idade avançada.
>
> *Para a concessão vitalícia, os recursos destinados à cobertura do desemprego são capitalizados individualmente pelo Instituto Assistencial e depois transferidos a alguma entidade aberta de previdência privada, que logo passa a pagar ao desempregado a renda vitalícia de aposentadoria, reajustável mensalmente pelo indexador oficial.*

> *Ao contrário dos planos de contribuição definida das entidades fechadas, que não cogitam da complementaridade do benefício, o Instituto Assistencial projeta convênios com entidade de previdência, prevendo a aposentadoria complementar* (fl. 180) (sem grifo no original).

Conforme conclusão anotada no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito:

> Como se vê, o Plano de Auxílio Desemprego – PAD, nada mais é do que um plano de aposentadoria complementar, cujo patrocinador e mantenedor é a CASAN única e exclusivamente, embora os membros da empresa e da fundação insistam que não seria aposentadoria complementar e que são eles (empregados) que sustentam o plano.
>
> Em razão do PAD, a CASAN repassava mensalmente um percentual sobre a folha bruta com encargos para formar o chamado Fundo de Auxílio Desemprego, de onde são retirados recursos para pagar o PAD. Como não há desconto em folha dos empregados, fica claro que é a CASAN que sustenta o PAD, e não os empregados, além disso, tal fato gera sonegação tributária (fl. 307).
>
> A documentação trazida aos autos aponta que a participação para a manutenção do fundo é exclusivamente da Mantenedora.
>
> Anota-se, desde logo, que a Fundação Casan não logrou comprovar que os fundos do plano são sustentados pela contribuição dos empregados da Companhia, ônus que lhe incumbia a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

A documentação acostada nos autos, ao contrário, revela que o plano é custeado pela Casan.

O Regulamento (fls. 286-292) prescreve que o auxílio desemprego será custeado exclusivamente pelo Mantenedor, vedada qualquer contribuição por parte dos beneficiários:

> Art. 6º. Os compromissos do auxílio desemprego serão custeados exclusivamente pelo MANTENEDOR, vedada qualquer contribuição dos mantenedores-beneficiários para o mesmo fim.

O Guia de Referência Rápida divulgado pela Fundação (fls. 94-103) reafirma que a participação para a formação dos fundos é exclusiva da Mantenedora, sendo proibida a contribuição do participante:

> O PAD é um plano financeiro/atuarial caracterizado por ser de Contribuição Definida. *A participação para a formação dos fundos garantidores de benefício é exclusiva da Mantenedora. É proibida por Regulamento a contribuição do participante para este fim*.
>
> O objetivo do PAD é proporcionar aos participantes tranquilidade no caso de desemprego por demissão sem justa causa, mediante o recebimento de uma renda mensal vitalícia.
>
> O valor pode variar de um benefício mínimo de 10% até um máximo de 70% sobre a Remuneração Bruta Fixa recebida, menos 95% do teto de benefício do INSS. *Para garantir o pagamento da renda mensal vitalícia, a Mantenedora aporta mensalmente aos fundos garantidores de benefício um montante de recursos financeiros que, ao longo do tempo e com o acréscimo das rentabilidades obtidas no mercado financeiro, formam os fundos necessários* (sem grifo no original).

A Resolução n. 268/1993 (fl. 252), que implantou o "Plano de Complementação de Aposentadoria", na forma de auxílio desemprego, aprovou as taxas a serem repassadas à Fundação com vistas à formação do Fundo sendo que, já a partir do segundo ano, os recursos seriam calculados atuarialmente sobre a folha bruta da empresa:

> 1º ano: 4% equivalente ao reflexo financeiro e de custos sobre as rubricas que compõem o índice de produtividade negociado.
>
> 2º ao 5º ano: 5,957 taxa atuarialmente projetada para o período a ser aplicada sobre a folha bruta com encargos.
>
> 6º ano: 3,409 taxa atuarialmente projetada para o período, a ser aplicada sobre a folha bruta com encargos.
>
> Folha Bruta
>
> Considera-se folha bruta todas as verbas sujeitas a incidência do INSS.

O Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 25-8-1993 (fls. 161-169) previu a criação do "Plano de Complementação de Aposentadoria", que foi implementado como Plano de Auxílio Desemprego. Conforme se observa na cláusula 21, a fonte de custeio do plano seria originária da parceria Casan/Fucas:

> A CASAN implantará dentro do prazo de 90 dias, o Plano de Complementação de Aposentadoria, com estudo e cálculo atuarial já elaborado pela FUCAS, através da Empresa Serviços Técnicos de Estatística e Atuária – STEA LTDA.
>
> Parágrafo Primeiro — A fonte de custeio para a implantação do Plano mencionado no *caput* desta cláusula será originária da participação conjunta, da CASAN, através das taxas atuariais determinadas no Estudo e Cálculo Atuarial realizado pela Empresa Serviços Técnicos de Estatísticos e Atuária – STEA Ltda., utilizando-se para tal do reflexo financeiro e de custos equivalentes ao índice de produtividade negociado de 4% (quatro por cento), com início dos repasses a FUCAS a partir da implantação do referido plano.

A Casan afirma, entretanto, que a empresa é a única fonte de recursos para o custeio do Plano e que o benefício salarial nunca foi implementado:

> Nesse contexto, sem qualquer plausibilidade jurídica — confrontando, inclusive, com o posicionamento defendido pela autora — a tese de que a CASAN é mera repassadora de recursos pertencentes aos funcionários, eis que jamais foi implementado referido benefício salarial, restando devidamente comprovado que a empresa requerida sempre foi, *única e exclusivamente*, a fonte dos recursos que custearam o PAD (fl. 623).

O Plano de auxílio desemprego foi implantado com base no plano para entidades previdenciais e assistenciais, idealizado pela empresa STEA – Serviços Técnicos de Estatística e Atuária Ltda. e, de acordo com a empresa, o empregado, em regra, não contribui para o fundo, o qual é subvencionado pela Mantenedora:

> O auxílio-desemprego é concedido ao empregado após adequado período de carência:
>
> a) temporariamente, nos casos normais de dispensa ou demissão;
>
> b) vitaliciamente, nos casos de perda de capacidade por invalidez ou idade avançada.
>
> O empregado, em geral, não contribui para o auxílio-desemprego, que é subvencionado pela mantenedora; ele paga apenas a contribuição para a pensão por morte a ser legada aos beneficiários, e essa contribuição é logo transferida a alguma entidade previdencial aberta para a liberação do risco (fl. 180).

O art. 14 do Regulamento veda a restituição dos valores acumulados nos fundos de desemprego ao mantenedor-beneficiário que falecer, requerer o cancelamento da inscrição ou atrasar por três meses consecutivos o pagamento de contribuições para os planos de pensão e pecúlio.

Tal vedação contida no Regulamento, surge como mais um indicativo de que os recursos não pertencem aos empregados da Casan, mas ao próprio empregador.

Aliás, decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região negaram aos empregados da Casan o pedido de devolução de contribuições do benefício complementar, sob o fundamento de que tais contribuições foram efetuadas unilateralmente pelo empregador.

O acórdão n. 00170/2005, no Recurso Ordinário n. 06222-2003-034-12-00-9, julgado em 7-12-2004, confirmou a sentença de primeiro grau, que negou ao empregado da Casan o pedido de restituição de 4% a título de produtividade em face do desligamento da empresa. Veja-se:

> DEVOLUÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE PLANO DE BENEFÍCIO COMPLEMENTAR. IMPROVIMENTO. Não tendo o reclamante custeado plano de benefício complementar, não faz jus a qualquer devolução de valores repassados ao plano por seu empregador.

Para negar o pedido de devolução do índice de produtividade de 4%, repassado à Fundação pela Casan, visando à implementação do plano de aposentadoria, o relator Juiz Gracio Ricardo Barboza Petrone utilizou-se dos seguintes fundamentos:

> Constato da cláusula 21ª do Acordo Coletivo de Trabalho de 1993/1994 a implantação de plano de complementação salarial de aposentadoria, assim disposto em seu parágrafo primeiro:
>
> "[...] A fonte de custeio para a implantação do Plano mencionado no *caput* desta cláusula será originária da participação conjunta, da CASAN, através das taxas atuariais determinadas no Estudo e Cálculo Atuarial realizado pela empresa Serviços Técnicos de Estatísticas e Atuária – STEA LTDA., utilizando-se para tal do reflexo financeiro e de custos equivalentes ao índice de Produtividade negociado de 4% (quatro por cento), com início dos repasses À FUCAS a partir da implantação do referido Plano.
>
> Deste modo, conforme se verifica na cláusula, a participação conjunta diz respeito à parceria CASAN/FUCAS, e não à participação do empregado.
>
> A questão foi muito bem apreciada pela sentença de primeiro grau, que passo a transcrever (fl. 124):
>
> "A cláusula 21ª do acordo coletivo de trabalho (fl. 23) deixa claro que a entidade sindical negociou com a empresa a criação de um plano de complementação salarial de aposentadoria, todavia estabeleceram que o fundo seria custeado através do reflexo financeiro decorrente do índice de produtividade negociado. Neste diapasão, os empregados sequer perceberam a verba produtividade, sendo esta criada pela entidade sindical e pela ré, com o único objetivo de financiar o plano de complementação de aposentadoria, que foi implementado como Plano de Auxílio Desemprego – PAD. Neste sentido, somente a CASAN contribuiu para a formação deste fundo, como visto, através da 'concessão de produtividade' fictício.
>
> "O reclamante, ao desligar-se da empresa não atendeu aos requisitos exigidos pelo art. 4º do regulamento do plano de auxílio-desemprego – PAD em específico o de ter participado no custeio dos planos previdenciais do convênio mencionado no § 1º do art. 2º, durante, pelo menos, 60 meses, para ter direito ao auxílio. Por

> outro lado, o regulamento do plano veda a devolução dos valores, mesmo porque não foram descontados de seu salário, mas sim repassados diretamente pelo empregador, conforme convencionado entre as partes...".
>
> Sendo assim, agiu acertadamente o Juízo de primeiro grau, uma vez que as contribuições à FUCAS eram efetuadas pela CASAN, e não pelo reclamante.
>
> No mesmo sentido:
>
> PLANO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CUSTEIO PREVISTO EM INSTRUMENTO COLETIVO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. EFEITOS. Havendo previsão em instrumento coletivo de plano de custeio de benefício complementar, cuja verba é de responsabilidade exclusiva do empregador, não há falar em devolução das parcelas ao empregado que teve seu contrato de trabalho rescindido antes de implementar o benefício (Processo n. 1213/2001, rel. Juiz Telmo Joaquim Nunes, julgado em 24-9-2001).
>
> PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. DEVOLUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS. IMPOSSIBILIDADE. As contribuições efetuadas unilateralmente pelo empregador a entidade de previdência privada não pertencem ao patrimônio do empregado, pois não decorreram de descontos em seu salário (Processo n. 2321/2000, rela. Juíza Maria do Céo de Avelar, julgado em 28-11-2000).

1.4 Impossibilidade de transferência de recursos para entidades de assistência de empregados vinculados a entidades da Administração Indireta

O relatório final da Assembleia Legislativa na Comissão Parlamentar de Inquérito ainda alertou sobre a ilegalidade dos repasses feitos pela Casan em favor da Fundação:

> A CASAN é sociedade de economia mista, e como ente estatal deve buscar o benefício da coletividade e coibir práticas que possam afastá-la do escopo de sua criação, tais como trazer benefícios exclusivos a uma parcela exclusiva da sociedade, pois tais práticas

> não se coadunam com os princípios e normas inerentes aos órgãos e entidades da Administração (fl. 295).
>
> Diante deste quadro, a FUCAS é meramente uma entidade privada composta por funcionários da CASAN (que é uma sociedade de economia mista estadual), e que, na condição de entidade privada, não pode receber recursos da Administração Pública (fl. 297).

Ocorre que é ilegal a transferência de recursos públicos em favor de entidades ou associações de servidores ou empregados vinculados à Administração Indireta.

O Decreto Federal n. 99.509/1990 veda aos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, o repasse de contribuições pecuniárias a clubes ou sociedades de servidores ou empregados. *In verbis*:

> Art. 1º Fica vedado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem assim às empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, efetuar, em favor de clubes ou outras sociedades civis, de caráter social ou esportivo, inclusive os que congreguem os respectivos servidores ou empregados e seus familiares:
>
> I — contribuições pecuniárias, a qualquer título;

A norma prevê como exceção à regra, "as contribuições para entidades fechadas de previdência privada, desde que regularmente constituídas e em funcionamento até 10 de julho de 1989, observados os limites estabelecidos na legislação pertinente e, especialmente, o disposto na Lei n. 8.020, de 12 de abril de 1990" (art. 1º, § 1º, *b*).

De outro vértice, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no acórdão n. 660/2004 (fls. 485-487), relativo à Prestação de Contas do Centro de Informática e Automação do Estado – CIASC, já havia determinado:

> Às sociedades de economia mista CELESC, CASAN, IAZPE, CIDASC, EPAGRI, CODESC, SCGÁS, BADESC, COHAB/

> SC, SANTUR e CEASA/SC, para que se abstenham de repassar recursos públicos de qualquer natureza para associações de empregados, entidades ou similares, por contrariar o interesse público, sendo ilegítimos, ressalvados os repasses de recursos na condição de patrocinadoras de entidades fechadas de previdência complementar legalmente constituídas, segundo o estabelecido no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n. 20/1998, e pela Lei Complementar Federal n. 108/2001.

Na Consulta n. 04/04725074 formulada pelo Diretor Presidente da Casan, Walmor Paulo De Luca, o Tribunal de Contas respondeu:

> Consoante os termos da decisão n. 0660/2004, de 03/05/2004, desta Corte de Contas, ficaram as sociedades de economia mista do Estado de Santa Catarina proibidas de efetuar repasses de recursos de qualquer natureza a associações de empregados ou entidades similares que não sejam entidades fechadas de previdência complementar, constituídas de acordo com o art. 202, § 3º, da Constituição Federal e com a Lei Complementar n. 108/2001 (fls. 350-359).

No Processo de Prestação de Contas n. 01/01917201 da entidade Casan, em que figuraram como responsáveis o ex-Diretor Presidente Aristorides Vieira Stadler e o Diretor Presidente Walmor Paulo De Luca, o Tribunal de Contas Estadual, em sessão realizada no dia 29-11-2004, determinou a cessação, a partir da data da publicação do acórdão, de quaisquer repasses de recursos financeiros para a Fundação Casan, em razão da ilegitimidade das transferências.

> A decisão restou assim acordada:
>
> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:
>
> *6.1.* Julgar irregulares, sem imputação de débito, *em caráter excepcional*, na forma do art. 18, III, alínea *b*, c/c o art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 202/2000, as contas anuais de 2000 referentes a atos de gestão da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — CASAN, em face da incorrência de despesas

> ilegítimas, por contrariarem o interesse público e por conflitarem com os princípios da legalidade, da finalidade e da impessoalidade insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, concernentes a repasses no montante de *R$ 22.238.614,64* (vinte e dois milhões duzentos e trinta e oito mil seiscentos e quatorze reais e sessenta e quatro centavos) realizados à Fundação CASAN — FUCAS, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.
>
> *6.2.* Determinar ao *Sr. Walmor Paulo de Luca* — Diretor-Presidente da CASAN, a adoção de providências para cessação, a partir da data da publicação deste Acórdão no Diário Oficial do Estado, de quaisquer repasses de recursos financeiros para a Fundação CASAN — FUCAS, em face da falta de interesse público das transferências realizadas, que implica na ilegitimidade da despesa, e com infração dos princípios da legalidade, da finalidade e da impessoalidade previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, como também por absoluta improcedência do enquadramento da Fundação CASAN — FUCAS nas disposições do art. 203, inciso III, da Carta Magna (item 12 do Relatório n. DCE e Parecer COG n. 360/2004).

Visto que não encontra sustentação nos autos a tese da Fundação Casan de que não se trata de contribuição do ente público, mas de verba decorrente de acordo coletivo de trabalho (índice de produtividade negociado de 4%).

Do mesmo modo, o benefício concedido aos empregados da Casan por intermédio do Acordo Coletivo firmado em 25-8-93, infringiu o princípio da legalidade, porque não atendeu à legislação. Com efeito, a concessão de quaisquer benefícios aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista por meio de acordo coletivo de trabalho, depende de prévia autorização do Conselho de Política Financeira.

Conforme concluiu a Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa:

> Portanto, a princípio, o Acordo Coletivo de Trabalho 93/94 poderia criar o direito a um plano de complementação de aposentadoria, o qual passou a ser norma e obrigação entre as partes. Ressalte-se, no

> entanto, que o que for firmado ente as partes não pode contrariar a legislação pátria, sob pena de nulidade, o que não é o caso da cláusula 21ª do Acordo Coletivo 93/94, que apenas garantiu o direito e impôs a obrigação de a empresa criar um plano complementar de aposentadoria, que deveria estar de acordo com a legislação previdenciária.
>
> Todavia, em sendo a CASAN uma sociedade de economia mista, controlada pelo Estado de Santa Catarina, é importante asseverar que o PAD não poderia ter sido instituído sem anuência do Conselho de Política Financeira (fls. 313-314).

O Acordo Coletivo de 25-8-93 descumpriu as determinações contidas na Lei Estadual n. 8.245/1991, vigente à época, porque o benefício complementar implementado não foi previamente autorizado pelo então denominado Conselho de Política Financeira e Salarial, nem homologado pelo Governador do Estado. O art. 30 da Lei Estadual prescrevia:

> Art. 30. Ao Conselho de Política Financeira, integrado pelos Secretários de Estado de Planejamento e Fazenda, seu Presidente, da Justiça e Administração, da Casa Civil e Pelo Procurador-Geral do Estado, compete assessorar o Governador do Estado:
>
> I – na tomada de decisões sobre o encaminhamento à Assembleia Legislativa de projetos de lei sobre matéria financeira e orçamentária ou que implique aumento de despesa ou comprometimento do patrimônio público;
>
> II – na fixação de normas regulamentadoras, métodos, critérios e procedimentos destinados a reger a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração pública do Poder Executivo;
>
> III – *na fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais*;
>
> IV – *na definição da política salarial a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou contratadas*.

> Parágrafo único. As decisões do Conselho de política Financeira que tenham caráter normativo ou autorizativo revestirão a forma de resolução e produzirão efeitos após sua homologação pelo Governador do Estado e publicação no Diário Oficial do Estado (sem grifo no original).

Ressalta-se que tanto a Lei Estadual n. 9.831/1995, quanto a Lei Complementar Estadual n. 243/2003, as quais sucederam a legislação citada, mantiveram a exigência da chancela do Conselho de Política Financeira e do Governador do Estado à política salarial das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Lei Estadual n. 9.831/1995 prescrevia:

> Art. 38. Ao Conselho de Política Financeira, integrado pelos Secretários de Estado da Fazenda, seu presidente, da Administração, da Casa Civil e pelo Procurador-Geral do Estado, compete assessorar o Governador do Estado:
>
> I — na tomada de decisões sobre o encaminhamento à Assembleia Legislativa de projetos de lei sobre matéria financeira e orçamentária, ou que impliquem aumento de despesa ou comprometimento do patrimônio público;
>
> II — na fixação de normas regulamentares, métodos, critérios e procedimentos destinados a reger a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração pública do Poder Executivo;
>
> III — na fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais;
>
> IV — na definição da política salarial a ser observada pelas empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias ou controladas.
>
> Parágrafo Único. As decisões do Conselho de Política Financeira, que tenham caráter normativo ou autorizativo, revestirão a forma de resolução e produzirão efeitos após sua homologação pelo Governador do Estado e publicação no Diário Oficial do Estado.

A Lei Complementar Estadual n. 243/2003 determina:

> Art. 40. Ao Conselho de Política Financeira — CPF —, integrado pelos Secretários de Estado da Fazenda, seu presidente, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Administração, da Casa Civil e pelo Procurador-Geral do Estado, compete assessorar o Governador do Estado:
>
> I — na tomada de decisões sobre o encaminhamento à Assembleia Legislativa de projetos de lei sobre matéria financeira e orçamentária, ou que impliquem aumento de despesa ou comprometimento do patrimônio público;
>
> II — na fixação de normas regulamentares, métodos, critérios e procedimentos destinados a reger a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração pública do Poder Executivo;
>
> III — na fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais; e
>
> IV — na definição da política salarial a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou controladas.
>
> Parágrafo único. As decisões do Conselho de Política Financeira — CPF —, que tenham caráter normativo ou autorizativo, terão a forma de resolução e produzirão efeitos após sua homologação pelo Governador do Estado e publicação no Diário Oficial do Estado.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina confirmou em suas decisões, a necessidade de autorização do Conselho de Política Financeira e homologação pelo Governador do Estado, dos benefícios concedidos a empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas:

Decisão n. 930 do Tribunal de Contas do Estado:

> A instituição de benefícios, ainda que indiretos, aos servidores das sociedades de economia mista do Estado depende de aprovação da Assembleia Geral dos acionistas da entidade e de prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, após manifestação do Conselho

> de Política Financeira, nos termos do art. 38 da Lei Estadual n. 9.831/1995.

Decisão n. 1443 do Tribunal de Contas do Estado:

> A concessão de quaisquer benefícios aos servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista, à vista do disposto no art. 40, inciso IV e parágrafo único, da Lei Complementar n. 243/2003, depende da prévia autorização do Conselho de Política Financeira — CPF, homologação pelo Governador do Estado e publicação no Diário Oficial do Estado, sendo condicionada, ainda, à observância da Lei Complementar Federal n. 101/2000 (LRF).

1.5. Previdência complementar fechada: constituição e funcionamento irregular

Visto que, pela legislação vigente, é vedado às sociedades de economia mista repassar valores para entidades privadas de assistência aos empregados, a menos que seja na condição de patrocinadoras de entidade de previdência complementar fechada, o que não é o caso.

A Fundação Casan nega que o Plano de Auxílio Desemprego seja previdenciário (fl. 961), porém, embora formalizado ao arrepio da legislação previdência, o benefício revela nítidos contornos de um plano de previdência fechada complementar. Veja-se.

À época da implantação do plano de complementação de aposentadoria, na forma de auxílio desemprego (Resolução n. 268, de 30-12-1993), vigia a Lei Federal n. 6.435/1977, que dispunha sobre as entidades de previdência privada.

Pela Lei Federal n. 6.435/1977, vigente até a edição das Leis Complementares n. 108 e 109, ambas de 2001, entidade de previdência privada era aquela que instituísse planos de concessão de pecúlio ou de rendas, benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social. *In verbis*:

> Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da previdência social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.
>
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se participante o associado, segurado ou beneficiário incluído nos planos a que se refere este artigo.

O auxílio desemprego, conforme visto anteriormente, é um benefício complementar que visa compensar a perda salarial dos empregados participantes, no caso de afastamento definitivo da Mantenedora, por desemprego normal (aposentadoria normal) ou por desemprego anormal (aposentadoria por invalidez).

Desta forma, nos termos da legislação vigente à época, o auxílio desemprego é um plano de complementação de aposentadoria, apesar de instituído de forma totalmente irregular.

A constituição, organização e funcionamento das entidades de previdência privada, nos termos da Lei n. 6.435/1977, dependiam da autorização do Governo Federal, mediante portaria do Ministro da Previdência e Assistência Social (art. 2º e art. 37).

Face à documentação trazida aos autos, não se pode chegar à outra conclusão senão a de que a Casan, por intermédio do Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 1993 e da Resolução n. 268/1993, implantou um plano de aposentadoria complementar para os seus empregados, o qual foi denominado Plano de Auxílio Desemprego. E mais: os fundos do programa são custeados, de forma irregular, pela Companhia. Isso porque, o aporte de recursos da Casan à entidade privada somente seria legítimo, na condição de patrocinadora de entidade de previdência complementar fechada. Todavia, o plano de complementação de aposentadoria foi implantado na forma de

auxílio desemprego, recebendo uma roupagem de benefício assistencial, a fim de não se submeter à legislação pátria previdenciária.

A leitura do estudo elaborado pela STEA Ltda., empresa que projetou o plano, permite entrever que o auxílio desemprego, embora seja chamado de benefício assistencial, na prática, funciona como uma verdadeira complementação de aposentadoria. O relatório elaborado pelas equipes técnicas da STEA Ltda. traçam as características dos novos institutos criados por entidades assistenciais (fls. 171-194):

> Os novos planos foram estruturados pela própria STEA a partir de 1985, com feição caracteristicamente assistencial para a viabilização automática da imunidade tributária, hoje prevista no artigo 150 da Constituição; não exigem eles da empresa qualquer responsabilidade no tocante a eventuais déficits ou ao valor da contribuição, que pode ser fixado arbitrariamente em cada exercício na dependência do lucro do exercício precedente, vale dizer da produção da massa empregada; tampouco restringem o investimento dos fundos por quaisquer critérios, afora os ditados pelos imperativos atuariais de responsabilidade e liquidez.
>
> Os institutos assistenciais capitalizam as contribuições das mantenedoras, sem quaisquer restrições impostas pelo poder público, para garantia da indenização nos casos de desemprego, em que se incluem os de aposentadoria.
>
> O auxílio-desemprego é concedido ao empregado após adequado período de carência:
>
> a) temporariamente, nos casos normais de dispensa ou demissão;
>
> b) vitaliciamente, nos casos de perda de capacidade por invalidez ou idade avançada.
>
> Para a concessão vitalícia, os recursos destinados à cobertura do desemprego são capitalizados individualmente pelo Instituto Assistencial e depois transferidos a alguma entidade aberta de previdência privada, que logo passa a pagar ao desempregado a renda vitalícia de aposentadoria, reajustável mensalmente pelo indexador oficial.
>
> Ao contrário dos planos de contribuição definida das entidades fechadas, que não cogitam da complementaridade do benefício, o

> Instituto Assistencial projeta convênios com entidade de previdência, prevendo a aposentadoria complementar.
>
> O empregado, em geral, não contribui para o auxílio-desemprego, que é subvencionado pela mantenedora; ele paga apenas a contribuição para a pensão por morte a ser legada aos beneficiários, e essa contribuição é logo transferida a alguma entidade previdencial aberta para a liberação do risco.
>
> Vantagens comuns das entidades previdenciais e assistenciais:
>
> PARA AS EMPRESAS:
>
> a) eliminação de salários e encargos sociais pela aposentadoria dos empregados antigos;
>
> b) renovação da massa empregada pelo afastamento automático dos que se aposentam e consequente aumento da produtividade da mão-de-obra;
>
> [...].
>
> PARA OS EMPREGADOS:
>
> a) segurança do padrão de vida dos familiares;
>
> b) abertura de quadros funcionais para acesso promocional, com a retirada normal pela aposentadoria dos idosos;

A Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa também concluiu que o auxílio desemprego configura um plano de complementação de aposentadoria, embora camuflado de benefício assistencial, ilegalmente sustentado pela Casan (fls. 344-345). Veja-se:

> A Fundação CASAN-FUCAS é uma instituição privada, que atende exclusivamente aos interesses dos funcionários da CASAN e de seus dependentes;
>
> As transferências de recursos públicos, dos cofres da CASAN para a FUCAS, são ilegais, conforme têm decidido o TCE em casos análogos, tendo, inclusive, comunicado a direção da empresa sobre tal posicionamento;

> A CASAN, em 1993, criou o Plano de Complementação de Aposentadoria para seus funcionários, sem a autorização do CPF do Estado;
>
> O Plano de Complementação de Aposentadoria dos funcionários da CASAN recebeu uma roupagem camuflada num denominado Plano de Auxílio ao Desemprego (PAD), com o propósito de não se subordinar à legislação federal que rege o funcionamento das entidades de previdência fechada;
>
> O Plano de Complementação de Aposentadoria dos funcionários da CASAN, denominado PAD, é custeado inteiramente pela Companhia, em completo desacordo com as disposições constitucionais a respeito do assunto (CF art. 202, §§ 3º e 4º e EC 20/1998 art. 5º e 6º).

Como o auxílio desemprego não se ajustou à legislação previdenciária, são ilegítimos os repasses efetuados pela Companhia.

> A Constituição Federal, no art. 202, §§ 3º e 4º, determina:
>
> § 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.
>
> § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

O Tribunal de Contas Estadual confirmou a ilegitimidade dos repasses de recursos efetuados por sociedades de economia mista às entidades ou associações de empregados, conforme o acórdão n. 660/2004:

> Às sociedades de economia mista CELESC, CASAN, IAZPE, CIDASC, EPAGRI, CODESC, SCGÁS, BADESC, COHAB/SC, SANTUR e CEASA/SC, para que se abstenham de repassar

> recursos públicos de qualquer natureza para associações de empregados, entidades ou similares, por contrariar o interesse público, sendo ilegítimos, ressalvados os repasses de recursos na condição de patrocinadoras de entidades fechadas de previdência complementar legalmente constituídas, segundo o estabelecido no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n. 20/1998, e pela Lei Complementar Federal n. 108/2001.

Ademais, na época da instituição do auxílio desemprego, a lei permitia que a contribuição para o fundo de previdência privada partisse unicamente dos participantes ou dos empregadores, ou de ambos (art. 1º, da Lei n. 6.435/1977).

A partir da Emenda Constitucional n. 20/1998, as contribuições para os fundos de previdência complementar devem ser paritárias, ou seja, tanto a patrocinadora como os segurados devem contribuir.

> Os arts. 5º e 6º da referida emenda prescrevem:
>
> Art. 5º — O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo.
>
> Art. 6º — As entidades fechadas de previdência privada patrocinadas por entidades públicas, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, deverão rever, no prazo de dois anos, a contar da publicação desta Emenda, seus planos de benefícios e serviços, de modo a ajustá-los atuarialmente a seus ativos, sob pena de intervenção, sendo seus dirigentes e os de suas respectivas patrocinadoras responsáveis civil e criminalmente pelo descumprimento do disposto neste artigo.

Alexandre de Morais leciona que a previdência privada apresenta algumas características constitucionais, dentre elas, a "independência financeira em relação ao Poder Público":

> A Constituição Federal veda o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas. Excepciona, somente, a possibilidade, nos termos da lei complementar, de qualquer dos entes federativos patrocinar entidade de previdência privada, desde que sua contribuição normal não exceda a do segurado (*Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 692).

O relacionamento entre as entidades fechadas de previdência complementar e as entidades da Administração direta e indireta (art. 202, § 4º, da Constituição Federal), foi regulamentado pela Lei Complementar n. 108/2001.

O art. 5º desta Lei Complementar repisa o texto constitucional (art. 202, § 4º), proibindo o repasse de recursos à entidade de previdência privada por parte da Administração Pública. *In verbis*:

> Art. 5º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas o aporte de recursos a entidades de previdência privada de caráter complementar, salvo na condição de patrocinador.

Assim, não tem amparo legal a transferência de recursos financeiros que a Casan vem efetuando para a Fundação, porque, como dito, não restou comprovado que se trata de simples repasse de valores descontados dos empregados da Companhia para o custeio dos fundos do auxílio desemprego. Ao que se conclui a partir das provas contidas nos autos, inclusive com apoio no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito e nas decisões do Tribunal de Contas do Estado, a transferência de recursos efetuada pela Companhia, afronta ao princípio da legalidade, haja vista que o repasse financeiro da sociedade de economia mista à entidade de direito privado, somente seria legítimo na condição de patrocinadora de entidade de previdência complementar.

Diz Hely Lopes Meirelles:

> A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
>
> A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.
>
> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim" (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87-88).

E arremata Celso Antônio Bandeira de Mello: "o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina" (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 75).

O aporte de recursos da Companhia à entidade de direito privado também atenta contra o princípio da moralidade e da impessoalidade, porque o ato beneficia um grupo restrito de pessoas (os empregados da Casan), desviando a instituição de sua real finalidade: o bem comum e não a promoção de interesses particulares.

Sobre os princípios da moralidade e impessoalidade, Hely Lopes Meirelles, leciona:

> A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Ad-

> ministração". Desenvolvendo a doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto (*op. cit.*, p. 89).
>
> O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*.
>
> E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por *desvio de finalidade* [...]
>
> Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros (op. cit. p. 91).

Diante de todo o exposto, é de se dar provimento parcial ao recurso interposto pela Fundação Casan para anular a sentença que julgou extinto o processo sem análise do mérito e, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação proposta contra a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan.

2. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA CASAN

O recurso da Companhia destina-se à majoração dos honorários advocatícios.

O juiz arbitrou a verba honorária em R$ 1.000,00 (mil reais), valor muito aquém do justo, levando em conta a complexidade da causa e os valores envolvidos.

Os patronos da Companhia foram zelosos na atuação profissional, sendo diligentes nas pesquisas e na análise e discussão da matéria *sub judice*. O valor da causa é bastante expressivo, qual seja, R$ 23.171.666,01 (vinte e três milhões, cento e setenta e um mil, seiscentos e sessenta e seis reais e um centavo), isso em dezembro de 2005. A questão debatida é complexa e importante, pois envolve o litígio sobre o destino de altíssimas somas de dinheiro público. Apesar da dedicação dispensada pelos subscritores da contestação, as provas produzidas são eminentemente documentais e a lide foi julgada antecipadamente.

Assim, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e em atenção aos critérios estabelecidos no § 3º, do mesmo artigo, fixa-se os honorários advocatícios em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, a) dá-se provimento parcial ao recurso interposto pela Fundação Casan para anular a sentença que julgou extinto o processo sem análise do mérito e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação proposta contra a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan; b) dá-se provimento ao recurso interposto pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, para majorar o valor dos honorários advocatícios, fixando-o em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O julgamento, realizado no dia 2 de setembro de 2008, 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 Exmo. Sr. Dr. Sidney Bandarra Barreiros.

Florianópolis, 2 de setembro de 2008.

Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATOR

Apelação Cível n. 2008.009456-8, de Blumenau

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — BLUMENAU – EX-PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA – EXISTÊNCIA DE PROCURADORIA — DESNECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO E SIMULAÇÃO DA LICITAÇÃO COM FAVORECIMENTO DE ESCRITÓRIO — SITUAÇÕES NÃO COMPROVADAS – DISCRICIONARIEDADE — SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

"No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública" (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

"Conquanto tenha o Município quadro próprio de procuradores jurídicos, o Prefeito possui margem de discricionariedade que, dosada com o princípio da razoabilidade, lhe faculta a contratação de serviços advocatícios externos em defesa do Poder Público" (Ap. Cív. n. 2001.003683-5, de Brusque, rel. Des. Newton Janke, j. em 2-12-2004).

Não havendo provas seguras de que a contratação dos serviços de advocacia era desnecessária e foi promovida com dolo e má-fé, ou mesmo que a licitação foi simulada, impossível a condenação do administrador por improbidade administrativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.009456-8, da comarca de Blumenau (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante representante do Ministério Público, e apelados Célio Dias e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina contra a sentença que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa aforada em face de Célio Dias, julgou improcedente o pedido (fls. 535-539).

O apelante alega que o ato de improbidade administrativa configurou-se no ato do apelado, à época dos fatos, Presidente da Câmara de Vereadores de Blumenau, em ordenar pagamento de despesa efetuada ilegalmente pela Casa Legislativa com a contratação do escritório de advocacia Krieger Advogados Associados S/C.

Sustenta que as ilegalidades repousam na desnecessidade de contratação do escritório de advocacia particular, pois a Câmara de Vereadores de Blumenau possui assessoria jurídica própria, e no direcionamento da licitação a fim de favorecer aos interesses particulares e patrimoniais dos proprietários do escritório de advocacia contratado, em detrimento dos cofres municipais (fls. 542-552).

Contrarrazões apresentadas às fls. 562-572 e 573-587, enquanto a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 592-599).

VOTO

Colhe-se dos autos que a Câmara Municipal de Blumenau, após licitação na modalidade convite, tipo menor preço global (fls. 67-157), contratou o escritório de advocacia Krieger Advogados Associados S/C (fls. 158-163).

O contrato tem como objeto a prestação de serviços advocatícios especializados, na área do Direito Público, visando o acompanhamento, assessoramento, consultoria e defesa dos interesses da Câmara de Vereadores no Recurso Extraordinário n. 365.368, perante o Supremo Tribunal Federal; no Processo de Controle Administrativo n. 02/03119584 perante o Tribunal de Contas; na atuação administrativa na Auditoria Especial denominada "vales" perante o Tribunal de Contas de Santa Catarina; atuação perante a Comissão Processante de Inquérito, criada pela Resolução n. 771, da Câmara Municipal de Vereadores de Blumenau; e atuação judicial e administrativa em todas as causas ou procedimentos que tenham conexão.

Segundo o apelante, as ilegalidades repousam na *desnecessidade* de contratação do escritório de advocacia particular, pois a Câmara de Vereadores de Blumenau possui assessoria jurídica própria, e no *direcionamento* da licitação, a fim de favorecer aos interesses particulares e patrimoniais dos proprietários do escritório de advocacia contratado.

Quanto à desnecessidade da contratação de escritório de advocacia, observa-se que, apesar da Câmara de Vereadores contar com Procuradoria Jurídica, o requerido, então Presidente da Casa Legislativa, verificou conveniência e oportunidade na contratação de escritório de advocacia para prestação de determinados serviços jurídicos.

Como fundamento dessa discricionariedade, o requerido sustentou que os serviços eram singulares, inclusive porque o Recurso Extraordinário n. 365.368/SC é o único interposto na defesa dos interesses da Câmara Municipal.

Além disso, argumenta que o serviço a ser realizado pelo corpo de procuradores também levaria a um custo adicional, com ajudas de custo, diárias e o transporte, conforme determina a Lei Complementar Municipal n. 1/1990, art. 76.

Também destaca que dentre os serviços contratados está a atuação perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que, segundo entende, causaria desconforto aos servidores do Parlamento, seja por temor reverencial, seja por qualquer outro sentimento, já que assessoram os vereadores cotidianamente. Ilustrou que, nos últimos dez anos, dos treze requerimentos de instalação de CPI's, seis foram atendidos, sendo as mais complexas, a critério dos vereadores integrantes das Mesas Diretoras da época, assessoradas por contratados externos. Demonstrado, também, que após ter atuado em CPI, um procurador municipal requereu gratificação por serviço especializado e, diante da carga política, relatou o esgotamento nervoso e emocional, onde ficou caracterizado que o assessoramento técnico às Comissões de Investigação do Legislativo não se constituem em atividade de rotina e sim extraordinária.

Marçal Justen Filho faz expressa referência às dificuldades que a solução concreta apresenta em relação à contratação de serviços advocatícios:

> Considere-se o sempre problemático exemplo do exercício da advocacia forense. Consultem-se diversos advogados e cada qual identificará diversas soluções para condução da causa. Todas elas poderão ser cientificamente defensáveis e será problemático afirmar que uma é "mais certa" do que outra. Algumas alternativas poderão ser qualificadas como "erradas", mas mesmo essa qualificação poderá ser desmentida pela evolução dos fatos e tendo em vista a natureza contextual dos problemas enfrentados. Depois, cada advogado executará a solução técnica de modo distinto. Cada qual imprimirá à sua petição um certo estilo, valer-se-á de palavras diversas, de argumentos distintos. A condução de uma causa perante a Justiça ou a Administração nunca será exatamente idêntica a uma outra, realizada por advogado diverso (Comentários à Lei de Licitações

> e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 9ª ed., 2002, p. 278).
>
> [...] a Administração poderá recorrer eventualmente à contratação de profissionais alheios a seus quadros, em face de causas específicas ou litígios especializados. Assim, ou existem situações normais, que podem (e devem) ser resolvidas pelos serviços internos da entidade administrativa, ou há episódios excepcionais que desembocam na contratação direta. Esse quadro exclui a possibilidade de licitação: ou se trata de um serviço desenvolvido no âmbito interno da própria Administração ou existe contratação direta de um especialista (p. 281-282).

Sob esse enfoque, o Eminente Des. Newton Janke deixou expresso que "a Administração Pública desfruta de uma considerável margem de discricionariedade para, em face da natureza singular de determinada empreitada, decidir pela inexigibilidade do procedimento licitatório e, assim, contratar o profissional que lhe pareça mais adequado a dela desincumbir-se" (Ap. Cív. n. 2001.003683-5, de Brusque, j. em 2-12-2004).

Confira-se a ementa do julgado:

> AÇÃO POPULAR — PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO — DEFESA DO ATO IMPUGNADO — NULIDADE INOCORRENTE — MUNICÍPIO — CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS — SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO — INEXIGIBILIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.
>
> 1. O enunciado final do § 4º do art. 6º, da Lei n. 4.717/1965 não impede que o Ministério Público, em sua manifestação conclusiva na ação popular, opine pela improcedência do pedido.
>
> 2. Conquanto tenha o Município quadro próprio de procuradores jurídicos, o Prefeito possui margem de discricionariedade que, dosada com o princípio da razoabilidade, lhe faculta a contratação de serviços advocatícios externos em defesa do Poder Público.

Assim, considerando-se as circunstâncias concretas colocadas ao administrador, não há como afirmar que a decisão administrativa da con-

tratação de serviço advocatícios não obedeceu os critérios da conveniência e oportunidade, até porque mostrou-se razoáveis os fundamentos para conduta.

Nesse contexto, afasta-se a falta de fundamentação e motivos do ato administrativo.

O Ministério Público, apesar de afirmar que os serviços contratados não eram singulares, não trouxe aos autos quais seriam eles eis que tão somente os descreveu como uma CPI por quebra de decoro parlamentar, procedimento perante o Tribunal de Contas e acompanhamento de Recurso Extraordinário no STF (fl. 14).

Como visto, é penosa a verificação do não atendimento do critério da conveniência na contratação de serviços advocatícios, ainda mais se o autor da ação de improbidade não detalha o porquê da natureza singela do serviço contratado. Há de se convir que uma CPI por quebra de decoro parlamentar, um procedimento perante o Tribunal de Contas e um Recurso Extraordinário podem ser configurados como simples ou mesmo extremamente complexos e de grande relevância social.

Como já referido anteriormente, Marçal Justen Filho enfatiza que o serviço de advocacia ou é serviço desenvolvido no âmbito interno da própria Administração (caso em que a contratação é desnecessária) ou é excepcional o que demanda a contratação direta, com a dispensa da licitação.

No presente caso, a contratação dos serviços de advocacia era necessária, entretanto, apesar de figurar, em tese, como inexigível a licitação (Lei n. 8.666/1993, art. 25, II) não se dispensou o processo licitatório, concretizado no tipo convite.

Preocupado com o tema, escreveu Marçal Justen Filho:

> Ocorre que existe uma tendência à terceirização, através da qual a Administração transfere à órbita privada atividades administrativas comuns e que não envolvem qualquer singularidade. Resta avaliar o

> cabimento da terceirização de serviços não singulares de advocacia [...]
>
> Supondo-se cabível a terceirização dos serviços não singulares de advocacia, surge o problema do cabimento e do tipo de licitação (ob. cit. p. 282).

Registre-se que a escolha do tipo de licitação utilizada não foi objeto de qualquer impugnação por parte do Ministério Público Estadual, tanto na inicial quanto nas razões recursais, entretanto, importante mencionar que ela restringiu-se a "serviços advocatícios especializados, na área de Direito Público" (fl. 78).

Volvendo-se, especificamente, quanto à alegação de direcionamento da licitação, percebe-se que já na inicial o próprio Ministério Público afirma que o procedimento licitatório "no mínimo, afigurou-se suspeito, para não dizer simulado" (fl. 5), sendo importante registrar que a mera suspeita de irregularidade não tem o condão de provocar a condenação por ato de improbidade administrativa.

A suspeita de que o processo licitatório não passou de simulação decorre do fato de que dos três escritórios convidados a participar da licitação, serem de três cidades distintas (São Paulo, Florianópolis, e Blumenau), o que favoreceria, sem dúvida o escritório de Blumenau, vencedor do certame.

Entretanto, como visto o objeto do contrato tinha como prestação de serviços tanto no âmbito de Blumenau (acompanhamento das CPI's), quanto em Florianópolis (acompanhamento de procedimento no Tribunal de Contas do Estado) e Brasília (assessoramento em Recurso Extraordinário no STF), razão pela qual todos os escritórios teriam benefícios em parte, anotando-se que o de São Paulo é mais próximo de Brasília.

Mesmo assim, não há que se falar em violação do caráter competitivo da licitação, eis que no valor dos serviços prestados não estavam inclusos

as despesas referentes a viagens, que segundo o contrato são de responsabilidade do ente público (fl. 160).

Além disso, como enfatiza o apelado, o escritório sediado em São Paulo, do advogado Dr. Ivan Barbosa Rigolin, já foi contratado em outras ocasiões, o que determina que a distância, por si só não inviabiliza sua contratação (fls. 355-384).

O apelante afirma que o único interesse presente na negociata entabulada com o escritório de advocacia foi o favorecimento pessoal e patrimonial conferido à sócia do referido escritório: a Dra. Sandra Krieger Gonçalves (fl. 548).

Entretanto, já antevendo-se falta de comprovações concretas das afirmações, na inicial o Ministério Público põe a salvo o escritório afirmando que "não foi possível apurar nos autos qualquer intromissão maliciosa do escritório contratado no sentido de efetivamente promover a licitação ou sua contratação" (fl. 9).

Essa circunstância por si só não afasta a possibilidade do apelado ter direcionado toda a licitação para o escritório, mas também enfraquece a lógica do ato de improbidade desenhado na inicial, eis que nesse contexto, admite-se que o apelado, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores, teria favorecido "materialmente e pessoalmente" o escritório de advocacia sem qualquer intromissão deste último, que é o principal beneficiado.

Como comprovação do direcionamento do procedimento licitatório e favorecimento do escritório de advocacia, o apelante argumenta que a sócia do escritório, Dra. Sandra Krieger Gonçalves, ocupava há tempos o cargo em comissão de Assessora Jurídica da Câmara Municipal de Vereadores de Blumenau, sendo em 2001 nomeada Procuradora-Geral da Câmara Municipal e exonerada a pedido em 31-3-2003. Destaca, ainda que, seu retorno à Câmara em 2001, coincidiu com a posse do apelado.

Apesar de não se poder fechar os olhos para essa estreita relação, tal fato não tem o condão de comprovar que o apelado tenha efetivamente contaminado toda a estrutura do Poder Legislativo Municipal, inclusive da Procuradoria-Geral, à época ocupada pela Dra. Rosa Montagna, que afirmou não verificar nenhuma irregularidade (fl. 73).

Fora essas provas, de que a advogada sócia do escritório beneficiado exerceu por longo período os cargos de Assessora Jurídica e de Procuradora-Geral da Câmara Municipal de Vereadores, inclusive na época em que o apelado era vereador, e de que a licitação enviou convites para escritórios de advocacia com sede em três cidades diversas, não há elemento de prova que demonstre, com convicção, o favorecimento que teria patrocinado o apelado.

Destaca-se que o convite é a modalidade de licitação que apesar de ser direcionado aos convidados pela Administração Pública, estende-se aos demais interessados (Lei n. 8.666/1993, art. 22, § 3º) e, no presente caso, o convite foi publicado em 18-6-2008, com a abertura das propostas em 1º-7-2003 (fl. 77), onde houve fase de habilitação.

Oportuno mencionar que o Ministério Público instado a manifestar-se, foi expresso ao afirmar que não tinha outras provas a produzir além daquelas juntadas aos autos (fl. 522).

Como visto, não restaram demonstrados a contratação desnecessária, eivada de dolo ou má-fé, ou mesmo o direcionamento da licitação do então Presidente da Câmara Municipal de Vereadores de Blumenau.

Com efeito, para a configuração de ato de improbidade administrativa, na lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, faz-se necessária a presença de má-fé ou dolo por parte do agente:

> O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se

> houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.
>
> [...]
>
> No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

Não é outra a posição da jurisprudência:

> A imposição das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, na hipótese em exame seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa (REsp. n. 242.632/MG, rel. Min. Franciulli Neto, DJU de 30-6-2003).

Não se está a afirmar que a contratação por parte da Câmara de Vereadores atendeu o interesse público ou mesmo de que a forma como foi procedido é legítima. A manutenção da sentença se deve à falta de

comprovação dos fatos articulados na inicial, vale dizer, não havendo provas seguras de que a contratação dos serviços de advocacia era desnecessária e foi promovida com dolo e má-fé, ou mesmo que a licitação foi simulada, impossível a condenação do administrador por improbidade administrativa.

Pelo exposto, o recurso deve ser improvido.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 5 de agosto de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Dr. Jacson Corrêa.

Florianópolis, 6 de agosto de 2008.

Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2006.019998-9, da Capital

Relator: Des. Subst. Ricardo Roesler

TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA INTERESTADUAL DE ÓLEO COMBUSTÍVEL PARA AQUECIMENTO DE CALDEIRAS. PRODUTO NÃO AGREGADO À COMPOSIÇÃO DA MERCADORIA FINAL (INSUMO). DERIVADO DE PETRÓLEO UTILIZADO NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO, SUJEITO, POR ISSO, À INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.

CONVENÇÃO PARTICULAR ENTRE A RECORRENTE E O COMPRADOR DO PRODUTO (ÓLEO COMBUSTÍVEL) SOBRE A RESPONSABILIDADE EM CASO DE IMPOSIÇÃO FISCAL DECORRENTE DA INCIDÊNCIA DO ICMS. IRRELEVÂNCIA NO CASO. HIPÓTESE DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSIÇÃO, POR LEI, DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO, INTEGRAL NA ESPÉCIE, AO SUBSTITUTO. SENTENÇA MANTIDA.

A isenção tributada à compra e venda de óleo combustível em operações interestaduais somente é observável quando o produto se destina à industrialização (insumo de produção) ou à comercialização (arts. 2º e 3º da LC n. 87/1996; art. 2º da Lei n. 10.297/1996 e arts. 1º, 2º e 71 do RICMS/SC). Demonstrado pela própria recorrente que o óleo comercializado destinava-se exclusivamente ao processo de fabricação de produtos outros,

> e não a beneficiamento ou agregação a outra mercadoria para posterior comercialização, não há, evidentemente, isenção, nos termos da legislação apontada.
>
> O substituto tributário, por imposição normativa, é o responsável pelo recolhimento do tributo devido, no caso pelo adquirente do produto. É essa a exegese do art. 128 do CTN. Em tal hipótese, é irrelevante, para fins fiscais, que a recorrente tenha convencionado com seus clientes que, em caso de repreensão fiscal, ficariam estes sujeitos ao pagamento de eventual exação. Na ausência de lei autorizando tal expediente (art. 123 do CTN), a avença não pode ser oposta ao Fisco; esta vale tão somente entre os contratantes, sem ofuscar a pretensão fiscal originária, sobretudo no que pertine à responsabilidade pelo pagamento do tributo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.019998-9, da comarca da Capital (Vara Especial de Execução Fiscal — Estado), em que é apelante Shell Brasil Ltda., e apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer o recurso e negar-lhe provimento. Interviu o Des. Cid Goulart, solicitando ao relator informações acerca da existência, nos autos, de elementos que demonstrem que as indústrias que adquiriram o combustível da apelante estão isentas do pagamento de ICMS relacionado à energia elétrica que consomem. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Inconformada com a decisão que rejeitou seus embargos à execução fiscal, Shell Brasil Ltda. interpôs recurso de apelação.

Em síntese, a recorrente insurge-se contra CDA decorrente da inscrição de crédito tributário de ICMS oriundo de operações de transporte

interestadual de óleo combustível, operação esta não sujeita ao tributo, no entender da apelante. Em arrazoado de fôlego, aduziu que o produto destina-se à industrialização (é insumo produtivo), razão pela qual não estaria sujeito à incidência do tributo (arts. 2º e 3º da LC n. 87/1996; art. 2º da Lei n. 10.297/1996 e arts. 1º, 2º e 71 do RICMS/SC). Alegou, ainda, que o Estado de Santa Catarina não sofreria nenhum prejuízo em razão da incidência do tributo, visto que poderia ser compensado escrituralmente; arguiu, ainda, que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, se exigível, deveria ser atribuída aos adquirentes da mercadoria, em face de acordo firmado entre as partes.

Requereu, ao final, a extinção da execução por ilegitimidade passiva ou a extinção do feito em face da não incidência do ICMS nas operações questionadas.

Em contrarrazões, o apelado repisou os fundamentos já deduzidos na impugnação, defendendo, em suma, a responsabilidade da recorrente pelo tributo demandado e a validade da imposição fiscal.

Nesta instância, o Ministério Publico afirmou não haver interesse por si tutelável no feito (fl. 273).

Vieram-me os autos para julgamento.

VOTO

Trata-se de recurso oposto contra decisão que rejeitou os embargos opostos à execução fiscal, proposta contra Shell Brasil Ltda. Em recurso voluntário, a apelante renova toda a matéria já debatida em primeiro grau, no afã de desconstituir a CDA contra si lançada – seja pela suposta isenção da operação, seja pela possibilidade de compensação do crédito – ou de reconhecer o compartilhamento da responsabilidade fiscal com os adquirentes de seus produtos.

Inicia-se o julgamento pelo ponto que parece gerar o maior embate, e que diz respeito à incidência do tributo.

Pois bem. Em seu articulado, a recorrente alega que a operação venda de óleo combustível, destinado à comercialização e à industrialização, não é tributável, já que se trataria de hipótese de "não incidência" do ICMS, na forma da legislação regente.

Ressalvada a impropriedade técnica – isso porque, bem se sabe, a hipótese qualificada de não incidência é, na verdade, hipótese de *isenção* – a legislação do ICMS, de fato, afasta a incidência do ICMS destas operações, quando o produto adquirido destine-se especificamente à *comercialização ou à industrialização*.

Não se pode olvidar do quão delicada é, aliás, a discussão sobre a incidência do ICMS sobre estas operações, sobretudo diante da imunidade que ela abarca (art. 155, X, *b*, da CR), e contra a qual a legislação infraconstitucional (em particular a Lei Complementar n. 87/1996) criou imperdoável exceção, permitindo a tributação em tese vedada pela Constituição Federal, em face do que é tão duramente criticada pela doutrina autorizada (ver, entre tantos, CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, Malheiros, 2005. p. 392 et. seq.; MACHADO. Hugo de Brito, *Aspectos Fundamentais do ICMS*. Dialética, 1999. p. 202 et. seq., e MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS*: teoria e prática. Dialética, 2004. p. 333 et. seq.).

Há, ainda, a não menos reprovável sistemática de cobrança do tributo nestas operações, que a cindiu em duas partes e creditou o tributo ao Estado em que está sediada a empresa adquirente, subvertendo a diretriz que orienta a destinação do tributo. Porém, de outro lado, não se pode esquecer, também, que a discussão foi fulminada com o aconchego, no STF, da tese de constitucionalidade da cobrança do ICMS nas operações em questão, inclusive no que pertine à destinação do imposto.

A análise da jurisprudência que orientou esse entendimento da excelsa Corte, deve ser dito, revela exegese bastante curiosa, sobretudo por aparentemente confundir a *imunidade objetiva* do art. 155, X, *b*, da Constituição da República com a *imunidade recíproca* (com a qual os Estados-membros são agraciados, e os impede de exigir impostos uns dos outros), para concluir que a imunidade sobre as operações de transportes de derivados de petróleo é cometida somente aos entes federativos (RE n. 198088/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. Decisão de 17-5-2000; RE n. 201703/ES. Primeira Turma. Rel. Min. Moreira Alves. Decisão de 13-11-2001; SS-AgR 2242/MA. Tribunal Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Decisão de 28-4-2004).

De qualquer sorte, lembro que a incidência do tributo em si não é discutida, senão apenas na hipótese dos autos (discute-se somente hipótese de isenção específica), a requerer maior análise fática.

Assim, destaco que a legislação assegura a isenção das operações de circulação de óleo combustível fora do Estado de origem, conquanto destinadas exclusivamente à industrialização ou comercialização. Embora se trate de ponto insofismável no debate, cito a legislação, para equacionar a questão. A propósito, dispõe a LC n. 87/1996 (Lei Kandir):

> Art. 2° O imposto incide sobre: [...]
>
> § 1º O imposto incide também: [...]
>
> III — sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.
>
> Art. 3º O imposto não incide sobre: [...]
>
> III — operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

De outro vértice, repetindo pontualmente a redação da Lei Kandir, dispõe o RICMS:

> Art. 1º O imposto tem como fato gerador: [...]
>
> Parágrafo único. O imposto incide também: [...]
>
> III — sobre a entrada, no território do Estado, em operação interestadual, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.
>
> Art. 6º O imposto não incide sobre: [...]
>
> III — operações interestaduais relativas à energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

Com a mesma simetria, disciplina a Lei Estadual n. 10.297/96:

> Art. 2º O imposto tem como fato gerador: [...]
>
> Parágrafo único. O imposto incide também: [...]
>
> III — sobre a entrada, no território do Estado, em operação interestadual, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Em suma, a legislação regente contempla hipótese de isenção do ICMS em relação às operações interestaduais de entrada de óleo combustível quando destinadas à comercialização ou à industrialização. E é em tal situação que a requerente procura ver-se inserida, alegando que a execução está fundada na ausência de recolhimento em operações dessa natureza.

Não é, evidentemente, a hipótese dos autos. No caso, a requerente afirma que o óleo é adquirido para fins de industrialização. Assevera, contudo, que o derivado de petróleo tem destinação específica: a queima para aquecimento de caldeira e fins análogos.

É fácil verificar que não há industrialização ou comercialização do óleo combustível adquirido, ou, dito de outro modo, ele não é agregado

a nenhum outro produto ou beneficiado com o fim de revenda; não é, na essência, um insumo, mas produto empregado no processo de fabricação da mercadoria.

A distinção, nada sutil, evidencia que a transação realizada pela recorrente é tributável, visto a destinação específica do óleo no processo fabril das adquirentes. Como "mercadoria", o óleo combustível consome-se na aquisição, sem ser repassado, agregado ou beneficiado, ao consumidor do produto final.

Em tal contexto, a mercadoria é tributável. E, a propósito da alegação da recorrente de que não haveria prejuízo ao Estado, já que o crédito gerado poderia ser compensado nas operações subsequentes, deve ser dito que o período de apuração (2001-2003) permitiria compensação tão somente do tributo devido no exercício de 2003, nos termos da LC n. 87/1996 (art. 33, I, com redação dada pela LCP n. 99/1999). De qualquer forma, fala-se aqui em tributo devido e não pago, sem eventual notícia da disponibilidade de crédito para compensação. Em tais termos, a execução é hígida.

Por fim, resta discutir-se a responsabilidade pelo pagamento.

A recorrente busca eximir-se do pagamento da exação alegando que esta obrigação, em tese, competiria aos adquirentes do óleo combustível, seja por serem os destinatários, seja pela convenção firmada entre as partes, eximindo-a de eventual imposição fiscal.

É necessário ter-se em mente que a apelante é demandada na condição de substituta tributária, pois as operações sujeitam-se ao regime de substituição "para frente" (com antecipação do tributo em relação a fato gerador futuro). Conforme anotou o Min. José Delgado, no voto do REsp. n. 601.741/CE,

> Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momen-

> to em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negocial, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.

O instituto, portanto, implica no deslocamento da sujeição tributária, o que se dá por conveniência da fiscalização. Daí por que a substituição tributária é, por si só, expediente bastante questionado pela doutrina especializada, principalmente porque reconhece, em um dos envolvidos na cadeia de atos que culminam com a incidência tributária, a responsabilidade pelo seu recolhimento, em que pese o fato gerador ser realizado por terceiro (que de fato é o contribuinte).

No caso específico, a substituição sofre críticas ainda mais severas, tendo em conta a discutível constitucionalidade da tributação das operações discutidas (transporte de derivados de petróleo).

No entanto, diante do que dita a praxe pretoriana, afigura-se insofismável, em tal contexto, a legalidade da substituição. É de lembrar, a propósito, que o CTN, em seu art. 128, dispõe que,

> Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Em relação ao ICMS, é de ser dito, a autorização está prevista na própria Lei Kandir, em seu art. 6º, que autoriza a instituição de substituição tributária, em suas diversas modalidades ("para frente" e "para trás"), a cargo de lei estadual correspondente. Por outro lado, o RICMS, em seu anexo 3, assim determina:

> "Art. 11. Será atribuída ao fabricante, ao atacadista, ao distribuidor, ao importador, ao arrematante de mercadoria importada e apreendida ou ao depositário a qualquer título, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes até a praticada pelo comerciante varejista com as seguintes mercadorias, na forma e nos casos previstos no Capítulo IV:
>
> IV — derivados de petróleo e demais combustíveis e lubrificantes;

A hipótese, portanto, não contempla o caráter supletivo da substituição, impondo ao substituto a responsabilidade pelo recolhimento do tributo devido na operação subsequente (no caso, a recorrente).

Diante de tal panorama, a eventual convenção firmada com os adquirentes do óleo combustível, que dispõe sobre a responsabilidade acerca do tributo discutido nestes autos, não pode ser oposta ao Fisco, uma vez que ausente qualquer previsão para tanto (art. 123 do CTN).

Conquanto não possa ser oposta ao Fisco, nada impede, evidentemente, que o contrato seja demandado em autos próprios, entre os contratantes, mas sem permitir, no âmbito tributário, o deslocamento da responsabilidade tributária.

Em termos tais, a execução é hígida.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento foi realizado em 19 de agosto de 2008, com a participação dos Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues (Presidente) e Cid Goulart. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 19 de agosto de 2008.

Ricardo Roesler

RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.038776-6, da Capital

Relator: Des. Subst. Ricardo Roesler

> MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE ORDEM QUE ASSEGURE O COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM ESTABELECIMENTOS DE REVENDA DE MEDICAMENTOS (FARMÁCIAS E DROGARIAS), COM FUNDAMENTO NA LEI N. 5.991/1973. DENEGAÇÃO DA ORDEM AO FUNDAMENTO DE DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (SEPARAÇÃO FÍSICA DOS PRODUTOS). CAUSA DE PEDIR DIVERSA, ADSTRITA À ASSEGURAR-SE A VENDA DE ALIMENTOS NAQUELES ESTABELECIMENTOS. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. CONCESSÃO DA ORDEM.
>
> Na linha de precedentes deste Tribunal de Justiça, é lícita a venda de produtos alimentícios em estabelecimentos de revenda de medicamentos, conquanto aquela atividade esteja inserida no objeto social da empresa. No caso em concreto, a impetrante visa tão somente ao reconhecimento de tal direito, a fim de evitar que seja notificada pelo exercício da atividade, afastando, assim, os efeitos da Resolução Normativa n. 20/DIVS/2003, que impede a mercancia concomitante de medicamentos e alimentos. Foge, portanto, à causa de pedir dessa ação eventual descumprimento dos termos da Lei n. 5.991/1973, de sorte não haver razão para que se denegue a ordem fundada na ausência de prova de observância dos seus requisitos (no caso, a separação física entre alimentos e medicamentos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.038776-6, da comarca da Capital (Unidade da

Fazenda Pública), em que é apelante A. Angeloni & Cia. Ltda., e apelada Diretora de Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado da Saúde:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso para conceder a ordem. Custas legais.

RELATÓRIO

Irresignada com a decisão que não lhe concedera a ordem postulada, A. Angeloni Cia. Ltda. interpôs o presente recurso de apelação.

Em suma, a recorrente impetrara mandado de segurança com o fim de reconhecer a licitude da venda concorrente de medicamentos e produtos alimentares em seus estabelecimentos, aparelhados no formato *drugstore*, motivado por ato fiscalizatório que, com base na Resolução n. 20/DIVS/2003, determinou a readequação das atividades da recorrente, a fim de obstar a venda concomitante desses produtos. Assim o fez com fundamento na Lei n. 5.991/1973.

Postulou a concessão de liminar para que fosse autorizada a efetuar venda de alimentos em seus estabelecimentos e, no mérito, a manutenção daquele provimento.

A autoridade impetrada apresentou informações, defendendo o ato impugnado (fls. 148-155).

A liminar foi indeferida (fls. 188-190).

Interposto agravo, sobreveio decisão cassando aquele interlocutório, e deferindo, por consequência, a liminar (fls. 214-219).

A sentença denegou a ordem, ao fundamento de que não estavam demonstrados os requisitos legais para o exercício das atividades em questão.

Sobreveio o recurso, deduzindo parte das razões iniciais e ressaltando que a finalidade do remédio constitucional era assegurar a manutenção das vendas concorrentes, objeto da notificação hostilizada.

Não foram opostas contrarrazões (fl. 262v.).

Nesta instância, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Vieram os autos para julgamento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação com o qual se insurge a apelante contra sentença que denegou a ordem postulada. Na espécie, a recorrente postulara mandado de segurança para que lhe fosse reconhecido o direito de revender em seus estabelecimentos (drogarias e farmácias) produtos alimentícios, com arrimo na Lei n. 5.991/1973. A impetração tem por supedâneo notificação fiscal lavrada sob os auspícios da autoridade coatora, que, com fundamento na Resolução Normativa n. 20/DIVS/2003, determinou a adequação das atividades da recorrente no prazo de um ano, a partir do qual não seria mais possível a revenda de produtos alimentares no âmbito das drogarias e farmácias.

A propósito da pretensão inicial (concessão de ordem assegurando o direito de revenda de produtos alimentares em estabelecimento de revenda de medicamentos), a jurisprudência desta Corte, reiteradamente, tem admitido o expediente, nos seguintes termos:

> ADMINISTRATIVO — FARMÁCIA — LOJA DE CONVENIÊNCIA E *DRUGSTORE* — COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS NÃO FARMACÊUTICOS — OBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS SANITÁRIAS — LEGALIDADE.
>
> As disposições normativas vigentes autorizam a comercialização de produtos não correlatos em farmácias e drogarias, contanto que

> estejam fisicamente separados dos medicamentos, drogas e demais produtos afins e que haja previsão no contrato social para o exercício da atividade (Lei n. 5.991/73, arts. 4º e 5º, com as alterações decorrentes do art. 74 da Lei n. 9.069/95) (ACMS n. 2008.018542-9, da Capital. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros. Decisão de 27-5-08).

Ainda sobre o tema, ACMS n. 2007.006902-9, de Videira. Terceira Câmara de Direito Público. Rela. Desa. Sônia Maria Schmitz. Decisão de 8-4-2008; AC n. 2004.020581-3, de Chapecó. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Rui Fortes. Decisão de 6-3-2007; AI n. 2005.020136-0, de Brusque. Segunda Câmara de Direito Público. Rel. Des. Newton Trisotto. Decisão de 27-9-2005).

A razão de ser deste recurso, porém, é outra, bem porque a própria sentença reconheceu a licitude da atividade exercida pela recorrente. E foi além, no entanto. Conforme consta da decisão atacada, não obstante reconhecido o comércio concorrente entre medicamentos e produtos alimentares, a ordem foi denegada porque não cumpridos os requisitos legais (em particular a divisão física entre os produtos medicamentosos e os alimentícios).

Veja-se, no entanto, que tal reclamação não é feita pela autoridade coatora, que apenas determinou a suspensão da revenda, por entender inviável o comércio concorrente daquelas mercadorias, e não por serem descumpridas as condicionantes legais.

Dito de outro modo, a causa de pedir remota é distinta; não se discute o cumprimento de exigências legais para promover a venda paralela de medicamentos e produtos alimentares nos estabelecimentos da recorrente, mas o próprio direito de exercer essa peculiar modalidade de comércio. E só.

Nesse contexto, fica claro que a decisão afastou-se da causa de pedir em que se funda a ação, e que é, por conseguinte, a pedra de toque da pre-

tensão em si. O que pretende a recorrente é o direito de exercer a atividade, e não de fazê-lo de costas à Lei n. 5.991/1973. E nisso assiste-lhe razão.

Repito, por oportuno, que a pretensão da recorrente não é a obtenção de salvo-conduto, ou de qualquer blindagem que lhe mantenha imune à fiscalização sanitária; esta, evidentemente, poderá e deverá ser efetuada, no que pertine à aferição de cumprimento dos requisitos legais ao exercício da atividade. Não é contra esta atividade fiscalizatória que se insurgira a recorrente, mas, sim, contra aquela, em particular, que não lhe permitira exercer a atividade de comércio concorrente, a qualquer pretexto, revelada na Notificação n. 59663 (fl. 16).

Flagrante, portanto, a distinção entre as causas de pedir. E, uma vez jungida ela nestes autos somente ao reconhecimento da licitude da atividade em questão, sem quaisquer divergências no que pertine à observância dos requisitos fixados em lei, é de ser concedida a ordem.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

O julgamento foi realizado em 18 de novembro de 2008, com a participação dos Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu (Presidente) e Cid Goulart. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2008.

Ricardo Roesler

RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.034126-8, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

> APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REAJUSTE DAS TARIFAS, A PRETEXTO DE NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INEXISTÊNCIA DE LICITAÇÃO. DIREITO INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
>
> "Não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo de passageiros por prejuízos decorrentes de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público" (REsp. n. 839.111/MG, Primeira Turma do STJ, rela. Mina. Denise Arruda, j. em 4-9-2007).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.034126-8, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes/apelados Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros da Grande Florianópolis — Setuf, Canasvieiras Transportes Ltda., Emflotur Empresa Florianópolis, Insular Transportes Coletivos Ltda., Transporte Coletivo Estrela Ltda. e Transol — Transportes Coletivos Ltda., e apelado/apelante o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, ficando prejudicados os recursos voluntários e o reexame necessário. Custas legais.

RELATÓRIO

Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Florianópolis – Setuf, Canasvieiras Transportes Ltda., Emflotur Empresa Florianópolis, Insular Transportes Coletivos Ltda., Transporte Coletivo Estrela Ltda. e Transol — Transportes Coletivos Ltda. ajuizaram "ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização, com pedido liminar, *inaldita altera parte*" contra o Município de Florianópolis sob o fundamento de que, nos "contratos de adesão de permissão" celebrados com o requerido, está havendo desrespeito à equação do equilíbrio econômico e financeiro, fato que se tornou mais efetivo a partir da implantação da tarifa única no sistema regular de transporte público de passageiros; anotou que estudo encomendado pelo requerido e elaborado pela empresa Jaime Lerner Arquitetos Associados apontou, em setembro de 2005, custo operacional de R$ 10.430.843,90 (dez milhões, quatrocentos e trinta mil, oitocentos e quarenta e três reais e noventa centavos) e receita de R$ 8.084.888,15 (oito milhões, oitenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais e quinze centavos), ou seja, havia um *deficit* mensal de R$ 2.371.955,75 (dois milhões, trezentos e setenta e um mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e setenta e cinco centavos); o próprio Conselho Municipal de Transportes – CMT, em estudo referente ao mês de janeiro de 2005, deliberou sobre o novo modelo tarifário a ser implantado, tendo apontado *deficit* mensal do sistema no montante de R$ 1.389.829,43 (um milhão, trezentos e oitenta e nove mil, oitocentos e vinte e nove reais e quarenta e três centavos), o resultado da média dos meses de janeiro a dezembro de 2005, a razão de apontar a necessidade de fixação da tarifa única no

valor mínimo de R$ 2,40 (dois reais e quarenta centavos) como forma de equiparar um custo total do sistema; o requerido, contudo, por intermédio do Decreto n. 3.945, de 10-2-2006, fixou um valor insuficiente, além de deixar de indicar qualquer forma de subsídio para garantir o equilíbrio econômico-financeiro das empresas; assim, desde o momento da implantação da tarifa única (13-2-2006) e até 26-6-2006, o sistema acumula um *deficit* de R$ 43.200.846,81 (quarenta e três milhões, duzentos mil, oitocentos e quarenta e seis reais e oitenta e um centavos), sendo no importe de R$ 4.556.119,81 (quatro milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, cento e dezenove reais e oitenta e um centavos) o prejuízo total sofrido, e ele se agrava mensalmente; enfatizaram, também, os prejuízos sofridos em face do não ressarcimento das passagens perdidas em decorrência do ganho adicional de viagens por parte de usuários possuidores de cartões-transporte e oriundos de regiões que sofreram decréscimo de tarifa; os pleitos formulados na via administrativa não foram acolhidos, a razão do ajuizamento da presente ação, que busca, em resumo, garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros de Florianópolis, especialmente por meio de adoção de medidas que garantam que a arrecadação pela Câmara de Compensação Tarifária do Sistema remunere, na sua totalidade, os custos operacionais constantemente apurados pela própria municipalidade, além do pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos desde 13-2-2006 com a implantação da tarifa única, desde logo apontada na quantia de R$ 4.556.119,81 (quatro milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil, cento e dezenove reais e oitenta e um centavos), mais a quantia de R$ 563.585,99 (quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e noventa e nove centavos) pelos prejuízos sofridos em face da não compensação da frustração de receita decorrente do acréscimo de viagens nos cartões-transporte dos usuários das regiões que sofreram decréscimo tarifário.

O pedido de antecipação da tutela seria apreciado após apresentação da contestação (fl. 608), sobrevindo a manifestação dos autores (fls. 610-631) de insistência na concessão da liminar, a razão de ser determinada a intimação do Município para, em 5 (cinco) dias, prestar informações (fl. 634), o que se fez (fls. 638-676), bem ainda apresentou contestação (fls. 677-779), momento em que enfatizou a inexistência de subsídios para o transporte regular municipal, sendo todos os custos cobertos pelos usuários dos serviços; anotou que o Município vem adotando providências que, paulatinamente, diminuem os custos do sistema (redução do número de viagens, do ISS, do custo de acesso ao Ticen, da construção da alça na Av. Paulo Fontes, o que evitou a volta anteriormente feita na Prainha, a criação da tarifa diferenciada sem cartão, o aumento tarifário de 2,85% em junho de 2006, incremento da demanda com a implantação de serviços de inter-praia e de novas linhas diretas da UFSC); não se pode ignorar, também, a redução de vários insumos, como o óleo diesel e pneus, e a implantação de inserções operacionais em quadro de horário e itinerário, com base na consultoria prestada pelo Escritório Jaime Lerner, cujo pagamento é feito pela municipalidade; a recuperação das permissionárias, fato evidenciado pela aquisição recente de veículos pelas empresas Estrela e Canasvieiras em face do aumento de passageiros; negou a prática de ilícito e a presença de dano indenizável.

O digno Magistrado designou audiência conciliatória, nela se fazendo presentes as partes, que requereram prazo para encaminhamento de proposição (fl. 784), que foi apresentada pelos autores (fls. 787-799), depois rejeitada na audiência de fl. 800.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência da ação (fls. 802-834), sobrevindo a sentença que acolheu em parte o pedido inicial, o que fez para condenar o requerido a pagar 92% (noventa e dois por cento) do valor do *deficit* que apurou, desde então atualizado monetariamente e

acrescido de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação (fls. 836-843).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação cível (fls. 847-858), forte no argumento de que a Lei Complementar Municipal n. 034/99 instituiu um verdadeiro monopólio privado, a razão de ter sido questionada a sua constitucionalidade em ação proposta nesta Corte; independentemente do resultado daquela ação, o pedido inicial passa necessariamente pelo exame da referida lei, o que acaba por inviabilizar a pretensão indenizatória.

Os embargos de declaração opostos pelos autores (fls. 859-876) foram providos em parte, fixando-se os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação (fl. 877).

Os autores, também irresignados, interpuseram recurso de apelação cível (fls. 884-1.003) com o objetivo de garantir a percepção integral dos valores indenizatórios referidos na inicial, inclusive com pedido de antecipação da tutela recursal, que é de assegurar, doravante e até decisão final, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros.

O Município também interpôs recurso de apelação cível (fls. 1.003-1.011), voltando a insistir que o custo do transporte regular municipal é custeado exclusivamente pelos usuários, inexistindo subsídio público; a Administração atual vem adotando medidas que busquem diminuir paulatinamente os custos do sistema e assim assegurar o equilíbrio contratual, além de diminuir o impacto da tarifa no bolso do cidadão, aquele que é cativo do transporte coletivo; o julgamento antecipado inviabilizou a realização de perícia, quando ficaria demonstrada a redução do custo do sistema de 10,88% (dez vírgula oitenta e oito por cento).

Com a resposta dos apelados (fls. 1.015-1.025, 1.026-1.036) os autos vieram a esta Corte, aqui sendo colhida a manifestação da douta

Procuradoria-Geral de Justiça, que foi de reforma integral da sentença (fls. 1.042-1.051).

Em diligência, determinou-se a regularização da representação processual dos litigantes, bem ainda dos recursos interpostos (fls. 1.065/1066), o que se fez (fls. 1.010-1.011, 1.072-1.073, 1.074-1.075 e 1.076-1.079).

Os apelantes/autores ainda requereram preferência no julgamento, referindo a paralisação dos trabalhadores e o aumento no preço do combustível (fls. 1.085-1.206).

VOTO

As empresas autoras formularam requerimento administrativo endereçado ao senhor Prefeito Municipal (fls. 93-107), por intermédio do qual buscavam a recomposição do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de permissão do serviço público de transporte coletivo, desde logo apontando o déficit acumulado de R$ 3.833.418,44 (três milhões, oitocentos e trinta e três mil, quatrocentos e dezoito reais e quarenta e quatro centavos) com a incorreta remuneração do custo total operacional do sistema implantado com a tarifa única, no período compreendido entre 13-2-2006 a 18-6-2006, além do prejuízo pela receita perdida em decorrência do ganho de passagens pelos usuários das regiões com redução tarifária, no montante de R$ 563.585,99 (quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e noventa e nove centavos).

Consta que por intermédio da Lei Complementar n. 034, de 26-2-1999, mais especificamente o seu art. 83, as concessões e permissões que estivessem com prazo vencido, mais aquelas que estivessem em vigor por prazo indeterminado, seriam mantidas pelo prazo de 10 (dez) anos. Mais se fez: assegurou-se o direito de prorrogação por igual período.

A partir de tal dispositivo de lei, as empresas autoras celebraram com o município contratos, nominados de "Contrato de Adesão de Permissão",

sendo assegurado em favor delas a exploração de linhas de transporte coletivo urbano de passageiros, constando cláusula expressa acerca da remuneração a ser auferida pelas permissionárias: cobrança de tarifa ou preço da passagem, que seria calculada "com base no custo do transporte de um passageiro, visando garantir a justa remuneração do capital investido".

Tem-se, então, como certo, que nenhum valor seria desembolsado pelo Município. Ou seja, a remuneração pelos serviços prestados adviria da cobrança de valor do usuário, afastando-se a possibilidade de o Poder Público, em qualquer uma de suas esferas, subsidiar o serviço ofertado ao público em geral.

O dispositivo da lei municipal acima referido foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2001.025412-3, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal Pleno em sessão de 19-3-2003, momento em que, por maioria de votos, decidiu-se pela ausência de afronta ao art. 135, § 4º, da Constituição Estadual, ao art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, ou mesmo às diretrizes estabelecidas na Lei Federal n. 8.987/1995. Este julgado foi atacado por recurso extraordinário que teve o seguimento negado, a razão da interposição de agravo de instrumento (n. 2001.025412-3/0001.01), que agora se encontra no STF (Agravo de Instrumento n. 663819), sendo relatora a Mina. Carmen Lúcia, aguardando decisão final. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 2 dez. 2008). Ademais, o julgamento improcedente da ADin não impede que a Câmara, neste momento, examine o pedido inicial, que é de equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de permissão.

É o que se passa a fazer e, na conformidade com o que é autorizado pelo art. 150 do Regimento Interno desta Casa, adotam-se os fundamentos invocados no parecer exarado pelo culto procurador de justiça Jacson Corrêa, para o efeito de dar-se acolhimento ao recurso interposto pelo

representante do Ministério Público, ou seja, julgar-se improcedente o pedido inicial:

> DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
>
> A decisão combatida contraria os preceitos dos artigos 14, 42, §§ 1º e 2º e 43, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.987/1995, que por sua vez, são reflexos dos preceitos constitucionais contidos nos artigos 37, 170 e 175 da Constituição da República.
>
> As permissões que foram entregues por contrato às empresas requerentes para exploração dos serviços de transporte coletivo da Capital, foram todas firmadas anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, que não previa a abertura de procedimento licitatório para a exploração desses serviços. Contudo, depois de promulgada a Carta Republicana, em 5 de outubro de 1988, passou-se a exigir que os serviços públicos, tal qual o transporte coletivo de passageiros, somente poderiam ser contratados mediante processo de licitação pública, de modo a assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes. Atentou-se, por conseguinte, aos princípios constitucionais da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade (art. 37), visando garantir a promoção da isonomia mediante a formação de procedimento licitatório.
>
> Daí porque, em 13 de fevereiro de 1995, foi editada a Lei Federal n. 8.987, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da CF. Assim, conforme se lê do comando ínsito em seu artigo 14 "Toda concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório".
>
> Bem se vê que as permissões questionadas, embora tenham sido firmadas antes da CF/1988, deveriam viger somente até o final do prazo contratado, ou, em se tratando de prazo indeterminado, por tempo suficiente e hábil o bastante para a realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações (§§ 1º e 2º, art. 42, da Lei n. 8.987/1995). Porém, visando burlar os preceitos constitucionais e a norma de regência, imprimindo aparência de legalidade aos malsinados contratos, a Lei Complementar

Municipal n. 34/1999 possibilitou, sem prévia licitação, a dilação dos termos de permissão de transporte coletivo por mais vinte anos, em total arrepio ao regramento constitucional.

Importa lembrar que segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as normas constitucionais são dotadas de retroatividade mínima, quer dizer, atingem, de imediato, os efeitos futuros de atos praticados no passado.

Significa dizer, portanto, que promulgada uma regra constitucional, esta tem aplicabilidade imediata sobre os negócios jurídicos em curso, regulando, a partir de sua vigência, os efeitos futuros desses atos celebrados no passado. O texto constitucional, portanto, não é absolutamente irretroativo: ele alcançará, de pronto, os efeitos futuros de atos praticados na vigência da ordem constitucional revogada.

Logo, condicionado à nova ordem vigente, resulta visível a inconstitucionalidade do dispositivo municipal que permitiu a dilação dos contratos de concessão, por mais vinte anos, traduzindo verdadeiro monopólio privado do transporte coletivo no Município de Florianópolis, em afronta ao princípio constitucional da livre concorrência.

Suposto isso, por adequado e oportuno, adota-se, em reforço de fundamentação as bem-lançadas razões de recurso do Promotor de Justiça Fábio de Souza Trajano (fls. 847-858), deixando, todavia, de transcrevê-las por economia processual, e assim, recomenda-se, neste sentir, a reforma integral da sentença para dar-se por improcedente, na íntegra, os pedidos formulados pelos autores/recorridos.

DO RECURSO DOS AUTORES

Insistem os Autores em sua peça recursal que possuem direito à indenização total dos prejuízos suportados com a instituição da tarifa única, bem como, ser obrigação do Município manter o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de permissão de prestação dos serviços de transporte coletivo urbano.

Ocorre, contudo, que "permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae,* através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcio-

nando, à moda do que faz a concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários".

E "dita precariedade significa, a final, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigação de indenizar o permissionário", tal qual ocorreu no caso dos autos, uma vez que a instituição da tarifa única teve como viso o interesse público, a sobrelevar as pretensões de cunho essencialmente privados das empresas permissionárias.

Em casos que tais, uma vez que ditas permissões foram contaminadas pela inconstitucionalidade e não se coadunam com as normas de regência reguladoras da livre concorrência, não há como se cogitar da quebra do equilíbrio econômico, tampouco na restituição de valores à conta do erário, em face de eventuais prejuízos produzidos por ato formalmente ilícito.

Neste sentido, cita-se o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. PRECEDENTES.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas foram examinadas no acórdão embargado.

2. O STJ já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.

3. Recurso especial não provido.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE

LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. NATUREZA DO CONTRATO. SÚMULA 7/STJ.

I – Este Sodalício já se manifestou a respeito do tema, por meio de diversos julgados oriundos do Estado de Minas Gerais, tendo a jurisprudência firmado entendimento no sentido de que não é cabível cogitar-se indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, em face da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de prévia licitação e em atendimento à supremacia do interesse público. Precedentes: REsp. n. 443.796/MG, rel. Min. Franciulli Neto, DJ de 3-11-03; REsp. n. 400.007/MG, rel. Mina. Eliana Calmon, DJ de 7-4-03 e REsp. n. 403.905/MG, rel. Min. José Delgado, DJ de 6-5-02.

II – Para se concluir que o contrato em comento se trata de concessão e não de permissão de serviço público, necessário o reexame do subcontrato fático-probatório dos autos, a teor da Súmula 7/STJ, porquanto a Corte *a quo* concluiu que o contrato em comento é de permissão. Precedente: AgRg no REsp n. 437/620/MG, rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 1º-7-04.

III – Agravo regimental improvido.

Por fim, no exercício da jurisdição o juiz não deve ser mero expectador dos fatos que lhe são submetidos, mas um agente de transformação, apto para compreender que a dinâmica dos novos direitos permite a sobreposição dos interesses maiores da coletividade, que em casos que tais não pode e não deve ficar a mercê de interesses meramente privados e econômicos das empresas detentoras do monopólio do transporte coletivo.

Transposto isso, pelas razões que já foram exaustivamente expostas no apelo do Ministério Público, é que carece de maior sustentação o inconformismo das Apelantes.

DO RECURSO DO RÉU

Em seu recurso, requer o Município de Florianópolis seja decretada a nulidade da sentença combatida em razão do cerceamento de defesa, haja vista o julgamento antecipado da lide sem a apreciação do pedido de prova pericial pleiteado com a resposta contestatória.

De acordo com o que dispõe o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, "o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo

sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

Nesse caso, compreendendo o magistrado que os autos estão suficientemente instruídos, e que não há necessidade de produção de prova pericial, ainda que requerida por uma das partes, tampouco da realização de audiência para instrução do feito, pode e deve ele julgar a lide antecipadamente. Vale consignar:

Predomina na jurisprudência o entendimento de que a conclusão do magistrado, afirmativa de que o processo não reclama dilação probatória, sendo caso de julgamento antecipado da lide, encontra-se inserida no campo da discricionariedade, não havendo em princípio nulidade e/ou ilegalidade a justificar a modificação do raciocínio, a menos que se demonstre, por exemplo:

a) a manifesta necessidade da produção da prova, em vista das peculiaridades da lide;

b) que o magistrado sentenciou a demanda pela improcedência dos pedidos, alegando que a parte não teria produzido prova das suas afirmações;

c) que ambas as partes desejavam produzir provas.

O que se observa, neste cenário, é que o vasto acervo probatório trazido aos autos, tanto pelo autores quanto pelo réu, por si só foram capazes de firmar o convencimento do magistrado. Sendo ele "o destinatário da prova, este possui discricionariedade para analisar se a realização de determinado ato instrutório, ou sua complementação, é necessário e suficiente ao desenrolar do litígio e à formação do seu convencimento" (arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil).

Por fim, mudando-se o que deve ser mudado, cita-se alguns julgados dessa e. Corte em prol da tese esposada:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DESPEJO – FALTA DE PAGAMENTO E DENÚNCIA VAZIA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL – APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INADIMPLEMENTO DOS ALUGUÉIS CONFIGURADO – FINANCIAMENTO DO IPTU NÃO QUITADO – DENÚN-

CIA VAZIA REGULAR – DECRETAÇÃO DO DESPEJO PELO JUÍZO *A QUO* – CONDIÇÕES DA AÇÃO DEVIDAMENTE PREENCHIDAS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A não realização de perícia grafotécnica, quando se apresentar como diligência desnecessária ao preciso deslinde da *quaestio* ou quando for, ao crivo do magistrado, medida meramente protelatória, não caracteriza cerceamento ao direito de defesa da parte, a teor do art. 130 do Código de Processo Civil. Nos termos do art. 23, inc. I, da Lei n. 8.245/91, o regular pagamento do aluguel constitui a principal obrigação do locatário, sendo que o seu inadimplemento autoriza o desfazimento da relação locatícia e a consequente decretação do despejo.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO — VIOLAÇÃO DO LACRE DO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – FRAUDE CONSTATADA – EXISTÊNCIA DE DÉBITO PENDENTE – PRELIMINAR — JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE — CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO — NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA — MÉRITO – ESTIPULAÇÃO DO *QUANTUM* A SER PAGO PELA ENERGIA DESVIADA — ART. 72, IV, ALÍNEA *C* DA RESOLUÇÃO DA ANEEL (456/2000) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Tratando-se de julgamento antecipado da lide, tem o juízo monocrático total discricionariedade para definir a necessidade ou não de produção de novas provas, principalmente quando tendem a revelar dados já demonstrados no processo. — Destarte, é de observar-se que a Celesc arbitrou o *quantum* devido em conformidade as normas da ANEEL, ou seja, apurou o consumo real com base em estimativas autorizadas em lei. Deveria ao apelante demonstrar de forma inequívoca que os cálculos efetuados pela concessionária estão incorretos. "O que não pode é ele pretender se valer de sua própria perfídia; fraudou o único meio de medição real do consumo de energia elétrica em sua residência e agora pretende que o débito apurado simplesmente seja extinto" (AC n. 2004.037299-6, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, de Itajaí).

POSTO ISSO, posiciono-me pelo conhecimento dos recursos, dando-se provimento apenas ao recurso interposto pelo Ministério

> Público, a fim de reformar, na íntegra, a sentença de fls. 836-843, desprovendo-se, pelos fundamentos que foram expostos, os demais apelos interpostos (fls. 1.045-1.051).

Veja-se que a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça, de forma veemente e reiterada, conforta o resultado acima proclamado:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458, II, E 535, I E II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 39/STJ. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES.
>
> 1. Não viola os arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões arguidas pela parte, julgando integralmente a lide.
>
> 2. A prescrição quinquenal regulada pelo Decreto n. 20.910/1932 e pelo Decreto-Lei n. 4.597/1942 não se aplica às ações indenizatórias ajuizadas em face da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A (BHTRANS), por se tratar de sociedade de economia mista, sob a forma de sociedade anônima, dotada de personalidade jurídica de direito privado (Lei Municipal n. 5.953/1991). Aplicação da Súmula 39/STJ.
>
> 3. Não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo de passageiros por prejuízos decorrentes de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.
>
> 4. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).
>
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido, apenas para se afastar a prescrição quinquenal da pretensão condenatória. (Recurso especial n. 839.111, de Minas

> Gerais, Primeira Turma do STJ, relatora a ministra Denise Arruda, j. em 4-9-2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 nov. 2008).

Ainda:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. NATUREZA DO CONTRATO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ.
>
> 1. É entendimento deste Tribunal que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos suportados em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, haja vista a inexistência de prévia licitação e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público. Precedentes: REsp. n. 406712/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 18-8-2006; AgRg no REsp. n. 739.987/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 19-12-2005; REsp. n. 821.008/MG, rel. Min. José Delgado, DJ 2-10-2006.
>
> 2. "A verificação da natureza da delegação de serviço de transporte público — permissão simples, permissão qualificada ou concessão — demanda a apreciação de cláusula contratual e do contexto fático-probatório da causa, inviável no âmbito do recurso especial, a teor das Súmulas 5 e 7 do STJ" (AgRg no REsp n. 437.620/MG, Rel. Min. Teori A. Zavascki, 1ª Turma, DJ 1-7-2004, p. 182).
>
> 3. Agravo Regimental não provido. (Agravo Regimental no Agravo n. 800.898, de Minas Gerais, Segunda Turma do STJ, relator o ministro Herman Benjamim, j. em 13.3.2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 3 nov. 2008).

Em face do resultado a que se chegou, inverte-se o ônus da sucumbência e, porque ausente a condenação, o percentual estabelecido na origem para o efeito de apuração dos honorários advocatícios incidirá sobre o valor dado à causa.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, por unanimidade, dá provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, ficando prejudicados os recursos voluntários e o reexame necessário.

O julgamento, realizado no dia 4 de dezembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza. Funcionou como representante do Ministério Público, o procurador Dr. Nelson Fernando Mendes.

Florianópolis, 9 de dezembro de 2008.

Jânio Machado

RELATOR

Apelação Cível n. 2007.057035-7, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DA COMPANHEIRA EM CONCORRÊNCIA COM A ESPOSA ASSEGURADO PELO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL QUE CONFIRMAM A EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, AINDA QUE NÃO DISSOLVIDO O VÍNCULO MATRIMONIAL. ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO ESTADUAL N. 2.512, DE 2-5-1977. INSCRIÇÃO E BENEFÍCIO DEVIDOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TJSC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE CONDUTA PROCESSUAL DOLOSA OU INTENÇÃO MALÉVOLA. SIMPLES EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

1. Se foi comprovado que a companheira conviveu com servidor público separado de fato até o seu falecimento, com ele dividindo despesas, é seu o direito à inscrição no instituto de previdência na condição de dependente e a concorrência com a esposa no recebimento da pensão por morte devida.

2. A imposição de penalidade por litigância de má-fé pressupõe a comprovação da existência de conduta maliciosa, capaz de prejudicar o bom andamento do processo, a tanto não compreendendo o comportamento de quem comparece em juízo para pleitear o que entende ser o direito violado, pautando sua conduta pela estrita observância às regras processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.057035-7, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes o Ipesc — Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e Jaci Maria da Silva, e apeladas Heliete Marly Filomeno Leal e Sylvia Leal:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso interposto por Jaci Maria da Silva e dar provimento ao apelo do instituto de previdência e à remessa necessária. Custas legais.

RELATÓRIO

Heliete Marly Filomeno Leal e Sylvia Leal propuseram "ação de reconhecimento de direito cumulada com cancelamento de inscrição de beneficiária de pensão" contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc e Jaci Maria da Silva, na condição de litisconsorte necessária, alegando serem, respectivamente, viúva e filha do funcionário público estadual Issacar Leônidas Leal, falecido em 17-9-1995, tendo pleiteado perante o órgão ancilar, em 20-9-1995, a concessão da pensão previdenciária correspondente. Contudo, para a sua surpresa, foram informadas de que 25% (vinte e cinco por cento) do valor da pensão a que teriam direito havia sido resguardado à segunda requerida, que também pleiteou o benefício sob a condição de companheira do falecido. Inconformadas, recorreram da decisão da gerência de benefícios do instituto de previdência, que indeferiu o pedido, em razão do reconhecimento da qualidade de beneficiária da companheira, em 14-12-1995. Mas, tendo convivido por mais de 25 (vinte e cinco) anos com o falecido, o que fizeram até os seus últimos momentos, entendem ter direito à pensão integral, não se admitindo à "amásia", que com ele não conviveu em regime de união estável, pelo contrário, mantinha relacionamento espúrio e ilegal, repudiado pela legislação previdenciária, proteção idêntica àquela deferida pelo Estado

à Família. No mais, o falecido em nenhum momento designou-a como sua legítima companheira, bem evidenciando a precariedade daquela relação. Assim, requereram, a exclusão da litisconsorte da condição de beneficiária vitalícia da pensão previdenciária, declarando-se a nulidade da decisão administrativa que a deferiu, também, em seu favor.

Citada (fl. 21), Jaci Maria da Silva contestou o feito (fls. 25-120), arguindo, em preliminar, a irregularidade da representação processual da autora Sylvia Leal (não outorgou instrumento de procuração) e, no mérito, alegou que, em verdade, o falecido encontrava-se separado de fato da autora Heliete Marly Filomeno Leal desde antes de 1991, tendo com ele convivido a partir de então, sendo, inclusive, beneficiária de contrato de seguro firmado com a Finasa Seguradora S.A., prêmio, aliás, que foi reclamado em juízo pelas autoras sob a alegação de adultério e indeferido. Destarte, comprovou a sua condição de companheira, a razão de fazer jus ao benefício previdenciário perseguido. Doutro tanto, as autoras alteraram a verdade dos fatos, devendo suportar a condenação na penalidade por litigância de má-fé.

Citado (fl. 22-v.), o Ipesc — Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina apresentou sua contestação (fls. 125-193), argumentando com a presença de prova inequívoca da união estável entre o falecido e Jaci Maria da Silva, o que justificava a inscrição da companheira no instituto de previdência.

As autoras impugnaram as contestações (fls. 195-210) e, com vista, o representante do Ministério Público devolveu os autos sem opinar sobre o mérito da ação (fls. 220-223). Em despacho saneador (fl. 225), o digno magistrado concedeu prazo para a regularização da representação processual da autora Sylvia Leal e deferiu a produção da prova oral, designando audiência de instrução e julgamento.

Na audiência (fl. 255), sem êxito a conciliação, foram ouvidas 6 (seis) testemunhas (fls. 248-254), deferindo-se às partes prazo para a oferta de alegações finais por memoriais, o que foi feito às fls. 279-283 e 289-300.

Em seguida, o feito foi sentenciado (fls. 302-308), assim se fazendo nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na petição inicial para, declarando o direito das autoras como únicas beneficiárias para receber na íntegra a pensão previdenciária devida por Issacar Leônidas Leal, determinar ao Ipesc o cancelamento da inscrição de Jaci Maria da Silva.
>
> Fixo a verba advocatícia, devida em sua metade por cada réu, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com base na complexidade da espécie e do trabalho efetuado pelo patrono das autoras.
>
> Custas pela metade pela ré e em um quarto pelo Ipesc (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 156/1997).
>
> Sentença sujeita a reexame necessário.

Irresignada, Jaci Maria da Silva interpôs recurso de apelação cível (fls. 312-324), voltando a insistir na existência de uma união de fato com o segurado falecido, que não constituía relação extraconjugal, "com requintes de traição, mas uma relação afetiva caracterizada pela vida em comum, estável, socialmente reconhecida e de respeito por ambas as famílias conviventes". Aliás, segundo o critério adotado pelo instituto de previdência, a comprovação da união estável entre a companheira e o segurado falecido era o quanto bastava para a concessão da pensão correspondente. E a prova colhida foi suficiente para o fim de demonstrar tal união, desde o ano de 1991, até o falecimento do segurado em 1995, não sendo infirmada pelos depoimentos das testemunhas (em geral amigos da esposa) ou por fotografias antigas do segurado em eventos festivos da família. A decisão administrativa do órgão de previdência assegurou às apeladas o amplo contraditório,

tanto é assim que, na oportunidade, interpuseram recurso, e não é nula, também, se a prova apresentada não deixava dúvida da caracterização da união estável. Por último, requereu a condenação das apeladas nas penas por litigância de má-fé.

Inconformado, o órgão ancilar também interpôs recurso de apelação cível (fls. 325-331), defendendo a higidez da decisão administrativa que resguardou à companheira 25% (vinte e cinco por cento) da pensão por morte se foi observado o contraditório quando as apelantes receberam notícia da decisão e, inclusive, dela recorreram. No mais, a análise dos pedidos administrativos é feita com amparo na legislação previdenciária e, se a companheira do segurado trouxe documentos suficientes para comprovar a sua condição, outra não poderia ser a providência adotada que não o deferimento do benefício. Por fim, requereu a redução da verba honorária (não pode ser fixada em patamar superior a 10%) e a isenção das custas processuais.

As apeladas apresentaram a sua resposta (fls. 335-342) e, com vista (fl. 346), a douta Procuradoria-Geral de Justiça devolveu os autos sem manifestação sobre o mérito do recurso (fls. 348-349), vindo, a seguir, conclusos para julgamento.

VOTO

As apeladas Heliete Marly Filomeno Leal e Sylvia Leal são, respectivamente, esposa e filha (fls. 11 e 18) do servidor público estadual (fl. 82) Issacar Leônidas Leal, falecido no dia 17-9-1995 (fl. 12). Em 20-9-1995, compareceram perante o instituto de previdência do Estado com o objetivo de receber a pensão por morte, nos termos do art. 159 da Constituição Estadual, da Lei Complementar Estadual n. 129, de 7-11-1994, e dos arts. 23 a 28 do Decreto Estadual n. 2.512, de 2-5-1977 (Consolidação das

Leis da Previdência Estadual), por intermédio do processo administrativo IPOO 3.434/958.

No dia 22-9-1995, foi também protocolado no órgão ancilar o requerimento de pensão, processo administrativo IPOO 3.465/950, por Jaci Maria da Silva, que se disse companheira de Issacar Leônidas Leal (fls. 80-81).

Na relação de dependentes do servidor falecido, todavia, não existiu a designação de companheira, facultada pelo art. 10 do Decreto Estadual n. 2.512, de 2-5-1977, mas, tão somente, o nome da esposa e filhos (fl. 14).

Assim, a apelante Jaci Maria da Silva requereu a justificação administrativa da sua condição (fl. 91), autorizada nos termos do art. 10, § 3º, e art. 12, inciso III, da Consolidação Previdenciária Estadual:

> Art. 10 — A designação da companheira é ato da vontade do associado, desde que a vida comum ultrapasse 2 (dois) anos, devidamente comprovados e não pode ser suprida, ressalvado o § 3º, deste artigo.
>
> [...]
>
> § 3º — A designação só poderá ser reconhecida após a morte mediante um conjunto de provas que reúna pelo menos 3 (três) das condições citadas no item III, do art. 12º, desta Consolidação, especialmente a do domicílio comum, evidenciando a existência de uma sociedade ou comunhão nos atos da vida civil.
>
> [...]
>
> Art. 12 — O Regulamento do IPESC estabelecerá a forma de comprovação das condições exigidas por esta Consolidação, com observância dos seguintes princípios:
>
> [...]
>
> III – São provas de vidas comum, para os efeitos de designação da companheira, o mesmo domicílio, as contas bancárias conjunta, as procurações ou fianças reciprocamente outorgadas, os encargos

> domésticos evidentes, os registros constantes de associações de qualquer natureza, onde figure a companheira como dependente, ou quaisquer outras que possam formar elementos de convicção.

O pleito administrativo da apelante recebeu parecer favorável da procuradoria jurídica do órgão de previdência (fls. 105-115) e foi deferido pela sua Diretoria de Seguridade Social (fls. 116-117), reconhecendo-se a condição de companheira e o direito à parcela que lhe cabe na pensão deixada pelo segurado (25%) (fl. 119).

A despeito das apeladas não terem acompanhado o processo de justificação, foi por elas afirmado que possuíam conhecimento das pretensões da companheira, inclusive interpuseram recurso administrativo, sendo, também, intimadas da decisão que reconheceu a condição impugnada, por intermédio do ofício/DSEG/n. 0021/96 de 5-1-1996 (fl. 3).

O contraditório e a ampla defesa, portanto, foram observados na esfera administrativa, mais ainda se todas as provas lá realizadas encontram-se renovadas nos autos, inexistindo, a princípio, a nulidade do ato administrativo de reconhecimento da condição de companheira.

A discussão, contudo, é se existia, de fato, o relacionamento extraconjugal entre o segurado e Jaci Maria da Silva e se tal possui efeitos para fins de concessão de benefício previdenciário à companheira.

A relação extraconjugal mantida pelo servidor público falecido ficou bem evidenciada nos documentos exibidos e na prova testemunhal colhida. Afinal, demonstrou-se que ele recebia a sua correspondência no mesmo domicílio da companheira desde setembro de 1992 (fls. 49-51 e 91), possuía com ela conta bancária conjunta desde 22-11-1993 (fls. 52-54), indicou-a como a beneficiária de seguro de vida (fls. 39-48), constituiu-a sua procuradora por instrumento público no dia 11-9-1995 (note-se: seis dias antes do falecimento e após o diagnóstico atestando a gravidade do seu

estado de saúde, fl. 57) (fl. 68) e ainda participava de reuniões familiares e passeios na presença da companheira (fls. 71-79).

As testemunhas Ivonete da Silva Gomes e Katia Regina de Oliveira da Conceição, bem como o informante Carlos Roberto da Costa, afirmaram a existência da união, que era tida como pública e conhecida desde pelo menos o ano de 1993 (fls. 249-251).

Não se ignora a presença do segurado nas fotografias exibidas às fls. 247 e 270-275, porém, é importante ressaltar que ele era pai de 4 (quatro) filhos (fl. 14), sendo esperada a sua presença nas ocasiões festivas da família (formatura e aniversários dos filhos, natal, páscoa, etc.).

Doutro modo, as testemunhas Meire S. Tatim, Celso Ternes Leal e Doraci Wagner da Silva (fls. 248 e 252-254) afirmaram a inexistência de separação de fato, assim também constando das declarações de fls. 264-267. Tal afirmação, contudo, não está a merecer o crédito que lhe foi dado em primeiro grau. Isso porque a prova documental exibida é suficientemente esclarecedora da convivência entre o segurado e a companheira após o ano de 1992 (mudança de endereço, repartição de despesas, etc.), conservando-se o vínculo com a família original apenas em razão dos filhos em comum com a apelada.

Então, se, com efeito, houve a separação de fato do casal, à companheira era mesmo assegurado o direito à pensão em concorrência com a esposa, na forma do parágrafo único do art. 11 da Consolidação Previdenciária Estadual: "Somente se admitirá concorrência entre a companheira e a esposa do associado, desde que esta se ache dele separada, percebendo pensão alimentícia ou não, com ou sem desquite".

É que, para efeitos previdenciários, a ausência de dissolução regular do matrimônio não impede o reconhecimento da união estável, a despeito de, nos termos da legislação civil, ainda persistir o impedimento para

a conversão em casamento pretendida pelo legislador constitucional (art. 226, § 3º).

Aliás, há quem admita o reconhecimento da união estável do separado de fato, inclusive para efeitos civis:

> A união de fato ou concubinato pode ser: puro ou impuro.
>
> Será *puro* (CC, arts. 1.723 a 1.726) se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária. Assim, vivem em *união estável* ou concubinato puro: solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato (em contrário, *RJ*, 725:322, 745:336 e 198:136, por haver óbice ao casamento) e divorciados (*RT*, 409:352). O separado de fato aqui se incluiria ou não? É uma questão polêmica, por serem as normas de direito de família de ordem pública e, além disso, não há o estado civil do separado de fato, e o fator tempo não tem, juridicamente, o condão de romper, por si só, a sociedade conjugal e muito menos o vínculo matrimonial. [...] Sem embargo desta polêmica, o Código Civil, art. 1.723, § 1º, admite a união estável de separada do fato para atender às exigências da vida e às necessidades sociais (*RT*, 618:171), entendendo que há convivência *more uxorio*, baseada na afetividade e que não há deslealdade para com o seu cônjuge, já que com ele não coabita (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. V, p. 330-331).

No Superior Tribunal de Justiça são encontrados precedentes que confortam a pretensão previdenciária da companheira de separado de fato:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. PENSÃO POR MORTE. RATEIO PROPORCIONAL ENTRE A ESPOSA LEGÍTIMA E A COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (Recurso Especial n. 820.247, de Pernambuco, decisão monocrática, relatora a ministra Laurita Vaz, j. em 17-10-2006. Disponível em: <http:/ /www.stj.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2008).

Ainda:

> ADMINISTRATIVO. PENSÃO. RATEIO. VIÚVA E COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA CASADA, MAS SEPARADA DE FATO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA EXAMINADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULA N. 7/STJ. AUSÊNCIA. DESIGNAÇÃO. DESNECESSIDADE. A Constituição Federal e a lei ordinária que regulamentou a união livre não fazem qualquer distinção entre o estado civil dos companheiros, apenas exigindo, para a sua caracterização, a união duradoura e estável entre homem e mulher, com objetivo de constituir um família. Viável o reconhecimento da união estável quando um dos conviventes, embora casado, encontra-se separado de fato. É prescindível a designação pelo servidor falecido de sua companheira como beneficiária de pensão vitalícia, se a união estável restou comprovada por outros meios. Recurso especial a que se nega seguimento (Recurso Especial n. 670.232, do Rio de Janeiro, decisão monocrática, relator o ministro Paulo Medina, j. em 29-5-2006. Disponível em: <http:/ /www.stj.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2008).

Igual orientação vem sendo acolhida nesta Casa:

> APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – HABILITAÇÃO APÓS O ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO – POSSIBILIDADE – CONCUBINA – RECONHECIMENTO DE VIDA EM COMUM E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – SENTENÇA POSITIVA.
>
> "A exigência de designação expressa pelo servidor, nos termos da Lei n. 8.112/1990, art. 217, I, "c", visa tão somente facilitar a comprovação, junto à administração do órgão competente, da vontade do falecido servidor em indicar o companheiro ou companheira como beneficiário da pensão por morte; sua ausência não importa, entretanto, a não concessão do benefício, se comprovada a união estável por outros meios idôneos de prova" (REsp 236980/ RN, DJU 9-10-00).
>
> '1 — A definição de concubinato, para fins de proteção previdenciária (art. 16, § 3º, da Lei n. 8.213/1991), é mais abrangente que o conceito delineado na legislação civil, uma vez que a inexistência de impedimentos matrimoniais somente se impõe ao dependente, e não ao segurado. 2 — Reconhecimento de efeitos previdenciários à situação do concubinato demonstrado nos autos, não sendo impedimento, para tanto, a existência simultânea de

> esposa'. (TRF-2a R/Ap. civ. 291142/RJ, DJ 27-11-02). (Apelação Cível n. 2007.018420-4, de Joaçaba, Segunda Câmara de Direito Público, relator o Desembargador Francisco Oliveira Filho, j. em 12-6-2007. Disponível em: <http:/ /www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2008).

Some-se:

> APELAÇÃO CÍVEL — PENSÃO POR MORTE DIVIDIDA ENTRE ESPOSA LEGÍTIMA E CONCUBINA — POSSIBILIDADE.
>
> Comprovada a vida em comum e a dependência econômica, deve ser dividido o benefício pensão por morte entre a concubina e a legítima esposa, ressalvadas as frações destinadas aos filhos.
>
> Concubina é a mulher de encontros velados, frequentada por homem casado e que convive, ao mesmo tempo, com sua esposa legítima. É a que divide, com esta, as atenções e assistência material do marido (Apelação Cível n. 2003.012826-3, de São Miguel do Oeste, Primeira Câmara de Direito Público, relator o Desembargador Volnei Carlin, j. em 2-10-2003. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2008).

E, ainda que demonstrada fosse a simultaneidade da relação, já decidiu esta Corte em favor da companheira:

> PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PEDIDO DE DIVISÃO ENTRE A CONCUBINA E A ESPOSA. SEGURADO QUE MANTINHA CASAMENTO E RELAÇÃO EXTRACONJUNGAL AO MESMO TEMPO. RELACIONAMENTO DURADOURO COM A APELANTE, INCLUSIVE COM A EXISTÊNCIA DE PROLE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA TAMBÉM DEMONSTRADA. PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA BENESSE ATENDIDOS. RECURSO PROVIDO (Apelação Cível n. 2004.008583-4, de Lages, Primeira Câmara de Direito Público, relator o Desembargador Vanderlei Romer, j. em 3-6-2004. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2008).

A decisão do instituto de previdência do Estado de estender à companheira a sua parte na pensão deixada pelo segurado (25%) era, portanto, a providência mais acertada, assim se fazendo com amparo nas provas

referidas no inciso III, do art. 12, do Decreto Estadual n. 2.512/77, e na melhor exegese do parágrafo único, do art. 11, da mencionada consolidação previdenciária estadual.

No mais, não se pode deixar de ressaltar o caráter emocional de que se reveste a discussão, ofuscando, por vezes, a finalidade econômica do benefício previdenciário. Afinal, a apelada Heliete Marly Filomeno Leal encontra-se qualificada na petição inicial como promotora de justiça aposentada, ofício de notório prestígio e valorização, enquanto que o valor da pensão percebida pela companheira, bancária (fl. 91), era de apenas R$261,00 (duzentos e sessenta e um reais) (fl. 36). É evidente, então, que o rateio buscado pela companheira para melhoria da sua qualidade de vida não seria capaz de causar um sério prejuízo econômico à esposa e muito menos tolher a sua subsistência. O inconformismo puro e simples desta, motivado por questões sentimentais, em relação ao pedido da companheira para fazer jus à pensão deixada pelo ex-esposo, jamais poderia se sobrepor à correta aplicação da lei previdenciária e à finalidade social que ela representa.

As apeladas, contudo, não merecem a aplicação da pena por litigância de má-fé requerida pela apelante Jaci Maria da Silva, que pressupõe a robusta comprovação da presença de conduta malévola, suficiente para causar prejuízo à parte contrária e ao próprio exercício regular da função jurisdicional.

O que vê, na verdade, é que as autoras apenas fizeram uso da faculdade de acionar o Judiciário. Em nenhum momento houve a transgressão de regras processuais, ficando a atuação limitada ao que está disciplinado no Código de Processo Civil. Há, sim, dúvidas acerca do pagamento dos serviços de sepultamento, uma vez que a nota fiscal foi emitida em nome de Heliete Marli Filomeno Leal (fl. 268), enquanto que a declaração de fl. 123 indica que o pagamento foi feito por Jaci Maria da Silva, fato comprovado com a

fotocópia de fl. 124. Contudo, os autos não evidenciam a prática de falsidade ideológica ou indevida apropriação de documento fiscal por Heliete.

A alegação de falsidade dos documentos de fl. 268 e a juntada deste e de outros a destempo (fls. 264-275) também não autorizam a aplicação da penalidade. O exame daqueles documentos não revelam falsidade aparente, merecendo crédito à medida que compatíveis com o conjunto probatório. Doutro modo, a juntada extemporânea foi suprida pelo contraditório proporcionado em sede de alegações finais (fls. 279-293).

Com estas considerações, a apelação cível interposta por Jaci Maria da Silva é provida em parte, indeferindo-se a aplicação da penalidade por litigância de má-fé, e o recurso de apelação cível do instituto de previdência e a remessa necessária são providas na íntegra. Por consequência, nos termos dos arts. 20, §§ 3º e 4º, e 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o ônus da sucumbência é invertido, competindo às autoras o pagamento das despesas processuais e da verba honorária arbitrada na sentença.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dá provimento parcial ao recurso interposto por Jaci Maria da Silva e dá provimento ao apelo do instituto de previdência e à remessa necessária.

O julgamento, realizado no dia 15 de maio de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador Guido Feuser.

Florianópolis, 20 de maio de 2008.

Jânio Machado

RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2008.019833-0, de São Domingos

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONCUSSÃO (ART. 316, *CAPUT*, DO CP) – PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO POR INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NO ART. 514 DO CPP AFASTADA – AÇÃO PENAL INSTRUÍDA POR INQUÉRITO POLICIAL – ACUSADO MÉDICO QUE AGIU NA QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO – INTELIGÊNCIA DO ART. 327, *CAPUT*, E SEU § 1º, DO CP – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – DEMONSTRAÇÃO DE QUE O INTERNAMENTO DA PACIENTE FOI VIABILIZADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – PALAVRAS DA VÍTIMA ALIADAS ÀS DAS TESTEMUNHAS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUANTO À COBRANÇA DE VANTAGEM INDEVIDA PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA – ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL – PENA CORRETAMENTE APLICADA – DIMINUIÇÃO INVIÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.019833-0, da comarca de São Domingos (vara única), em que é apelante Enrique Eduardo Ortiz, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de São Domingos ofereceu denúncia contra Enrique Eduardo Ortiz, em que o deu como incurso nas sanções previstas no art. 316 do Código Penal, descrevendo assim a conduta criminal:

> O denunciado é médico contratado pela Prefeitura Municipal de São Domingos, conforme cópia do Contrato n. 07/2001 (fls. 36/39) e do aditivo de fls. 40/41, exercendo suas atividades junto à Secretaria Municipal de Saúde.
>
> Nessa qualidade, vinha acompanhando a saúde da Sra. Marilene Zatta Carvalho, a qual após a realização de alguns exames necessitou intervenção cirúrgica, acabando por ser internada, no dia 07 de maio de 2001, na Sociedade Hospitalar Beneficente Santa Marta, nesta cidade, através do SUS – Sistema Único de Saúde (fls. 17/18), para a realização de cirurgia para a retirada do útero aos cuidados do ora acusado, já que o encaminhamento se deu através da Unidade Municipal de Saúde.
>
> Em 03 de maio de 2001, quando a Sra. Marilene foi avisada pelo ora acusado de que teria que se submeter à cirurgia, este lhe advertiu que estariam cobrando "uma taxa" (*sic*) de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), questionando à enferma se esta poderia pagar, momento em que esta afirmou que *"na verdade não poderia, mas que iria dar um jeito porque precisava e não poderia ficar assim sofrendo"* – fls. 12, do IP. Ressalte-se que o acusado aproveitou-se da situação de intimidação da sua paciente para exigir-lhe o pagamento da referida "taxa", deixando implícita a necessidade de pagamento do valor como condição de realização da cirurgia.
>
> A paciente foi operada no dia 07 de maio de 2001 pelo ora acusado e pelo Dr. Pedro Altair Neves, recebendo alta no dia 10 de maio de 2001.
>
> Na ocasião da alta médica (10 de maio de 2001), a cargo do ora acusado, este interpelou a Sra. Marilene Zatta Carvalho para que

> pagasse a quantia de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), no que foi prontamente atendido, haja vista que a mesma emprestou a quantia exigida de seus vizinhos na localidade de "Quebra-Queixo".
>
> Ao ser procurado pela Sra. Marilu Zatta, irmã de Marilene Zatta Carvalho, para que apresentasse um recibo do valor que lhe foi entregue pela paciente, o acusado negou-se a apresentar tal declaração da quantia indevidamente recebida.
>
> Denota-se, dos fatos constantes no presente investigatório, que o acusado Enrique Eduardo Ortiz, ao operar a paciente Marilene Zatta Carvalho através do Sistema Único de Saúde, e por intermédio da Secretaria Municipal de Saúde, exercia função pública, de acordo com os delineamentos trazidos pelo artigo 327 do Código Penal. E, no exercício de tal mister, em razão da função, demandou (reclamou) diretamente da vulnerável paciente, que necessitava da intervenção cirúrgica para a recuperação da saúde, vantagem econômica indevida que acabou lhe sendo entregue.

Após o devido seguimento, a instrução processual chegou ao fim, e o Magistrado julgou procedente a denúncia para condenar o réu Enrique Eduardo Ortiz à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do crime disposto no art. 316 do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do art. 44 deste Código, o Togado substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviço à entidade pública, por período idêntico ao da pena substituída, e na prestação pecuniária no valor de 3 (três) salários-mínimos.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o acusado Enrique Eduardo Ortiz apelou sustentando, preliminarmente, a nulidade do feito, pela inobservância do rito disposto no art. 514 do Código de Processo Penal. No mérito, aduz, em síntese, ausência de provas para a condenação, seja por não ter ficado demonstrada nos autos a exigência e

o recebimento da vantagem indevida, seja por não se enquadrar na qualidade de funcionário público previsto no art. 327 do Diploma Repressivo. Afirma, ainda, que ele é que está sendo vítima de uma trama sórdida, armada pelos diretores do hospital, já que estava fazendo bastante sucesso profissional na cidade. Por fim, alternativamente, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo desprovimento.

VOTO

O recurso não merece vingar.

Preliminarmente, deve-se rechaçar a alegação de nulidade do feito pela inobservância do rito disposto no art. 514 do Código de Processo Penal. Isso porque, conforme já mencionado no *Habeas Corpus* n. 2002.000197-0 (fls. 95-99), bem como na sentença vergastada, é cediço que não há nulidade absoluta por ausência de notificação para defesa preliminar do rito específico de funcionário público quando a ação penal é precedida de inquérito policial.

A Súmula 330 do Superior Tribunal de Justiça enuncia: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial".

Nesse sentido, a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça já se manifestou:

> DENÚNCIA – CRIME DE RESPONSABILIDADE DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO – NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO – EXIGIBILIDADE. A notificação do acusado prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal apenas é exigível quando a denúncia deixa de ser precedida do inquérito – inteligência dos artigos 513 e

> 514 do Código de Processo Penal (*HC* n. 71.237, rel. Min. Marco Aurélio).

O Superior Tribunal de Justiça não destoa:

> A defesa preliminar é aplicada nos casos de crimes funcionais, praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou em razão destas, mas apenas nos casos dos delitos descritos nos art. 312 a art. 326, do Código Penal, que tratam dos crimes funcionais próprios.
>
> A notificação prévia do acusado para que ofereça resposta por escrito é dispensada quando a denúncia se encontra devidamente respaldada em inquérito policial (RHC n. 18.336, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma).

E recentemente decidiu este Relator:

> *HABEAS CORPUS* – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PECULATO – REVISTO O DESPACHO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – CONTEÚDO NÃO ALTERADO OU MODIFICADO – AFASTAMENTO DA TESE DEFENSIVA – PRESCINDIBILIDADE DA DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DENÚNCIA QUE ENCONTRA APOIO EM INQUÉRITO POLICIAL – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 330 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ORDEM DENEGADA.
>
> "A ação penal instaurada contra funcionário público pela prática de crime funcional prescinde da notificação prévia do art. 514 do CP quando a exordial acusatória tem apoio em inquérito policial em que se aferiram a ocorrência do ilícito penal e os indícios da autoria, hábeis à oferta da peça inaugural da ação" (RT 742/577) (*Habeas Corpus* n. 2008.002801-9, de Joinville).

Logo, *in casu*, como a denúncia foi instruída com o respectivo inquérito policial, prescinde de resposta preliminar, razão pela qual se afasta a nulidade suscitada.

Por conseguinte, antes de passar à análise das provas propriamente ditas, cumpre examinar se, de fato, o réu teria condições de figurar como

funcionário público, nos termos da lei penal, para a prática do crime de concussão a que foi condenado.

Ora, o art. 327 do Código Penal e seu § 1º dispõem:

> Art. 327**.** Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
>
> § 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Em comentários a respeito desse dispositivo legal, Mirabete leciona que:

> A nova redação dada ao art. 327 do CP passou a abranger, no conceito de funcionário público, particulares que trabalham em empresa prestadora de serviços contratada ou conveniada para a execução da atividade típica da Administração. Na ausência de definição legal de que seja "atividade típica" da Administração Pública, deve-se considerar 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 às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. Nessa categoria estão as empresas de coleta de lixo, de energia elétrica e iluminação pública, de serviços médicos e hospitalares, de telefonia, de transporte, de segurança etc., desde que contratados ou conveniados com o Estado (União, Estados e Municípios) (*Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.402).

Dessa forma, não há dúvidas de que a função exercida pelo acusado à época dos fatos o coloca na qualidade de funcionário público, uma vez que prestava "serviços de saúde na especialidade de clínica geral, num total de 40:00 horas semanais, nas unidades de saúde do município, de acordo com cronograma de atendimento fornecido pela Secretaria Municipal de Saúde e Promoção Social" (Contrato n. 7/2001, de fls. 40-42).

Nesse passo, conforme se verá adiante, existe farta prova nos autos que demonstra que a cirurgia realizada se daria por meio do Sistema Único de Saúde, o que corrobora a qualidade de funcionário público do réu nos moldes vistos acima. No mais, bem anotou o ilustre Parecerista que, "Se o médico Enrique realizou o procedimento em convênio com o Sistema Único de Saúde (donde se presume que no sistema estava cadastrado), por certo, estava na posição de agente público (por equiparação, na forma do art. 327 do CP)" (fl. 441).

Com isso, em uma análise acurada do conjunto ordenado das peças do processo, verifica-se que, diferentemente do que sustenta a defesa, existem provas suficientes de que o acusado praticou o crime disposto no art. 316 do Código Penal.

O tipo penal prescreve:

> Art. 316**.** Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A materialidade e a autoria do delito de concussão são incontestes. A primeira vem sobejamente estampada por meio do laudo médico para emissão de AIH de fl. 21, pelo boletim de admissão e alta de fl. 22, pela receita médica de fl. 23, pelo relatório de operação de fl. 24 e pelos documentos de fls. 25 e 26, além da cópia do contrato e subsequente aditivo firmados entre o município de São Domingos e o réu (fls. 36-45). A segunda, por sua vez, exsurge de toda a prova oral coligida ao processado.

De início, cumpre destacar as palavras da vítima, Marilene Zatta Carvalho, a qual relata, nas duas oportunidades em que foi ouvida, que lhe foi cobrado o valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) pelo acusado para a realização da cirurgia, valor que foi repassado para ele antes de ela sair do hospital. Na fase policial, ela aduziu:

> Que, há dois anos vinha fazendo tratamento de saúde, sempre com atendimento através do Posto de Saúde (Unidade Municipal de Saúde) de São Domingos; Que, desde que o médico Enrique Eduardo Ortiz passou a atender na Unidade Municipal de Saúde, no corrente ano, passou a tratar-se com o mesmo; Que, afirma que vinha sofrendo fortes dores na barriga e nas costas e após vários exames, o médico Enrique Eduardo Ortiz a encaminhou para fazer uma ultrassonografia, a qual foi realizada pelo médico Luiz Carlos Pereira no hospital dessa cidade, e ficou evidenciado, segundo o médico Luiz Carlos Pereira, teria efetivamente que ser submetida a uma cirurgia para retirada do útero; Que, afirma que em 07 de maio de 2001, por ordem do médico Enrique Eduardo Ortiz, foi internada no hospital São Pedro desta cidade para ser submetida a uma cirurgia, como de fato foi esta realizada pelos médicos Enrique Eduardo Ortiz e Pedro Altair Neves, cuja cirurgia foi bem sucedida e deu alta médica no dia 10 de maio de 2001, e hoje está bem recuperada e se sente muito bem; *Que, afirma que ainda na quinta-feira antes de seu internamento (03/05/2001), quando foi mostrar o exame de ultrassonografia ao médico Enrique Eduardo Ortiz e que ficou certo de que faria a cirurgia, este lhe disse que o internamento se daria pelo SUS, e lhe disse: "nós estamos cobrando uma taxa", quando então perguntou ao mesmo de quanto seria tal taxa, e o médico lhe disse: "cento e cinquenta reais", e ainda lhe pediu se poderia pagar, quando então disse ao médico que na verdade não poderia, mas que iria dar um jeito porque precisava e não poderia ficar assim sofrendo; Que, afirma que no dia em que foi ao hospital fazer a ultrassonografia, pediu ao médico Luiz Carlos Pereira quando custaria o exame e este lhe disse que era pelo SUS e não tinha custos, bem como não tinha custos a cirurgia porque era pelo SUS;* Que, afirma que após a cirurgia, teve acompanhamento médico pelo Dr. Enrique Eduardo Ortiz, o qual lhe deu alta médica na manhã de 10 de maio p. p., e saiu da enfermaria por volta de 10:30h e veio até a secretaria onde assinou a alta médica e já fora da secretaria, *no corredor, presente sua filha Silvana Zatta, o médico Enrique Eduardo Ortiz lhe cobrou a taxa a que havia se referido antes do internamento*, ou seja, o valor de cento e cinquenta reais, valor este que foi pago pela declarante, através de sua filha Silvana Zatta. fls. 16 e 17, grifo nosso).

Em Juízo, por sua vez, também revelou:

> que conheceu o réu quando o mesmo prestava serviço de médico no Posto de Saúde de São Domingos; que no ano de 2001 a informante necessitou fazer uma cirurgia de retirada de útero; que procurou o posto de saúde e foi atendida pelo Dr. Henrique; que a informante sentia muitas dores nas costas e o Dr. Henrique recomendou que a mesma se submetesse a uma ultrassonografia; que ao fazer a ultrassonografia o Dr. Luiz disse que a informante precisava se submeter a cirurgia; *que a informante perguntou ao Dr. Luiz Carlos Pereira qual seria o custo da cirurgia sendo que o Dr. Luiz respondeu que o SUS cobriria as despesas*; que a informante pegou o resultado e apresentou ao Dr. Henrique; [...] que o Dr. Henrique marcou o dia para internamento no Hospital São Pedro para ser realizada a cirurgia; que o Dr. Henrique disse que iria fazer a cirurgia mas não comentou quem iria ajudar; que no dia da cirurgia lá se encontravam o Dr. Henrique e o Dr. Pedro Altair Neves; que foram ambos que realizaram a cirurgia; *que antes da cirurgia o Dr. Henrique disse para a informante "que nós temos que cobrar uma taxa"; que ele disse que "nós temos que cobrar essa taxa de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais)"; que a informante não saiu do hospital sem que antes tivesse pago a quantia de R$ 150,00 em dinheiro; que a filha da informante efetuou o pagamento fora da secretaria em mãos do Dr. Henrique, réu; que a informante não recebeu esclarecimento a respeito do motivo da cobrança da taxa*; [...] que conversou com a funcionária de nome Marlei e a mesma teria dito para a informante que não deveria efetuar o pagamento; que a irmã da informante conversou com tal funcionária, que por sua vez tinha conversado com o Dr. Luiz Carlos Pereira e este teria dito que a informante nada devia ao hospital; que reconhece o Dr. Henrique Eduardo Ortiz, presente nesta audiência, como sendo o médico que fez a cirurgia na informante; que três meses depois da cirurgia a informante retornou ao posto de saúde para fazer uma consulta; que o réu naquele dia teria pedido para a informante retirar a queixa feita na delegacia, mas a informante não concordou; que a informante naquele dia mesmo fez consulta com o Dr. Henrique; *que alega que o Dr. Henrique não quis fornecer recibo da taxa de R$ 150,00; que conseguiu a quantia de R$ 150,00 emprestada do Sr. Paulo Finato Bellé* e até hoje não conseguiu devolver (fls. 127-128, grifo nosso).

As palavras da vítima são corroboradas por várias testemunhas trazidas ao processo. Primeiro, a irmã da vítima, Marilu Zatta, indignada com a

situação, prestou depoimento na Promotoria de Justiça (fl. 9) e confirmou os fatos diante da autoridade judiciária aduzindo:

> que a informante e sua sobrinha Silvane estiveram no hospital depois da cirurgia; que a vítima havia recebido alta; que "a minha irmã chegou bem nervosa em casa dizendo que tinha dívida no hospital pra pagar"; que a informante esteve no hospital e a funcionária Marlei disse que não tinha nada pra pagar; que a vítima disse para a informante que efetuou o pagamento de R$ 150,00 para Dr. Henrique; que foi a sobrinha da informante quem entregou o dinheiro para o Dr. Henrique; [...] que no mesmo dia da alta médica a informante foi até o posto de saúde e solicitou ao Dr. Henrique o fornecimento do recibo mas ele não entregou (fl. 131).

Em segundo lugar, a filha da vítima, Silvane Zatta, confirma que foi ela mesma quem fez o pagamento no valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) em mãos do acusado, o que fortifica as palavras da vítima e deixa evidente a ocorrência da exigência da vantagem indevida. Na fase administrativa, ela disse:

> Que é certo que sua mãe esteve internada junto ao hospital São Pedro, desta cidade, no período de 07 a 10 de maio p. p., ocasião em que se submeteu a uma cirurgia; Que, sabe que sua mãe, após atendimento no posto de saúde, foi internada pelo médico Enrique Eduardo Ortiz, pessoa que conhece, e a cirurgia foi feita pelos médicos Pedro Altair Neves e Enrique Eduardo Ortiz; *Que, sabe que a internação e cirurgia, tudo foi viabilizado através do SUS (Sistema Único de Saúde)*; Que, no dia 10 de maio p. p., pela manhã, quando sua mãe recebeu alta hospitalar, tendo sido avisada, veio até o hospital São Pedro e sua mãe estava no corredor de entrada do hospital, *quando, havia recém-chegado, viu que o médico entrava e saía da secretaria do hospital, quando então sua mãe lhe disse: "pague ele" e então a depoente pediu ao médico Enrique Eduardo Ortiz quanto iria cobrar e o mesmo falou "cento e cinquenta reais", valor este que a depoente repassou em dinheiro diretamente ao médico, o qual recebeu* (fl. 18, grifo nosso).

Em Juízo, ela confirmou:

> que não acompanhou a sua mãe durante as consultas realizadas antes da cirurgia; que pelo que sabe a mãe da informante fazia as consultas com o Dr. Henrique no posto de saúde; que antes da cirurgia a informante não ficou sabendo por parte da sua mãe que seria necessário o pagamento de alguma quantia; *que ficou sabendo que sua mãe deveria pagar R$ 150,00 pela cirurgia para o Dr. Henrique somente após a alta hospitalar; que a vítima comentou de que o encaminhamento seria feito pelo SUS e que não teria condições de pagar tal quantia pois trabalhava na lavoura; que foi a própria informante que efetuou o pagamento da quantia de R$ 150,00 para o Dr. Henrique ao lado de fora da sala da funcionária Marlei; que "ele não quis dar recibo"*; que perguntou para o Dr. Henrique qual o motivo da cobrança e este respondeu que teria feito um acerto com o Dr. Luiz; que o Dr. Luiz ficaria com o dinheiro do SUS e o Dr. Henrique com os R$ 150,00; [...] *que efetuou o pagamento para o Dr. Henrique em dinheiro*; que tinha um pouco mais de R$ 150,00 nas mãos no dia em que efetuou o pagamento para o Dr. Henrique (fls. 129-130, grifo nosso).

Se não bastassem as informações constantes dos depoimentos supratranscritos, muito embora o réu tenha dito que não exigiu nenhum tipo de pagamento por parte da vítima, comprovam-no ainda a existência do testemunho de Izelda de Fátima Lauch, a qual "viu a filha da vítima, de nome Silvane, entregando o dinheiro nas mãos do médico" (fl. 134), e as declarações de Paulo Finatto Bellé (fls. 47 e 133), que confirmam que foi este quem emprestou o dinheiro mencionado acima a pedido da vítima para o pagamento da cirurgia.

Têm-se, ainda, as declarações da testemunha Marlei Regina Piana, a qual era funcionária do hospital na época dos fatos e que também afirma que o procedimento de internamento da vítima foi feito pelo Sistema Único de Saúde – SUS – e que o réu era o responsável por ela, fato que demonstra, ainda mais, a inequívoca ilicitude do pagamento feito ao acusado, como segue:

> Que, conhece o médico Enrique Eduardo Ortiz; Que, sabe que o Dr. Enrique atende junto ao posto de saúde (Unidade Municipal de

> Saúde); Que, afirma saber que há um acordo verbal entre os médicos da Unidade Municipal de Saúde com os médicos do Hospital São Pedro de que os pacientes encaminhados pelos médicos da Unidade Municipal de Saúde ficam sob a responsabilidade dos médicos do Hospital São Pedro, Dr. Pedro Altair Neves e Dr. Luiz Carlos Pereira; Que, afirma que houve exceções à regra, pois o médico Enrique Eduardo Ortiz internou duas senhoras, uma delas a senhora Marilene Zatta, pelas quais ficou diretamente responsável, inclusive, no caso de Marilene, participou, juntamente com o Dr. Pedro Altair Neves, diretamente da realização da cirurgia a que foi submetida; *Que, afirma que todos os pacientes encaminhados pelo Posto de Saúde (Unidade Municipal de Saúde) todos são internados pelo SUS; Que, afirma saber que no caso de Marilene Zatta, sua internação e cirurgia foi viabilizada pelo SUS* (fl. 14, grifo nosso).
>
> que na época dos fatos trabalhava no hospital São Pedro; que a vítima foi encaminhada para o Hospital São Pedro para internamento e cirurgia pelo Dr. Henrique Ortiz; *que todas as despesas com cirurgia e internamento correriam por conta do SUS; que nenhuma taxa adicional deveria ser paga*; [...] que existia um acordo entre os médicos do corpo clínico do hospital com os médicos do posto de saúde de que os pacientes vindos do posto de saúde seriam atendidos pelo Dr. Luiz Carlos Pereira e Dr. Pedro Altair Neves, mas no caso da vítima esta foi internada apenas pelo Dr. Henrique; que não se recorda se o Dr. Pedro e o Dr. Luiz participaram da cirurgia; que não sabe qual o motivo daquele acordo ter sido desrespeitado; *que a própria depoente encaminhou toda documentação para o SUS* (fl. 136, grifo nosso).

Dessa feita, em que pese o réu não ser médico contratado pelo hospital no qual foi realizado o procedimento cirúrgico, ficou patente nas provas mencionadas acima que a internação e a cirurgia da vítima foram viabilizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o que demonstra ter sido indevida a vantagem exigida pelo acusado.

Com relação ao testemunho de Carlos Eduardo Prado (fls. 321-323), apesar de ele mencionar a ocorrência de outras irregularidades no hospital de São Domingos, tal fato não isenta o apelante de responsabilidade criminal, pois, como visto em linhas pretéritas, não há dúvidas de

que ele praticou a conduta típica e antijurídica prevista no art. 316 do Código Penal.

No mais, a afirmação do réu de que ele é que está sendo vítima de uma trama sórdida, armada pelos diretores do hospital, não há prosperar, porquanto, assim como sua negativa de que não exigiu o pagamento de valores por parte da vítima, encontra-se totalmente isolada e sem apoio nas provas amealhadas no processo, razão pela qual deve ser mantida a condenação.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

> CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — CONCUSSÃO — ART. 316 DO CÓDIGO PENAL — MÉDICO CONVENIADO COM O SUS QUE EXIGE PAGAMENTO INDEVIDO PARA REALIZAÇÃO DE CONSULTA E INTERNAMENTO — OBJETIVIDADE JURÍDICA QUE SE FUNDA NA PROTEÇÃO MORAL E MATERIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — DELITO AMPLAMENTE DEMONSTRADO PELOS DOCUMENTOS, TESTEMUNHAS E PALAVRA DA VÍTIMA — AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES — SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA — RECURSO MINISTERIAL PROVIDO (Apelação Criminal n. 2005.024733-5, de Campo Erê, rel. Des. Irineu João da Silva).

Por outro lado, no que atine ao pleito de diminuição da pena, melhor sorte não socorre o apelante, uma vez que, analisando o *decisum*, tem-se que o Magistrado sopesou as circunstâncias do art. 59 do Código Penal fundamentadamente, agindo de modo justificado na sua aplicação, e que o *quantum* a ser fixado nesta fase fica a critério do julgador, que é livre para avaliá-lo dentro do contexto probatório.

Esquadrinhando o aumento realizado pelo Sentenciante, constata-se que ele, de forma fundamentada, considerou desfavoráveis ao réu algumas das circunstâncias judiciais previstas naquele dispositivo legal, tais como a

culpabilidade, e as circunstâncias e consequências do crime, o que autoriza a majoração da pena.

Nesse sentido, já decidiu este Relator:

> A nenhum acusado é conferido o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, podendo o magistrado, diante das diretrizes do art. 59, *caput*, do CP, aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime) (Revisão Criminal n. 2003.005709-9, de Fraiburgo).

Por essas razões, deve a sentença ora guerreada permanecer inalterada.

DECISÃO

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 15 de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, com voto, e dele também participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Victor Ferreira. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 31 de julho de 2008.

Solon d'Eça Neves

RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2008.046975-8, da Capital

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

> *HABEAS CORPUS* – CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006) – PRISÃO PREVENTIVA – LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO EXPRESSA PELO ARTIGO 44 DA NOVA LEI DE TÓXICOS ALIADA À PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECRETO PRISIONAL SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO – CRIME HEDIONDO — PROIBIÇÃO À CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA QUE DECORRE DE INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO SÃO ÓBICE À SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.
>
> "A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII). [...] A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente" (STF, *HC* n. 93.302/SP, rela. Mina. Carmen Lúcia, j. em 25-3-2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2008.046975-8, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que são

impetrantes João Max Horr e Gilberto da Silva Tinoco, e paciente Ederson Fabrício Goulart:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrada em favor de Ederson Fabrício Goulart, preso em flagrante e denunciado pelo cometimento, em tese, dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Aduzem os impetrantes, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca da Capital, por não estarem presentes os pressupostos da segregação cautelar. Sustentam, ainda, que o paciente é primário, possui bons antecedentes, mora em residência fixa e tem ocupação definida. Ademais, afirmam que a decisão que decretou a prisão preventiva cingiu-se a apontar os dispositivos legais aplicáveis à matéria, sem, contudo, demonstrar os pressupostos fáticos que ensejariam a mantença no cárcere. Ao final, ponderam que a recente Lei n. 11.464/2007, ao alterar a Lei n. 8.072/1990, deixou de vedar a possibilidade de concessão de liberdade provisória em crimes de natureza hedionda.

Indeferida a liminar (fls. 15-16), foram prestadas as informações às fls. 55-56.

Nesta instância, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef, que opinou pela denegação da ordem.

VOTO

Inicialmente, é de sabença comezinha que o *writ* não se presta para a realização de um exame aprofundado das provas constantes dos autos, a fim de concluir pela inocência ou não do paciente.

A esse respeito, é da jurisprudência desta Casa:

> *HABEAS CORPUS* – PRISÃO EM FLAGRANTE – ROUBO QUALIFICADO – NEGATIVA DE AUTORIA – NECESSIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT* – ORDEM NEGADA.
>
> A via do *habeas corpus* não é adequada para o exame aprofundado das provas dos autos. Somente no processo, onde se entregará a prestação jurisdicional, condenatória ou absolutória, é cabível dissecar as provas.
>
> "O *Habeas Corpus* não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de provas" (*Habeas Corpus* n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva) (*Habeas Corpus* n. 2002.019542-7, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Ainda:

O *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento (*Habeas Corpus* n. 69.806-9/GO, rel. Min. Celso de Mello, RT 701/401).

Dessa forma, qualquer elucubração mais detalhada acerca da participação ou não do paciente nos respectivos delitos é incabível, como dito, na estreita sede do *habeas corpus*.

Outrossim, a prisão do paciente mostra-se perfeitamente viável, já que há nos autos provas da materialidade e indícios suficientes da autoria.

Dito isso, cumpre destacar que o paciente foi preso preventivamente e está sendo processado pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Nesse passo, vê-se que razão não assiste aos impetrantes no que toca à alegada ausência dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, bem como à carência de fundamentação no decreto prisional.

É cediço que para a mantença da segregação cautelar necessário se faz que a autoridade judiciária vislumbre nos elementos que lhe são apresentados, além dos fundamentos da custódia cautelar, a materialidade do ilícito e os indícios suficientes de autoria, pressupostos devidamente observados pelo Togado de primeiro grau, *verbis* (fls. 57-60)*:*

> Nego aos acusados a liberdade provisória, eis que incabível à espécie, *ex vi* dos arts. 2, inciso II, da Lei n. 8.072/90 e 44 da Lei n. 11.343/06, haja vista terem sido incursos nas sanções dos arts. 33 e 35 do mesmo diploma legal. De outro turno, as circunstâncias de serem os acusados primários, residirem no distrito da culpa e possuírem profissão definida são irrelevantes por não se cogitar do benefício, vedado pelo citado diploma (o réu Ederson possui sentença condenatória — f. 70 [dos autos originais]).
>
> [...]
>
> Versa a *quaestio*, sabidamente, de crime de tráfico de drogas, em associação, o qual penaliza a sociedade por completo, cujos motivos restringem-se à obtenção de lucros fáceis com a desgraça de muitos, logo, não é prudente a soltura dos acusados. [...] Desta feita, inquestionável a necessidade da custódia dos denunciados, mormente em se tratando de crime hediondo (narcotráfico), o que impede, por si só, a concessão da benesse.
>
> [...]

> Há indícios fortes da autoria e da materialidade, devendo ser acautelada a ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal), até mesmo pela quantidade da droga apreendida (08 porções de erva prensada, com peso bruto total de 5.475,7g) que, por óbvio, seria distribuída na sociedade, instalando, posteriormente, a infelicidade nos lares e fazer a desgraça de jovens e adultos (lembram-se "Falcão: Meninos do Tráfico"), em manifesto ato contra a sociedade, além de fomentar o crime organizado, com a busca de obtenção de lucros fáceis com a desgraça de muitos, característica especial do delito de tráfico de drogas. Assim, indefiro a liberdade provisória postulada.

Deve-se ter em mente que a ordem pública presta-se não apenas para prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.

Portanto, embora pareça uma medida odiosa, que implica certo sacrifício à liberdade individual, a segregação cautelar é imposta pelo interesse social, e sua imposição é justificada toda vez que demonstrada sua necessidade, mormente quando se trata de pessoa denunciada por crimes em que a investigação policial demonstra indícios fortes da sua participação, como no caso, ao preencher os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Logo, a própria intranquilidade pública, em razão do crescente aumento da criminalidade, que, na maioria dos casos, tem suas raízes no tráfico de entorpecentes, delito de extrema gravidade, que mereceu atenção especial do legislador na sua prevenção e repressão, justifica a manutenção da custódia provisória, uma vez que presentes os requisitos da prisão preventiva, isto é, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a fim de impedir que o paciente volte a delinquir.

Ademais, não se pode olvidar que a prática delitiva, a qual, como já dito, muitas vezes possui origem no tráfico de entorpecentes, tem-se intensificado nas cidades catarinenses, o que faz com que a sociedade

reclame medidas ágeis e eficazes por parte das autoridades competentes para contê-la.

Sendo assim, vê-se não existir nenhum constrangimento à manutenção do decreto de prisão cautelar do paciente, pois se encontram efetivamente presentes os requisitos para tal, bem como a certeza de que o crime foi cometido, aliados, é claro, aos indícios de autoria.

Nesse sentido, este Relator já se manifestou:

> *HABEAS CORPUS* — ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA — ALEGA QUE O PACIENTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, POSTO QUE, PRIMÁRIO E COM RESIDÊNCIA FIXA — DESACOLHIMENTO DAS ARGUMENTAÇÕES — ORDEM DENEGADA.
>
> O conceito de ordem pública não está adstrito apenas na prevenção da prática de fatos criminosos, mas também de acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.
>
> O fato do agente ser primário, ter bons antecedentes, residência fixa e profissão definida não são obstáculos para a manutenção da prisão preventiva (*Habeas Corpus* n. 2002.000863-0, de Blumenau).

Mais:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DESPACHO SUCINTO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E INSTRUÇÃO CRIMINAL – ART. 312 CPP – ORDEM DENEGADA.
>
> No decreto da preventiva não importa a extensão, mas o conteúdo, a substância.
>
> "Se o decreto de prisão preventiva foi suficientemente fundamentado, ainda que sucinto, indicando expressamente a necessidade de garantia da ordem pública e da segurança na aplicação da lei penal, mantém-se a determinação, eis que proferida nos parâmetros

> legais" (STJ) (*Habeas Corpus* n. 2001.020773-7, de Mafra, rel. Des. Amaral e Silva).

Doutro norte, não é demais lembrar que a Lei n. 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas e estabeleceu normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, por intermédio de seu artigo 44, dispõe que os crimes nela previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 são inafiançáveis e insuscetíveis de vários benefícios, dentre eles a concessão da liberdade provisória.

A propósito, nem se argumente que a recente edição da Lei n. 11.464/2007, que deu nova redação ao artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990 e permitiu, em tese, a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos, tenha autorizado referido benefício aos delitos de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico.

É que, se houvesse a intenção do legislador, poderia a Lei n. 11.464/2007, por ser posterior à Lei n. 11.343/2006, ter previsto expressamente a modificação da lei especial, conferindo aos delitos nela definidos (tráfico de entorpecente e outros) a possibilidade de concessão da liberdade provisória, mas não o fez.

Assim, a Lei n. 11.464/2007 não afastou a incidência do princípio da especialidade; caberá, portanto, a aplicação, no presente caso, do disposto no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006, que veda, dentre outros benefícios, a concessão da liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Nova Lei Antidrogas.

Nessa direção, recentes julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *HABEAS CORPUS* – CRIME DE TRÁFICO – PRISÃO EM FLAGRANTE – REGULARIDADE – LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE. Ao paciente preso em flagrante regular pelo crime de tráfico de drogas, não se pode conceder liberdade provisória, por força da vedação legal contida no art. 44 da Lei

> Federal 11.343/06, cujas bases de sustentação estão no art. 5º, XLII e LXVI, da Constituição Federal, dispositivo que não foi atingido pela nova redação dada ao art. 2º, II, da Lei Federal 8.072/90, pelo art. 1º da Lei 11.464/07, em face do princípio da especialidade, sendo irrelevantes os predicados a ele atribuídos na inicial. Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 1.0000.07.452281-4/000, rel. Des. Judimar Biber, 1ª Câmara Criminal, j. em 24-4-2007, publ. em 4-5-2007).
>
> *HABEAS CORPUS* – PRISÃO EM FLAGRANTE – PRESENÇA DOS REQUISITOS – INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME – Presentes a materialidade do delito e indícios de autoria de crime de tráfico de entorpecentes, delito não suscetível de liberdade provisória, e não tendo o paciente comprovado a desnecessidade de sua prisão cautelar, impõe-se a manutenção da mesma, máxime quando a necessidade se mostrar patente para garantia da ordem pública. – Ordem denegada (*Habeas Corpus* n. 1.0000.07.451908-3/000, 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 3-4-2007, publ. em 10-5-2007).

Dessarte, verifica-se que a decisão que indeferiu ao paciente o benefício da liberdade provisória também encontra embasamento legal no artigo 44 da Lei n. 11.343/2006.

Não fosse isso, acrescente-se a todo o exposto que, consoante recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, sedimentado a partir do julgamento, em 27-6-2007, do *Habeas Corpus* n. 76.779/MT, pela Terceira Seção do STJ (5ª e 6ª Turmas), a vedação à liberdade provisória, quando, como no caso, tratar-se de crime hediondo, é decorrência lógica da inafiançabilidade imposta pela Carta da República a tais crimes. Se não, vejamos:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. PROIBIÇÃO

DECORRENTE DE TEXTO LEGAL E DE NORMA CONSTITUCIONAL NEGATIVA.

I — Uma vez prolatada a sentença penal condenatória, fica sem objeto o *habeas corpus* que objetivava ver reconhecido o excesso de prazo na formação da culpa (precedentes).

II — A proibição de concessão do benefício de liberdade provisória para os autores do crime de tráfico ilícito de entorpecentes está prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/06, que é, por si, fundamento suficiente por se tratar de norma especial especificamente em relação ao parágrafo único do art. 310 do CPP.

III — Além do mais, o art. 5º, XLIII, da Carta Magna, proibindo a concessão de fiança, evidencia que a liberdade provisória pretendida não pode ser concedida.

IV — Precedentes do Pretório Excelso (AgReg no *HC* 85711-6/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; *HC* 86814-2/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa; *HC* 86703-1/ES, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; *HC* 89183-7/MS, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; *HC* 86118-1/DF, 1ª Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso; *HC* 79386-0/AP, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa; *HC* 83468-0/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *HC* 82695-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso) *Habeas corpus* denegado (STJ – *Habeas Corpus* n. 78.448/BA, rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 21-6-2007, DJ de 10-9-2007, p. 279).

Mais:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. PEDIDO PREJUDICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO LEGAL. INAFIANÇABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM PREJUDICADA EM PARTE E DENEGADA. RESSALVADO POSICIONAMENTO DA RELATORA.

I. Encerrada a instrução criminal, resta superado o constrangimento ilegal por excesso de prazo.

> II. Hipótese em que o recorrente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, tendo sido indeferido pelo Magistrado singular o benefício da liberdade provisória.
>
> IV. O entendimento anteriormente consolidado nesta Corte orientava-se no sentido de que, ainda que se cuidasse de crime de natureza hedionda, o indeferimento do benefício da liberdade provisória deveria estar fundamentado em suficiente e adequada fundamentação, com base nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> V. Revisão da jurisprudência em virtude de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o disposto no art. 2º, inciso II, da Lei dos Crimes Hediondos por si só constitui fundamento suficiente para o indeferimento da liberdade provisória sem a necessidade de explicitação de fatos concretos que justifiquem a manutenção da custódia.
>
> VI. A proibição da liberdade provisória a acusados pela prática de crimes hediondos deriva da inafiançabilidade dos delitos dessa natureza preconizada pela Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XLIII.
>
> VII— Ordem prejudicada, no tocante ao excesso de prazo e denegada, quanto ao pedido de liberdade provisória (STJ – *Habeas Corpus* n. 81.214/RS, rela. Ministra Jane Silva (Desa. Convocada do TJ/MG), 5ª Turma, j. em 29-8-2007, DJ de 17-9-2007, p. 326).

No mesmo sentido, colhe-se de recente decisão do Pretório Excelso:

> O STF tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44 da Lei n. 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória (*HC* n. 93.653/RN, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 3-6-2008).

E, ainda:

> 2. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela

> Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes.
>
> O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.
>
> Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis.
>
> Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão "*e liberdade provisória*" do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância.
>
> Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos.
>
> 3. A Lei n. 11.464/07 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente (*HC* n. 93.302/SP, rela. Mina. Carmen Lúcia, j. em 25-3-2008).

Nessa trilha, *ad argumentandum tantum*, também não há falar em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois, como sabido, tem prevalecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência o entendimento segundo o qual "'o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) não obsta a decretação da prisão preventiva, quando necessária' (*Habeas Corpus* n. 12.757, de Abelardo Luz, rel. Des. Cláudio Marques)" (*Habeas Corpus* n. 2000.018402-0, de Caçador, rel. Des. Genésio Nolli, j. em 10-10-2000).

Sorte também não socorre os impetrantes quando sustentam que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, possui residência fixa e

emprego lícito, uma vez que, em que pesem sejam elementos que podem e devem ser considerados pelo juiz ao apreciar a necessidade da custódia cautelar, são insuficientes, por si sós, para conceder a ordem impetrada, mesmo porque, repita-se, os crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 são insuscetíveis de liberdade provisória.

Nesse caminho:

> *HABEAS CORPUS* – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA – DECISÃO – FUNDAMENTAÇÃO – EXISTÊNCIA – REQUISITOS SUBJETIVOS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA.
>
> A decisão que, de forma convincente e motivada, indefere o pedido de liberdade provisória, indicando, para tanto, os pressupostos e fundamentos autorizadores da decretação da prisão preventiva, não acarreta constrangimento ilegal ao paciente.
>
> Eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita, não lhe são garantidoras ao direito à liberdade provisória se existem outras que, como reconhecidas na decisão impugnada, lhe recomendam a custódia cautelar (TJMG, 4ª Câmara Criminal, rel. William Silvestrini, *Habeas Corpus* n. 1.0000.06.448209-4/000, DJ 31-1-2007).

Ainda:

> A primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa não obstam à manutenção da custódia provisória, especialmente se fundamentada na garantia da ordem pública (*Habeas Corpus* n. 2005.011236-2, da comarca de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino).

Por fim, prevalece sempre o princípio da confiança no juiz do processo, pois, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, é ele quem tem melhores condições de avaliar a necessidade da medida.

Colhe-se da jurisprudência:

> Não se deve perder de vista que o juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe normalmente de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da medida (RTJ 91/104).

Portanto, não configurada a existência de ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado, não pairam dúvidas acerca da necessidade da custódia preventiva do paciente.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, denega-se a ordem.

O julgamento, realizado no dia 26 de agosto de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, com voto, e dele também participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Victor Ferreira. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 1º de outubro de 2008.

Solon d'Eça Neves

RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.030284-3, de Campos Novos

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO DA DEFESA. SUSTENTADA NULIDADE DO PROCESSO AO ARGUMENTO DE QUE A SITUAÇÃO FLAGRANCIAL FOI INOCORRENTE. INVIABILIDADE. FLAGRANTE PRÓPRIO CARACTERIZADO. EVENTUAIS VÍCIOS DO FLAGRANTE/INQUÉRITO QUE, ADEMAIS, NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. PROEMIAL AFASTADA.

MÉRITO. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. POSSIBILIDADE. DELITO QUE, APESAR DE TER SIDO PERPETRADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 11.705/2008, EXIGE AGORA A COMPROVAÇÃO DE QUE O AGENTE CONDUZIA O AUTOMOTOR COM 6 (SEIS) OU MAIS DECIGRAMAS DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE EM SEU ORGANISMO. LEI POSTERIOR QUE NESTE PONTO FOI MAIS BENÉFICA AO RÉU DO QUE À NORMA PRETÉRITA, QUE NÃO EXIGIA A DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER ÍNDICE DE ALCOOLEMIA. EXEGESE DO ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DO CÓDIGO PENAL (*NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*). DÚVIDA QUANTO À MATERIALIDADE DELITIVA, HAJA VISTA A RECUSA DO APELANTE EM SUB-

METER-SE AO ETILÔMETRO. TEOR ALCOÓLICO QUE NÃO PODE SER COMPROVADO POR PROVA TESTEMUNHAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. APELO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.030284-3, da comarca de Campos Novos (Vara Criminal), em que é apelante Osni Luiz Ribeiro e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso para absolver o réu. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da Vara Criminal da comarca de Campos Novos, Osni Luiz Ribeiro foi denunciado como incurso nas sanções do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, consoante se depreende da vestibular acusatória:

> No dia 29 de outubro de 2006, por volta das 14 horas, na Rua Marechal Deodoro, Bairro Senhor Bom Jesus, neste Município de Campos Novos/SC, o denunciado OSNI LUIZ RIBEIRO, em visível estado de embriagues, conduziu em via pública o veículo VW/Fusca, placas MAE 3568, efetuando manobras perigosas conhecidas como "Cavalo de Pau", expondo a perigo a segurança alheia, eis que o local era movimentado (fls. 1 e 2 – sic).

Processado o feito e concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o réu à reprimenda corporal de 8 (oito) meses de detenção, em regime semi-aberto, ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixado este em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, e à pena de suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 5 (cinco) meses, por infração ao art. 306 da Lei n. 9.503/1997. Na sequência, porque não preenchidos os requisitos legais, deixou-se operar a substituição da pena aflitiva por restritivas de direitos, bem como de se conceder o *sursis*.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o sentenciado, por meio de seu defensor, interpôs recurso de apelação (fl. 107), postulando, em suma, nas razões ofertadas (fls. 108-113), preliminarmente, a declaração de nulidade do auto de prisão em flagrante, por entender que não ficaram configuradas as suas hipóteses legais. No mérito, pleiteou a absolvição em face da insuficiência probatória, com fulcro no art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 115-119), ascenderam os autos a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 124-126).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Osni Luiz Ribeiro, irresignado com a sentença que o condenou pela prática do crime de embriaguez ao volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro).

Requereu, em síntese, nas razões ofertadas por seu defensor, preliminarmente, a declaração de nulidade do auto de prisão em flagrante, por entender que não ficaram configuradas as suas hipóteses legais. No mérito, pleiteou a absolvição em face da insuficiência probatória, com fulcro no art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal.

De início, compulsando-se o caderno processual, urge afastar a prefacial de nulidade do feito, uma vez que a situação do estado de flagrância ficou plenamente caracterizada, pois, logo que souberam da realização de manobras perigosas por parte do acusado, os policiais militares imediatamente se dirigiram ao local, chegando apenas poucos minutos após este ter estacionado seu carro.

Nesse sentido estão as declarações do miliciano Cleiton José Vieceli que, logo na fase indiciária, afirmou ter avistado o veículo VW/Fusca executando "cavalos de pau" e que, "ao notar que a viatura da PM se

aproximava, o condutor *tentou* evadir-se do local; Que *imediatamente* foi efetuada abordagem no veículo, ocasião em que foi constatado que o condutor Osni Luiz Ribeiro apresentava-se visivelmente embriagado [...]" (fl. 5 – sic) (destacou-se).

Assim sendo, depreende-se que o estado de flagrância ficou plenamente configurado, de acordo com as situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal, especificamente a prevista no seu inciso II (flagrante próprio), que considera em flagrante delito aquele que acaba de cometê-lo, se não vejamos:

> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I — está cometendo a infração penal;
>
> II — acaba de cometê-la;
>
> III — é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV — é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Sobre a espécie de flagrante ocorrente no caso em apreço, esclarece Guilherme de Souza Nucci:

> Flagrante próprio ou perfeito (inciso II): ocorre quando o agente terminou de concluir a prática da infração penal, em situação de ficar evidente a prática do crime e da autoria. Embora consumado o delito, não se desligou o agente da cena do crime, podendo, por isso, ser preso (*Código de processo penal comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 563).

De outra banda, ainda que o alegado fosse verdade (inexistência de flagrante), é sabido que eventuais vícios existentes na fase policial não contaminam a ação penal, mormente porque constitui peça informativa.

Oportuno transcrever a ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. HC. PECULATO. VÍCIO OCORRIDO NO INQUÉRITO POLICIAL. IRRELEVÂNCIA. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. [...] I. Os eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não são hábeis a contaminar a ação penal, pois aquele procedimento resulta em peça meramente informativa e não probatória (HC n. 34.870, rel. Min. Gilson Dipp).

No mesmo sentido, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> O recebimento da denúncia supre qualquer irregularidade ou eventual nulidade do auto de prisão em flagrante, ou inquérito policial, a qual, caso existente, não tem ressonância na ação penal instaurada (HC n. 12.544, de Itajaí, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Destarte, afasta-se a proemial suscitada.

No tocante ao mérito, contudo, tem-se que o reclamo merece prosperar, pelo que deve Osni Luiz Ribeiro ser absolvido do delito pelo qual foi condenado.

É que a Lei n. 11.705/2008, de 16 de junho de 2008 (data em que entrou em plena vigência), dentre as várias alterações que trouxe ao Código de Trânsito Brasileiro, operou a modificação da norma insculpida no art. 306 da aludida codificação, e passou a exigir, para a caracterização do delito ali previsto, como figura elementar do tipo, que o condutor do veículo automotor transite em via pública com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou que esteja sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Para melhor visualização das alterações levadas a efeito, transcrevem-se as redações do art. 306 da Lei n. 9.503/1997, antes e depois da modificação levada a efeito pela Lei n. 11.705/2008:

> Redação anterior

> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:
>
> Redação atual
>
> Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Cotejando-se o teor de ambos os textos, percebe-se com clareza que a nova redação dada ao artigo em comento procedeu a duas alterações substanciais: a) extirpou a necessidade de exposição da incolumidade de outrem a dano potencial; e b) estipulou um patamar mínimo igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue ou a direção sob os efeitos de substância psicoativa para que os condutores de veículos automotores possam responder criminalmente pela prática do ilícito.

Em outras palavras, a alteração legislativa condicionou a responsabilização criminal por embriaguez ao volante, hipótese dos autos, à comprovação de que o motorista guie seu automóvel com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, independentemente de ter exposto a dano potencial a incolumidade pública.

Por outro lado, faz-se imperativo consignar que a presente hipótese, apesar de versar sobre um fato acontecido no dia 29-10-2006, isto é, em data bem anterior à inovação normativa em destaque (em vigor desde 16-6-2008), reclama a aplicação do art. 306 do CTB em sua atual redação, uma vez que este último, malgrado seja mais gravoso por não exigir a exposição da incolumidade a dano potencial, mostra-se mais benevolente ao determinar que o índice mínimo de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue seja efetivamente comprovado nos exames físico-químicos do agente, para a exata subsunção do fato à norma.

Especificando, a alteração trazida pela Lei n. 11.705/2008 no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro tem aspectos de *novatio legis in mellius* e de *novatio legis in pejus*.

De *Novatio legis in pejus* porque excluiu a necessidade de expor a incolumidade de outrem a dano potencial. Já, de *novatio legis in mellius* porquanto exigiu a comprovação de que o condutor do veículo seja flagrado na direção de automóvel com 6 (seis) ou mais decigramas de álcool por litro de sangue.

Nesse talante, importa frisar que o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, é expresso a reverberar que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

O parágrafo único do art. 2º do Código Penal é ratificador do dispositivo em epígrafe, se não vejamos: "A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Os comentários da doutrina enfatizam o conteúdo das normas em destaque.

Fernando Capez deixa claro que

> Tanto na hipótese da *abolitio criminis* quanto na da alteração *in mellius*, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado(*Curso de direito penal*: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 55).

Outro não é o entendimento de Celso Delmanto e outros:

> A redação do parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. Basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer

> modo, para retroagir em seu benefício (*Código penal comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 21).

Assim sendo, arrematando a questão, diante do fato de a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro trazer concomitantemente aspectos de *novatio legis in mellius* e de *novatio legis in pejus*, e tendo em vista que somente o primeiro aspecto deve retroagir para beneficiar o réu, alcançando fatos pretéritos, conclui-se que a exigência da comprovação do índice alcoólico igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue é medida imperativa, inclusive para os delitos perpetrados antes de 16-6-2008, data em que foi publicada e entrou em vigor a Lei n. 11.705/2008, por ser medida mais benéfica do que a preconizada na norma anterior, que não determinava a comprovação de qualquer índice de alcoolemia.

A propósito, outro não é o posicionamento da emergente doutrina, conforme se observa do entendimento do professor Renato Marcão, em interessante artigo sobre a matéria:

> O novo art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, está assim redigido: "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".
>
> Duas, portanto, as hipóteses identificadas.
>
> *Na primeira hipótese, para que se tenha por autorizada a persecução criminal será imprescindível produzir prova técnica indicando que o agente, na ocasião, se colocou a conduzir veículo na via pública estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas.*
>
> *O dispositivo penal aqui é taxativo no que tange à quantificação de álcool por litro de sangue para que se tenha por configurada a infração penal, e tal apuração só poderá ser feita tecnicamente, de maneira que a prova respectiva não poderá ser suprida por outros meios, tais como exames clínicos ou prova oral.*

Na segunda hipótese estará configurado o crime quando o agente se colocar a conduzir veículo na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Sob tais condições, para a persecução penal não é imprescindível prova pericial, sendo suficiente produção de prova oral.

[...]

4. Retroatividade benéfica

Observada a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, fica claro em relação à embriaguez ao volante que só haverá processo e eventual condenação se houver prova técnica (bafômetro, por exemplo), indicando a presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. A prova testemunhal isolada não é suficiente.

Nesse sentido, a nova redação do art. 306 é mais benéfica que a redação anterior em relação ao réu que responde criminalmente pela conduta em comento, pois cria obstáculo à configuração do ilícito, estabelecendo elementar antes não prevista.

Por força do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, e do parágrafo único do art. 2º do Código Penal, a lei posterior benéfica deve retroagir em favor do réu.

Diante de tal quadro, as investigações criminais em andamento relacionadas com o delito de embriaguez ao volante e os processos penais em curso, onde não se fez prova técnica ou, onde, ainda que feita, não se apurou presença de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, estão fadadas ao insucesso.

Os inquéritos policiais onde não se produziu referida prova não poderão resultar em ação penal; as ações penais em curso, sob tais condições, não poderão ensejar condenação.

5. Conclusão

Em decorrência das mudanças introduzidas com o advento da Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, apenas poderá ser chamada a prestar contas à Justiça Criminal "por embriaguez" ao volante, nos moldes do art. 306, caput*, primeira parte, do Código de Trânsito Brasileiro, a pessoa que assim desejar ou aquela que for enleada ou mal informada a respeito de seus direitos, e por isso optar por se submeter ou consentir*

> *em ser submetida a exames de alcoolemia ou teste do "bafômetro" tratados no* caput *do art. 277 do mesmo* Codex *e, em decorrência disso, ficar provada a presença da dosagem não permitida de álcool por litro de sangue.*
>
> Em relação à conduta capitulada na parte final do art. 306, *caput*, (conduzir veículo automotor na via pública sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência), por não ser indispensável prova técnica, a configuração e consequente instauração da persecução penal independerá de *boa vontade*, engodo ou desinformação do agente (MARCÃO, Renato. *Embriaguez ao volante, exames de alcoolemia e teste do bafômetro*. Uma análise do novo art. 306, *caput*, da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11454>. Acesso em: 15 jul. 2008) (grifou-se).

E, na hipótese em comento, observa-se que não houve a comprovação do índice alcoólico supramencionado, tendo o acusado se recusado a fazer o teste de alcoolemia, valendo-se da prerrogativa constitucional prevista no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna, segundo a qual ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Diante deste quadro, de dúvida a respeito da materialidade delitiva quanto ao delito do art. 306 do CTB, já que o teor de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue no organismo do réu não pode ser comprovado por simples prova testemunhal, impõe-se a absolvição do apelante.

DECISÃO

Ante o exposto, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso para absolver Osni Luiz Ribeiro, com espeque no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, do crime pelo qual foi condenado.

O julgamento, realizado no dia 29 de julho de 2008, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 29 de julho de 2008.

Tulio Pinheiro

RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.032249-8, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO EM CONTINUIDADE DELITIVA. AGENTE QUE, UTILIZANDO-SE DE SUA PROFISSÃO DE MASSOTERAPEUTA E DE MEDICAÇÃO DE DUVIDOSOS EFEITOS, INDUZ CLIENTE SENIL A LHE CEDER AUTOMÓVEL E A ASSINAR ESCRITURA DE DOAÇÃO DE SEU APARTAMENTO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO EVIDENCIADOR DA ATUAÇÃO ARDILOSA DA ACUSADA, QUE, COM A FINALIDADE DE OBTER VANTAGEM ILÍCITA EM PREJUÍZO ALHEIO, MANTEVE A VÍTIMA EM ERRO. ELEMENTOS CONFIGURADORES DO TIPO PENAL DEVIDAMENTE PERFECTIBILIZADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.032249-8, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Criminal), em que é apelante Graciela Emerenciano Gelak e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, Graciela Emerenciano Gelak foi denunciada como incursa nas sanções dos arts. 148, 168, *caput*, e 171, *caput*, todos do Código Penal, consoante se depreende da vestibular acusatória:

> Consta do Auto de Prisão em Flagrante anexo, que no decorrer do ano de 2003, a vítima Gunter Friedrich Burkhadt conheceu

na clínica onde realizava fisioterapia a denunciada Graciela Emerenciano Gelak, a qual apresentava-se como profissional da área, tanto é, que passou logo em seguida a tratar da vítima que sofria de problemas de saúde, tais como bursite, reumatismo, nervo ciático, dentre outros.

Ocorre que, apenas duas semanas após o primeiro encontro, a vítima começou a receber tratamento pela indiciada diretamente em sua própria residência, onde Graciela Emerenciano Gelak intentou a estreitar a relação com a vítima, fazendo-lhe refeições, bem como permanecendo em sua companhia.

No entanto, passado algum tempo, aproveitando-se do fato da vítima ser uma pessoa idosa, que vivia só, sem a companhia de seus filhos, a denunciada começou a influenciar esta última no sentido de que lhe "emprestasse" certas quantias em dinheiro, as quais aumentaram com o decorrer do tempo.

Não satisfeita em conseguir os valores a título de "empréstimo" da vítima, a denunciada arquitetou ainda uma verdadeira trama, tudo com o objetivo de vender o apartamento de propriedade de Gunter Friedrich Burkhadt, para que se apropriasse do resultado de sua alienação, obtendo para si vantagem indevida em prejuízo alheio.

Desta forma, com o uso de medicamentos, os quais eram fornecidos à vítima sem qualquer explanação a origem ou motivo dos mesmos serem ministrados, a denunciada acabou reduzindo a capacidade de entendimento do idoso, fazendo com que este assinasse uma procuração, a qual lhe dava plenos poderes para vender, alienar, trocar em permuta, etc, o imóvel sito à Avenida Brasil n. 2368, apto 902, centro, nesta.

Ato contínuo, com o documento mandatário em mãos, a denunciada obteve uma escritura de doação, com a qual intentou vender o imóvel, entrando em contato com Carlos Roberto Osório, profissional da área que, após alguns contatos, se dirigiu ao imóvel objeto de venda na companhia de Danilo de Avila Medeiros.

Recepcionados pela denunciada no decorrer da visita ao apartamento da vítima, Danilo de Avila Medeiros deparou-se com um dos cômodos do imóvel trancado, sendo que ao ser indagado à denunciada sobre o mesmo, lhe foi informado de que no seu interior havia uma pessoa idosa que seria desequilibrada mentalmente.

> Desconfiado, o mesmo conseguiu por alguns momentos, esquivar-se da denunciada e adentrar ao local onde se encontrava a vítima. Conversando com a mesma, esta lhe esclareceu que o apartamento lhe pertencia, e que não possuía qualquer intenção em desfazer-se do bem tendo em vista que nele residia.
>
> Com essas informações o corretor de imóveis Carlos Roberto Osório e Daniel Avila Medeiros constataram que a vítima era mantida em sua residência pela denunciada, a qual não permitia que a mesma saísse sozinha, chegando ainda a proibir que esta recebesse visitas.
>
> Tais fatos foram comunicados à filha da vítima, a qual procurou a Delegacia de Polícia e relatou o ocorrido. Consequentemente, policiais militares dirigiram-se ao apartamento de Gunter Friedrich Bukhardt, encontrando-o no local, assim como a denunciada, que fora prontamente encaminhada à Delegacia de Polícia desta Comarca.
>
> Percebe-se assim, que além de induzir a vítima a erro, e dela receber o referido imóvel, a denunciada ainda induziu Gunter Friefrich Bukhardt a lhe transferir o veículo Renaut/Senic, de cor cinza, placa MFB 7100, ano 2003, para o seu nome, apoderando-se do mesmo, tal ato ocorreu por intermédio de uma falsa compra e venda.
>
> Deste modo, tem-se que a denunciada obteve vantagem ilícita em prejuízo alheio, após a vítima ser levada a erro, no instante em que, com sua capacidade de discernimento reduzida pela medicação ministrada por Graciela Emerenciano Gelak, concordou com a suposta alienação do veículo, assim como a doação do imóvel de sua propriedade. Não obstante essas barbáries atitudes, a denunciada ainda apropriou-se indevidamente de uma televisão e um aparelho de fisioterapia, ambos pertencentes à vítima, como se proprietária fosse, os quais lhe foram confiados a posse (fls. 2-5 – sic).

Processado o feito e concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para absolver a acusada das condutas tipificadas nos artigos 148, *caput*, e 168, *caput*, ambos do Código Penal, com base no art. 386, inciso VI, da Lei Adjetiva Penal, e condená-la, por sua vez, à reprimenda de 1 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, fixado este em 1/30

(um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 171, *caput*, do Estatuto Repressivo, em continuidade delitiva. Na sequência, porque preenchidos os requisitos legais, substituiu-se a pena aflitiva pelas restritivas de direitos de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a sentenciada, por meio de seu defensor, interpôs recurso de apelação (fl. 302), postulando, em suma, nas razões ofertadas (fls. 307-309), a absolvição em face da insuficiência probatória. Argumenta, para tanto, que foi ela a verdadeira prejudicada pela ação efetuada pela vítima, uma vez que, por passar por dificuldades financeiras, "seria presa fácil nas mãos de uma pessoa rica e acostumada a utilizar de suas posses para obter favores além dos habituais prestados por suas serviçais".

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Graciela Emerenciano Gelak, inconformada com a sentença que a condenou pela prática do crime estatuído no art. 171, *caput*, do Código Penal, na forma do art. 71, *caput*, do mesmo diploma normativo (estelionato em continuidade delitiva).

Pleiteia, em síntese, por meio de seu defensor, a absolvição em face da insuficiência probatória. Argumenta, para tanto, que foi ela a verdadeira prejudicada pela ação efetuada pela vítima, uma vez que, por passar por dificuldades financeiras, "seria presa fácil nas mãos de uma pessoa rica e acostumada a utilizar de suas posses para obter favores além dos habituais prestados por suas serviçais" (fls. 307-309).

Todavia, compulsando o caderno processual, tem-se que razão não assiste à recorrente.

A materialidade delitiva está consubstanciada no termo de exibição e apreensão (fl. 32), na cópia da escritura pública de doação (fl. 37), na cópia da Matrícula n. 69110, do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Balneário Camboriú, na documentação acostada às fls. 44 e 76-95, atestadora de que o veículo Renault Scenic RXE 2.0, de placa MFB 7100, estava em nome da acusada, bem como na prova oral coligida.

A autoria, da mesma forma, exsurge inconteste, não podendo merecer guarida o argumento ventilado pela defesa de que foi a vítima quem abusou da ré em troca de favores de caráter sexual.

Infere-se do processado que, durante o ano de 2003, quando frequentava uma clínica de fisioterapia, a vítima Gunter Friedrich Burkhadt, de 77 anos de idade, conheceu a acusada, a qual, ao se apresentar como profissional especializada em massoterapia, ofereceu-lhe seus préstimos.

Iniciadas as sessões, após passadas apenas duas semanas do primeiro encontro, a vítima já começou a ser atendida em sua própria casa, oportunidade em que a ré aproveitou para estreitar as relações com aquela, seja fazendo as refeições, seja permanecendo em sua companhia.

Tendo em vista que Gunter era pessoa idosa e que vivia sozinho, sem a companhia ou visita de seus filhos, Graciela envidou esforços no intuito de cooptá-lo a lhe efetuar pequenos "empréstimos" monetários, os quais foram aumentando em frequência e quantidade no decorrer do tempo.

Contudo, antevendo que poderia obter mais vantagens de seu cliente, a acusada planejou um modo de vender o apartamento pertencente à vítima sem nenhuma anuência ou autorização desta, com o objetivo de se apropriar do resultado da alienação.

Foi assim que, tencionando diminuir a capacidade de resistência e discernimento de seu cliente, passou a ministrar medicamentos de duvidosos efeitos e obteve êxito em sua tarefa, pois conseguiu com que Gunter assinasse uma procuração que lhe conferia plenos poderes para vender, alienar, trocar em permuta etc. o imóvel localizado na Avenida Brasil, n. 2368, apto 902, centro de Balneário Camboriú, no qual residia o vitimado.

De posse do instrumento do mandato, Graciela obteve a competente escritura de doação e buscou vender o apartamento. Para tanto, entrou em contato com o corretor de imóveis Carlos Roberto Osório que, após algumas tratativas e desconfiado da ré, que se negava a mostrar a documentação do imóvel e evitava marcar visitas *in loco*, rumou até o local objeto da venda na companhia do advogado Danilo de Ávila Medeiros, que se fez passar por um comprador interessado.

Lá chegando, os visitantes foram recepcionados pela acusada, que prontamente lhes mostrou os cômodos do imóvel, exceto um, pois, segundo a ré, ali se encontrava uma pessoa idosa e mentalmente desequilibrada.

Todavia, Danilo, desconfiado da informação repassada, conseguiu, por poucos minutos, livrar-se da companhia de Graciela e ingressar no quarto onde estava o ancião, oportunidade em que, ao dialogar com ele, soube que o apartamento, além de não estar à venda, pertencia àquele homem.

Com base nessas informações, logo após deixarem o imóvel, Carlos e Daniel comunicaram-se com a filha da vítima, que entrou em contato com a Delegacia de Polícia, e relatou o ocorrido. Na sequência, policiais militares se dirigiram à residência da vítima, oportunidade em que ela e a acusada foram encaminhadas ao distrito policial.

Por fim, descobriu-se que, além de induzir a vítima em erro para obter vantagem com a venda do imóvel daquela, Graciela teria também

persuadido Gunter a lhe transferir o veículo Renaut/Scenic, de placa MFB 7100, ano 2003, para seu nome, ato que se deu por meio de uma falsa compra e venda.

Nesse exato sentido se encontram as palavras da vítima Gunter Friedrich Bukhardt, que, ao relembrar o ocorrido, relatou o modo como se desenvolveram os fatos, bem como a ardilosa atitude de Graciela para apropriar-se de seus bens:

> *que no começo a ré não dava medicamentos para o depoente, mas depois, por este se queixar de dores, começou a trazer um medicamento que deixava o depoente "bêbado", tonto; que este pediu para ver a caixa e a bula do medicamento mas a ré falou que não precisava, que não lhe interessava, e sempre trazia um ou dois comprimidos fora da caixa; que o depoente reclamava que os remédios o deixavam tonto e ela dizia que era efeito normal*; que a ré trabalhou para o depoente de abril a dezembro de 2003 mais ou menos [...] que pagava uns R$ 2.000 ou R$ 3.000 por mês para a ré, além de outras despesas que custeou, como um tratamento de rins no valor de R$ 16.000,00, uma cirurgia plásticas nos seios de uns R$ 5.000,00 e um curso de uns R$ 300,00 por mês por uns 5 ou 6 meses, além do aparelho que comprou para a si e ficou com a ré, no valor de R$2.500; que além desse aparelho ainda ficaram com a ré: um triturador de lixo que vai em baixo da pia, da marca Malori; um jogo de chave estrela e boca; um jogo de chave de fendas; *as roupas de cama e toalhas; tapetes coreanos para os carros; que a ré tinha uma dívida de R$15.000 com um agiota, para cuja garantia pediu ao depoente a hipoteca do apartamento onde este morava; que o depoente entregou todos os documentos do apartamento para a ré e assinou uma procuração para que o apartamento pudesse ser hipotecado; que o agiota achou irrisório o valor da dívida comparado ao do apartamento e não fez a hipoteca, mas os documentos eram sempre solicitados pelo depoente e a ré nunca devolvia* [...] que recebeu 10 mil euros de seu filho que mora na Alemanha, por meio do banco Itaú, sendo que a ré convenceu o depoente a investir esse dinheiro na compra de um imóvel dizendo que era um bom negócio; que o depoente sempre pediu para ver a escritura do imóvel e ela nunca mostrou; que nunca recebeu o imóvel nem o dinheiro de volta; *que também na malandragem a ré passou o carro do depoente para o nome dela, um Scenic [...] que o depoente ficou sabendo por*

> *um corretor de imóveis que a ré estava vendendo o apartamento onde o depoente morava; [...] que antes disso recebeu no apartamento um suposto comprador, sendo que a ré dizia que não era o apartamento do depoente que estava a venda, era um do sétimo*; que este homem que se apresentou como comprador era advogado e estava na compania de Carlos, o corretor de imóveis; que depois disso veio um médico de Passo Fundo que trabalha em Blumenau, dr. Bianchi, também interessado no imóvel, que também veio olhar o apartamento; *que o depoente disse ao médico que o apartamento não estava a venda; que depois disso Carlos contou ao depoente o que a ré estava armando* [...] que estima ter tido um prejuízo de cerca de R$70.000 com a conduta da mulher [...] *que na época em que a ré dava os remédios para o depoente, foi um pessoal do cartório Waltrick até o apartamento do depoente para que este assinasse uns papéis; que não chegou a ir cartório nenhum assinar documentos; que a procuração referente ao apartamento foi assinada em casa na mesa da cozinha, entre o 12:00 e 14:00* [...] *que nunca disse que queria se desfazer dos bens para não deixar para os filhos* [...] que o depoente deu R$5.000,00 para a ré oara uma operação de coração do irmão dele que era aidético e como forma de pagamento a ré iria colocar a moto a venda e dar o dinheiro ao depoente, mas este dinheiro nunca lhe foi entregue (fls. 208-210 – sic) (grifou-se).

A acusada, por sua vez, sob o crivo do contraditório, confirmou o recebimento do automóvel e do apartamento da vítima, mas negou que tenha agido dolosamente no intuito de obter vantagem para si, argumentando que o ofendido lhe deu os bens de livre e espontânea vontade:

> VI – *que recebeu o contrato de doação e depois uma escritura* [...] na época tirou todos os remédios dados por Maria; ele se automedicava, mas a declarante só ministrava remédios naturais, tais como chá; mesmo assim ele comprava remédios fortes na farmácia [...] *ele queria dar o apartamento para a declarante, para cuidar dele até o fim da vida; o filho dele concordou; acabou concordando em receber o apartamento*; nunca tentou tirar ele de lá, para ficar com o apartamento; não sabe se foi feita documentação, mas foram ao cartório; não sabe se houve registro no Cartório Imobiliário; a vítima consultou um geriatra e este lhe disse que deveria ter contato com o chão, pois morava no 9º andar; ele queria mudar; ele queria mudar e a declarante foi até uma imobiliária, para trocar o apartamento por

> uma casa; o corretor queria dar um sítio longe, pelo apartamento, mas a declarante não deixou, pois ele queria muita vantagem, pelo que lhe denunciou na polícia; o Sr. Gunter também não queria o sítio, pois era longe; estava tentando vender o apartamento, para comprar uma casa; foram ver uma casa e o Sr. Gunter concordou e gostou da casa; *ele colocou o carro no nome da declarante, desde outubro; ficou 5 meses no seu nome e não vendeu o mesmo, pois ficaria para uso dele* [...] nunca teve qualquer envolvimento sexual com a vítima [...] (fls. 178 e 179 – sic) (destacou-se).

Entretanto, o estratagema ardiloso empregado por Graciela ressoa com tranquilidade das demais provas testemunhais coligidas durante o processado, que confirmam que Gunter Friedrich Bukhardt foi ludibriado a conceder-lhe plenos poderes sobre os bens descritos na denúncia.

O advogado Danilo de Ávila Medeiros asseverou que foi procurado pelo corretor de imóveis Carlos Alberto Osório, que lhe explicou sua preocupação com a venda de um apartamento, uma vez que a pessoa que se passava por sua proprietária (a acusada) se negava a apresentar a documentação do imóvel.

A fim de tentar esclarecer os fatos, Danilo e Carlos Alberto decidiram averiguar pessoalmente a situação, ocasião em que o primeiro resolveu se passar por um interessado em adquirir o bem.

Recebidos por Graciela, Danilo percebeu que a ré se apresentou como proprietária do apartamento e que, ao mostrar os ambientes do imóvel, negou-se a exibir um deles, alegando que nele havia uma pessoa doente.

Explicitou que, embora sem a anuência da acusada, conseguiu desvencilhar-se momentaneamente dela e adentrou no quarto destinado ao "doente", momento em que, ao manter diálogo com o "enfermo", este lhe disse ser o proprietário do apartamento e que não teria interesse em vendê-lo.

Ao final, registrou que a conversa foi interrompida por Graciela, que, ao chamar a vítima pelo nome, alinhavou que o apartamento que estava à venda era outro e que, como a imobiliária não tinha a chave daquele, ofereceu-se para mostrar o da vítima.

Assim foi consignado em Juízo:

> que foi procurado pelo Carlos, funcionário da imobiliária [...] a imobiliária teria sido procurado por uma senhora para por um apartamento a venda mas a senhora não queria mostrar os documentos do apartamento [...] que o depoente se propôs a ir até o apartamento se passando por um interessado no imóvel [...] *foram até o apartamento e foram recepcionados pela ré, que foi quem abriu a porta e se disse dona do imóvel*; que a ré mostrou todo o imóvel ao depoente e a Carlos, *negando-se apenas a mostrar um cômodo que estava fechado, alegando que lá dentro havia uma pessoa doente e fazendo sinal com a mão que dava a entender que esta pessoa era louca; que então o depoente abriu a porta e deparou-se com um senhor de idade, aproximadamente uns 70 anos*, deitado tomando choques nas pernas, o que acredita ser um tratamento de fisioterapia, e perguntou ao senhor se ele era o dono do apartamento, ao que respondeu: "assim dizem"; que em seguida o depoente *perguntou se o senhor queria vender o apartamento e ele respondeu que não; disse ainda que havia pago muito caro pelo apartamento [...] que nesse momento a ré entrou no quarto e disse ao Sr, que chamou pelo nome, Seu Gunter, que o depoente não iria comprar o apartamento dele, que estava querendo comprar o apartamento de cima mas a imobiliária não tinha a chave daquele por isso ela esta emprestando o apartamento de seu Gunter para ser visto*; que depois disso a ré ficou revoltada com o depoente [...] (Danilo de Ávila Medeiros – fls. 211 e 212 – sic) (ressaltou-se).

Corroborando a narrativa exposta em epígrafe, o corretor de imóveis Carlos Alberto Osório, perante a autoridade policial, ratificou o ocorrido, acrescentando que a acusada tinha urgência em encontrar um comprador para o imóvel:

> *o declarante foi procurado por GRACIELA EMERECIANO GELAK a qual disse ao declarante que necessitava vender um apartamento com urgência* [...] Que, demorou alguns dias para ela levar o declarante

até o imóvel pois a mesma afirmava para o declarante que havia uma pessoa de idade, doente e "mio fora do juízo" que estava no apartamento e que ela precisava tirar do local; Que, após a mesma telefonou ao declarante para que fosse conhecer o imóvel o qual localiza-se na Av. Brasil 2368, Ed. Sunshine, apto. 902, sendo que o declarante esteve no local e não havia ninguém no imóvel, sendo que a mesma informou ao declarante que havia deixado o velhinho em uma pousada; *que, GRACIELA afirmou ao declarante que possuía documentação do imóvel e disse que a escritura estava em nome dela, sendo que nunca apresentou tal documentação ao declarante; Que, algum tempo após o declarante telefonou para GRACIELA informando que havia uma pessoa interessada no apartamento e que queria ver o imóvel, sendo que ela disse que não poderia levar essa pessoa ao apartamento tendo em vista haver essa pessoa doente no local*, e pediu ainda ao declarante que procurasse uma casa para ela alugar a fim de colocar o doente, sendo que o declarante encontrou a casa, sendo que fechou negócio com a casa, tendo sido feito um rascunho do contrato, sendo que pediu quatro meses para pagar a casa, tempo que a mesma levaria para vender o apartamento [...] Que, após isso GRACIELA pediu ao declarante que encontrasse um sitio para ela comprar [...] *o declarante telefonou para GRACIELA disse que não seria possível mostrar o imóvel tendo em vista o idoso estar no local* [...] Que, diante de todos estes fatos o declarante passou a desconfiar de GRACIELA e resolveu ir até o apartamento onde conheceu o Sr. Günther, o qual viu tratar-se de uma pessoa muito diferente daquela que GRACIELA havia dito; *Que, no local o declarante conversou com o Sr. Günther e perguntou se o mesmo seria o proprietário do apartamento, ao que ele disse que sim, após perguntou se estava vendendo o apartamento, sendo que o mesmo disse que não tinha interesse na venda do apartamento* [...] procurou a orientação de um advogado Sr. Danilo Medeiros, para o qual contou o ocorrido e o levou até o apartamento como se fosse comprador, sendo que GRACIELA disse que poderia leva-lo até o local, mas que o idoso estaria em um dos quartos e que não era para conversar com o mesmo; *Que, estiveram no local onde após GRACIELA mostrar o apartamento o Sr. Danilo entrou no quarto onde estava o Sr. Günther e conversou com o mesmo perguntando se era o proprietário do imóvel o que foi confirmado pelo mesmo*, sendo que diante disso GRACIELA passou a dizer ao declarante que tirasse o Sr. Danilo do local e dizia que o Sr. Günther era louco, inclusive fazendo gestos indicando isso;

> *Que, ela disse ao Sr. Günther de que não era o apartamento dele que o Sr. Danilo estava comprando e sim o apartamento de baixo o qual era igual* [...] (fls. 11-12 — sic) (grifo acrescido).

Como resta claro, os depoimentos supra-assinalados derruem a versão defendida pela acusada, pois revelam, à saciedade, sua intenção de alienar o imóvel contra a vontade da vítima. Demonstram, ainda, que a ré não media esforços em omitir seus atos do ofendido, uma vez que, mesmo diante do corretor de imóveis, mentiu sobre seu intento de vender o apartamento, explicitando à vítima que as pessoas ali presentes estavam interessadas no imóvel situado no andar debaixo.

Nessa alheta, impende, também, realçar as declarações dos funcionários do edifício onde morava a vítima, todas uníssonas e harmônicas em confirmar que Graciela tinha dado ordens expressas proibindo que o Sr. Gunter recebesse visitas (fls. 20, 21 e 23).

Em suma, como bem arrematado pelo Magistrado, os fatos ocorridos dão a exata noção do "comportamento dissimulado da acusada, a qual arquitetou um plano para se apoderar do patrimônio da vítima, que por ser pessoa idosa (77 anos) e sozinha, foi facilmente ludibriada" (fl. 285).

Nesta toada, apenas para melhor situar a hipótese em apreço, resta anotar que as condutas perpetradas pela ré se amoldam perfeitamente ao delito estatuído no art. 171, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Sobre o tipo penal em comento, Guilherme de Souza Nucci leciona que no estelionato:

> a conduta é sempre composta. Obter vantagem indevida induzindo ou mantendo alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. Esta

> colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus pertences. Induzir quer dizer incutir ou persuadir e manter significa fazer permanecer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha. É possível, pois, que o autor do estelionato provoque a situação de engano ou apenas dela se aproveite. De qualquer modo, comete a conduta proibida (*Código penal comentado*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 686).

No caso em tela, vislumbra-se com clareza o ardiloso embuste perpetrado pela recorrente, que, mantendo a vítima em erro a partir de remédios que a deixavam atordoada, induziu-a a repassar seus bens (automóvel e apartamento) para seu nome, sem que sequer pudesse imaginar o que estava fazendo.

Neste sentido, aliás, bem anotou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Pedro Sérgio Steil:

> No caso vertente, o meio fraudulento restou plenamente configurado, uma vez que a acusada ministrava sedativos à vítima. Quanto ao erro desta, não há dúvidas no sentido de ter sido provocado pela recorrente, diante da alegação de que estaria realizando negócios em favor do ofendido, que tinha sua capacidade de entendimento reduzida em virtude dos sedativos. No tocante à obtenção da vantagem ilícita, sua perfectibilização ocorreu no momento em que a acusada auferiu vantagem patrimonial (fl. 325 – sic).

De outra banda, cabe enfatizar o correto reconhecimento pelo Magistrado da ocorrência de dois crimes de estelionato perpetrados em continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do Código Penal), uma vez que as duas condutas criminosas, além de serem da mesma espécie e terem sido perpetradas mediante mais de uma ação, em condições de tempo, lugar e modo de execução similares, foram satisfatoriamente comprovadas no processado, quais sejam, a da apropriação do automotor, cumpridamente demonstrada na documentação acostada às fls. 44 e 76-95, bem como a

relativa ao bem imóvel, devidamente materializada na escritura pública de doação (fl. 37) e na cópia da Matrícula n. 69110, do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Balneário Camboriú.

Destarte, porque o conjunto probatório é conclusivo acerca das condutas criminosas praticadas pela ré, que pretendia auferir vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante estratagema ardiloso, mantém-se irretocável o edito condenatório.

DECISÃO

Ante o exposto, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 22 de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou a Exma. Desa. Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 22 de julho de 2008.

Tulio Pinheiro

RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.027416-6, de Anita Garibaldi

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES AMBIENTAIS. CONDENAÇÃO PELOS ARTS. 46 E 60 DA LEI N. 9.605/1998. PRELIMINAR ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA LEVANTANDO A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAR PENALMENTE A EMPRESA RÉ. NATUREZA DE FIRMA INDIVIDUAL. *BIS IN IDEM* CONFIGURADO. ABSOLVIÇÃO DA EMPRESA DECRETADA. PREFACIAL ACOLHIDA.

RECURSO DEFENSIVO. AVENTADA A INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. MATÉRIA ARGUIDA SOMENTE EM GRAU DE RECURSO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. RECEBIMENTO DE MADEIRA, PARA FINS COMERCIAIS, SEM A EXIGÊNCIA DE LICENÇA AMBIENTAL OUTORGADA PELA AUTORIDADE COMPETENTE (ART. 46 DA LEI N. 9.605/1998). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RÉU QUE CONFESSA O BENEFICIAMENTO DO PRODUTO RECEBIDO SEM A "GUIA FLORESTAL". PALAVRA DAS TESTEMUNHAS QUE CORROBORAM A PRÁTICA DO DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

FAZER FUNCIONAR ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA, SEM LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO DOS

ÓRGÃOS AMBIENTAIS COMPETENTES (ART. 60 DA LEI N. 9.605/1998). NORMA PENAL EM BRANCO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO JUDICIAL ALIADA AO DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO NO MOMENTO EM QUE A ATIVIDADE SE INICIA SEM A DEVIDA REGULARIZAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. CERTIDÃO CARTORÁRIA QUE NÃO INDICA A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR. AFASTAMENTO DO ACRÉSCIMO PROCEDIDO EM RAZÃO DA AGRAVANTE. ALTERADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.027416-6, da comarca de Anita Garibaldi (Vara Cível e Criminal), em que são apelantes Nilton Varela da Silva e Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeiras, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, afastar a preliminar defensiva, acolher a preliminar da Procuradoria-Geral de Justiça para afastar do polo passivo a firma individual e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Perante o Juízo da comarca de Anita Garibaldi (Vara Cível e Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Nilton Varela da Silva e Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeiras, dando-os como incursos nas sanções dos arts. 60, *caput*, 46, *caput*, e pará-

grafo único, ambos da Lei n. 9.605/1998, pela prática dos seguintes fatos narrados na exordial acusatória:

> *1º ato*
>
> No mês de janeiro de 2006, em data que a instrução poderá apurar, na Rua Dona Joana n. 104, Bairro Coopercampos, nesta cidade de Anita Garibaldi/SC, o denunciado NILTON VARELA DA SILVA fez funcionar a empresa denunciada ZOTE ESTOFARIA E BENEFICIAMENTO DE MADEIRA, sem licença ou autorização dos Órgãos Ambientais competentes.
>
> *2º ato*
>
> No mês de janeiro de 2006, em data que a instrução poderá apurar, na rua Dona Joana n. 104, Bairro Coopercampos, nesta cidade de Anita Garibaldi/SC, o denunciado NILTON VARELA DA SILVA – através da denunciada ZOTE ESTOFARIA E BENEFICIAMENTO DE MADEIRA — negociou com Cledson Fernandes da Silva o beneficiamento de madeira nativa da espécie *araucária angustifólia*, tendo recebido a quantia de R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais).
>
> Posteriormente, os Denunciados receberam de Cledson Fernandes da Silva diversas toras de árvores nativas de espécie *araucária angustifólia* e realizaram o beneficiamento de 6,154m³ (seis vírgula cento e cinquenta e quatro metros cúbicos) de madeira, sem licença ou autorização dos Órgãos Ambientais competentes.
>
> Os denunciados são reincidentes na prática de crimes de natureza ambiental, consoante Certidões de fls. 34/35 do incluso Termo Circunstanciado (fls. 1-2).

O autor Cledson Fernandes da Silva, por ter incidido no art. 50 da Lei n. 9.605/1998, aceitou a proposta de transação penal oferecida pelo representante do Ministério Público (fl. 53), estando as medidas pendentes de cumprimento (Termo Circunstanciado n. 003.08.000415-9).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar Nilton Varela da Silva à pena de 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 20 (vinte)

dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto nos arts. 46, *caput*, e 60, *caput*, ambos da Lei n. 9.605/1998, na forma do art. 69 do CP; e para condenar a empresa Zote Estofamento e Beneficiamento de Madeiras à pena de 20 (vinte) dias-multa, no valor equivalente a 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, também por infração ao disposto nos arts. 54, *caput*, e 60, ambos da Lei n. 9.605/1998, bem como a interdição temporária até a regularização das licenças ambientais.

Inconformados, interpuseram recurso de apelação (fl. 242), postulando, preliminarmente, a nulidade do processo diante da inépcia da denúncia, bem como pela ausência de interrogatório da pessoa jurídica ré. No mérito, pugnaram pela absolvição ao argumento de que não há prova de que a prática do delito foi realizada por decisão do órgão administrativo da empresa e no interesse ou benefício desta. Por fim, requereram o afastamento da reincidência e, como consequência, a adequação da pena ao patamar mínimo legal, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 242-260).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 269-280), ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do apelo para, preliminarmente, excluir a empresa do polo passivo da demanda e, no mérito, afastar a reincidência, promovendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 290-294).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nilton Varela da Silva e Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeiras contra a sentença que os condenou por infração aos arts. 46, *caput*, e 60, *caput*, ambos da Lei n. 9.605/1998.

Preliminarmente, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, requereu a exclusão de Zote Estofamento e Beneficiamento de Madeiras do polo passivo da demanda ao argumento de que este estabelecimento possui natureza de empresário (individual), circunstância que impediria a sua responsabilização ambiental.

Realmente, da análise do comprovante de inscrição e de situação cadastral emitido no sítio da Receita Federal, retira-se que o referido estabelecimento tem natureza de empresário individual. Todavia, o art. 44 do Código Civil não contempla o empresário individual quando estabelece quem são as pessoas jurídicas de direito privado, *verbis*: "I — as associações; II — as sociedades; III — as fundações; IV — as organizações religiosas; V — os partidos políticos".

O comerciante singular (empresário individual), segundo entendimento doutrinário, é a própria pessoa física ou natural que, embora possua número no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), não possui personalidade jurídica, salvo para efeitos tributários.

Nesse aspecto a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 200/2002, a qual dispõe sobre o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) é bastante elucidativa: "Art. 12. Todas as pessoas jurídicas, inclusive as equiparadas, estão obrigadas a se inscrever no CNPJ".

A referida norma pode ser compreendida à luz do art. 150 do Decreto n. 3.000/1999 que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, *verbis*: "As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei n. 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º)".

É pacífico o entendimento do Tribunal Catarinense de que em se tratando de empresa individual as "pessoas física e jurídica se confundem, e a transformação desta última em pessoa jurídica é uma ficção do direito

tributário, existente apenas para fins fiscais" (Ap. Cív. n. 1999.008113-3, de Quilombo, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 7-7-2005).

Traz-se, ainda, o precedente do Superior Tribunal de Justiça citado pelo douto Procurador em seu parecer:

> Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio (REsp. n. 227393/PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 29-11-1999, p. 138).

Em nosso sistema jurídico, portanto, a firma individual não é considerada como entidade personificada distinta da pessoa natural do comerciante e, em não havendo dupla personalidade, torna-se ilimitada a responsabilidade do empresário individual pelos atos praticados sob o nome empresarial, até sob o aspecto penal, sob pena de afrontar o *ne bis in idem*. Em situação análoga, a Terceira Turma de Recursos decidiu:

> CRIME AMBIENTAL – REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA – SERRARIA – INSTALAÇÃO CONCEDIDA EM LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA – TIPIFICAÇÃO NO ARTIGO 60 LEI 9.605/98 — AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – CORREÇÃO.
>
> DENÚNCIA OFERTADA CONTRA AS PESSOAS FÍSICA E JURÍDICA – EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – CARACTERIZAÇÃO DO *BIS IN IDEM* – ABSOLVIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA CORRETAMENTE PRONUNCIADA (Apelação Criminal n. 452/2006, de Ipumirim, DJE n. 367, de 22-1-2008, rel. Juiz Selso de Oliveira).

Assim, tendo em vista que houve a condenação tanto do empresário individual quanto do estabelecimento de sua propriedade, em evidente *bis in idem*, absolve-se Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeiras das imputações feitas na denúncia, com base no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Em razão da procedência da preliminar oferecida pela Procuradoria-Geral de Justiça, restam prejudicadas as teses de nulidade do processo por ausência de interrogatório da empresa ré, bem como de violação ao art. 3º da Lei n. 9.605/1998.

Por outro norte, a defesa argumentou, também em preliminar, que a denúncia é inepta, pois, em tese, não descreveu corretamente a conduta dos acusados, não precisou a data da prática das infrações e deixou de mencionar que tipo de licenças ambientais foram negligenciadas.

Registra-se que a questão de inépcia da inicial acusatória está preclusa, visto que a defesa levantou vícios somente em grau de apelação. O Supremo Tribunal Federal já sedimentou que "a alegação de inépcia da denúncia deve ser feita no momento processual adequado, vale dizer, antes de proferida a sentença condenatória" (RT 762/546).

Também é a jurisprudência do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. [...] INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. VÍCIOS QUE DEVEM SER ARGUIDOS ATÉ A SENTENÇA FINAL. [...] RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> [...] Os recorrentes apenas arguiram a ausência dos requisitos previstos no art. 41 da Lei Adjetiva nas razões do apelo interposto no Tribunal *a quo*, encontrando-se, portanto, preclusa a insurgência, uma vez que, nos termos do art. 569 do Código de Processo Penal, as omissões da denúncia somente poderão ser supridas antes da sentença final (REsp. n. 629074/RN, rel. Arnaldo Esteves Lima, DJ 10-4-06, p. 268).

Dessa feita, afasta-se a preliminar aventada pela defesa.

No mérito, a defesa postulou a absolvição ao argumento de que não há prova da participação do réu nos crimes imputados na denúncia.

A) Quanto ao delito do art. 46, *caput*, da Lei n. 9.605/1998:

O art. 46, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 dispõe que constitui crime "receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento".

A licença de que trata o dispositivo é denominada "Guia Florestal" e é exigível sempre que houver movimento de material de origem vegetal, estando regulada pela Instrução Normativa n. 1/80, expedida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF.

Neste caso, o denunciado Nilton Varela da Silva, por intermédio de sua empresa Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeiras, negociou o beneficiamento de madeira nativa com Cledson Fernandes da Silva, tendo recebido diversas toras de árvores nativas da espécie *araucária angustifólia,* sem exigir a devida licença outorgada pela autoridade competente.

A materialidade está delineada pelo boletim de ocorrência ambiental (fl. 17), pelo auto de infração (fl. 19) e pelas palavras das testemunhas (fls. 134-135).

No tocante à autoria, o réu Nilton confessou em Juízo o recebimento da madeira, sem que tenha exigido a apresentação de licença ambiental, *verbis*:

> que foi o Sr. Clebson Fernandes da Silva que procurou o interrogando para beneficiar a madeira; que o Sr. Clebson trouxe para o pátio da empresa ré aproximadamente 06m³ de araucária, acrescentando que existia misturado também pinus; que pela mão de obra o interrogando cobrou a quantia de R$1.400,00 do Sr. Clebson; que o Sr. Clebson contratou apenas a mão de obra do interrogando, sendo que toda a madeira foi devolvida ao Sr. Clebson; que o Sr. Clebson não tinha nenhuma licença para o corte de araucária (fl. 55).

No mesmo sentido foi o depoimento de Cledson Fernandes da Silva: "que pagou R$ 1.400,00 ao primeiro acusado para beneficiar a madeira, na

empresa acusada; que não tinha nenhuma licença com relação às referidas árvores que seriam beneficiadas" (fl. 82).

O policial militar e testemunha da acusação Adão Rodrigues Mariano declarou perante a autoridade judicial que "Cledson e Zote negociaram o corte e o beneficiamento da madeira" e que não havia "qualquer autorização para o abate e beneficiamento da madeira" (fl. 134).

Assim, diante da prova amealhada nos autos, não há dúvidas de que Nilton Varela da Silva recebeu toras de madeira, para fins comerciais, sem exigir licença outorgada por autoridade competente, razão pela qual mantém-se a condenação pelo art. 46, *caput*, da Lei n. 9.605/1998.

B) Quanto ao delito do art. 60, *caput*, da Lei n. 9.605/1998:

O art. 60, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 dispõe que constitui crime "construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes".

Verifica-se que o dispositivo se enquadra como norma penal em branco, pois necessita de complementação que especifique quais são os estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, bem como quais são as licenças ou autorizações necessárias.

Registra-se que a Resolução n. 01/2004 do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina – Cosema define, por meio de uma listagem, as atividades potencialmente poluidoras e os critérios para o exercício da competência do Licenciamento Ambiental Municipal.

Na mencionada resolução, em sua seção n. 15 – Indústria de Madeira, item 15-10-2000, as serrarias e o beneficiamento primário de madeira são definidas como atividade potencialmente poluidora, o que se enquadra perfeitamente no caso dos autos.

No mesmo sentido a Resolução Conama n. 237, de 19 de dezembro de 1997, em seu artigo 2º, bem como em seu anexo I, traz as atividades ou empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental, *verbis*:

> Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.
>
> § 1º — Estão sujeitos ao licenciamento ambiental os empreendimentos e as atividades relacionadas no Anexo 1, parte integrante desta Resolução.
>
> ANEXO 1
>
> ATIVIDADES OU EMPREENDIMENTOS SUJEITAS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL
>
> [...] Indústria de madeira:
>
> — serraria e desdobramento de madeira
>
> — preservação de madeira
>
> — fabricação de chapas, placas de madeira aglomerada, prensada e compensada
>
> — fabricação de estruturas de madeiras e móveis
>
> Indústria de papel e celulose:
>
> — fabricação de celulose e pasta mecânica
>
> — fabricação de papel e papelão
>
> — fabricação de artefatos de papel, papelão, cartolina, cartão e fibra prensada.

Em concreto, a denúncia oferecida pelo Ministério Público narrou que Nilton Varela da Silva fez funcionar a empresa Zote Estofaria e Beneficiamento de Madeira sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

A materialidade restou comprovada pelo termo de ocorrência ambiental (fls. 6-15) e pela prova oral colhida (fl. 55).

No tocante à autoria, o denunciado Nilton Varela da Silva confessou judicialmente que não tinha licença para fazer funcionar a empresa potencialmente poluidora:

> que com relação a falta de licença ou autorização dos órgãos ambientais para funcionamento da empresa ré, alega que deu entrada do pedido na FATMA há 02 anos; que na data dos fatos narrados na denúncia não tinha licença em mãos, mas já havia feito o pedido; que depois que o interrogando deu entrada no pedido de licença, vieram os funcionários da FATMA e vistoriaram a empresa ré, mas não entregaram ainda a liberação para o interrogando; que segundo informação verbal do engenheiro da FATMA que fez a vistoria estava tudo certo com a empresa ré, sendo que depois viria a liberação" (fl. 55).

Vale mencionar que o acusado não fez provas de suas alegações, não juntando qualquer documento que confirmasse a sua versão. Ademais, salienta-se que o crime em tela é formal, consumando-se com a mera prática das condutas incriminadas. Traz-se precedente da Segunda Turma de Recursos:

> SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS (ART. 82, § 5º, DA LEI 9.099/1995).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL — CRIME AMBIENTAL — EMPRESA BENEFICIADORA DE MADEIRAS EM ATIVIDADE SEM LICENÇA — MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS — LICENÇA CONCEDIDA *A POSTERIORI* — IRRELEVÂNCIA — CRIME DE MERA CONDUTA CARACTERIZADO.
>
> O tipo penal do art. 60, da Lei 9.605/1998 descreve infração de mera conduta e se consuma no instante em que se inicia a atividade da empresa sem a devida licença do órgão ambiental (Apelação Criminal n. 100/2003, de Timbó (2ª Vara), rel. Juiz Luiz Felipe Siegert Schuch).

O funcionamento do estabelecimento foi corroborado pelo depoimento das testemunhas de defesa, tendo em vista que a primeira afirmou que "faz 06 anos que trabalha na empresa" (fl. 148) e o segundo que "faz três anos e meio a quatro que trabalha na empresa ré" (fl. 149).

Dessa feita, diante da prova amealhada nos autos, não há dúvidas de que Nilton Varela da Silva fez funcionar estabelecimento potencialmente poluidor sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, razão pela qual mantém-se a sua condenação pelo art. 60, *caput*, da Lei n. 9.605/1998.

C) Dosimetria:

A defesa requereu o afastamento da reincidência e, como consequência, a redução da pena ao patamar mínimo legal, a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Na primeira fase da dosimetria, as penas-bases de ambos os delitos foram fixadas no patamar mínimo legal, não exigindo correção.

Na segunda fase, o Magistrado aumentou as penas pela agravante da reincidência; contudo, da análise da certidão de fl. 157 verifica-se que o acusado possui uma condenação prescrita (n. 3826), uma ação penal cuja punibilidade foi extinta (n. 5250) e três termos circunstanciados com informação de unificação de pena (n. 003.02.000498-5, 003.02.000668-6 e 003.02.000669-4). Salienta-se que na mencionada certidão não há informações concernentes à data do trânsito em julgado das condenações ocorridas nos termos circunstanciados, dados que deveriam estar esmiuçados para o reconhecimento de uma eventual reincidência.

Como se sabe, é imprescindível para a caracterização da reincidência a presença nos autos de certidão de antecedentes criminais informando a

data do trânsito em julgado da anterior condenação. Acerca da matéria, traz-se precedente deste Tribunal:

> PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO ATESTANDO O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INADMISSIBILIDADE DO RESPECTIVO RECONHECIMENTO *EX VI* DO ART. 63 DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO QUE SE PROMOVE DE OFÍCIO. A ausência de certidão que comprove o trânsito em julgado da sentença condenatória impede o reconhecimento da agravante da reincidência, à luz do preceituado no art. 63 do estatuto repressivo (Apelação Criminal n. 2006.043306-3, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

Dessa forma, não pode permanecer o aumento da pena procedido na segunda fase, pelo que se o afasta.

Mantém-se, para ambos os delitos, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, deixando de considerar a diminuição efetuada na sentença em razão da Súmula 231 STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição, as penas do apelante resultam em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 46, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 e 1 (um) mês de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 60, *caput*, também da Lei n. 9.605/1998.

Aplicada a regra do concurso material (art. 69 do CP), a pena definitiva resulta em 7 (sete) meses de detenção e 20 (vinte) dias-multa.

Afastada a reincidência e considerando a ausência de circunstâncias judiciais negativas (art. 59 do CP), fixa-se o regime aberto para o cumprimento da reprimenda e substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade,

com a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do Código Penal).

DECISÃO

Ante o exposto, afasta-se a preliminar defensiva, acolhe-se a preliminar da Procuradoria-Geral de Justiça para afastar do polo passivo a firma individual e, no mérito, dá-se parcial provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de junho de 2008, os Exmos. Srs. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 25 de julho de 2008.

Torres Marques

PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.006182-0, de Joinville

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ART. 1º, I E II, DA LEI N. 8.137/1990 – INÉPCIA DA DENÚNCIA – DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS DOS AGENTES – CRIMES DE AUTORIA COLETIVA – ACUSADOS QUE, À ÉPOCA DO COMETIMENTO DO DELITO, INTEGRAVAM O QUADRO SOCIAL DA EMPRESA – REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDOS – EIVA SUSCITADA A DESTEMPO – NULIDADE INEXISTENTE.

1 "Nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal" (STF, Ministro Moreira Alves).

2 "A alegação de inépcia da denúncia deve ser feita no momento processual adequado, vale dizer, antes de proferida a sentença condenatória" (STF, Ministro Carlos Velloso).

CO-RÉ QUE NÃO INTEGRAVA O QUADRO GESTOR DA EMPRESA – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL – PRINCÍPIO *NULLUM CRIMEN SINE CULPA* – ABSOLVIÇÃO.

"Temerário e injusto estender-se a alguém a imputação, pelo simples fato de ser cônjuge de quem se denota atribuível a conduta jurídica, ou de figurar como sócio sem exercer qualquer ato de gestão ou de responsabilidade pela administração da empresa, ou sem qualquer evidência de que tenha participado do delito (TJSP, Desembargador Gonçalves Nogueira).

AGENTE QUE DETINHA DOMÍNIO DO FATO – EFETIVAÇÃO DE DESPESAS EM LIMITE SUPERIOR AO LUCRO

BRUTO AUFERIDO PELA EMPRESA CONTRIBUINTE NOS EXERCÍCIOS FINANCEIROS INVESTIGADOS – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – AJUSTE, DE OFÍCIO, DA PENA DE MULTA – PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.006182-0, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que são apelantes Edgar Jacinto e Valdirene Amaral, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso para absolver Valdirene Amaral; manter a condenação em relação ao acusado Edgar Jacinto; e, de ofício, adequar a imposição da pena de multa. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Joinville, o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra Edgar Jacinto e Valdirene Amaral – sócios da empresa Paperville Comércio e Representação de Papéis Ltda. –, imputando-lhes a prática do delito previsto no art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, pois, segundo narra a peça pórtica,

> deixaram de submeter operações tributáveis à incidência do imposto, sem a correspondente emissão de documentos fiscais próprios, constatadas mediante a efetivação de despesas em limite superior ao lucro bruto auferido pelos contribuintes nos exercícios financeiros de 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001, tudo em conformidade com os dados consignados nas declarações econômico-fiscais (DIEFs) dos anos-base correspondentes, nos livros fiscais apresentados, no relatório fornecido pelo programa super-rede da Secretaria de Estado da Fazenda — SEF/SC, bem como nos comprovantes de despesa apresentados pelo próprio contribuinte (fl. 2).

Finda a instrução criminal, sobreveio sentença de procedência do pedido inserto na denúncia para condenar os acusados à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e 10 (dez) dias-multa, no piso legal.

Inconformados com a entrega da prestação jurisdicional, os apenados interpõem apelos, sustentando que inexiste lançamento definitivo do crédito fiscal, bem como que o valor notificado não é o real, mas presumido, incapaz de gerar responsabilização penal.

Por fim, alegam que a acusada Valdirene Amaral não exercia a administração da empresa/contribuinte, e que a sua conduta não está devidamente descrita na exordial acusatória, que, supostamente, é inepta (fls. 124-129).

Com as contrarrazões (fls. 254-255), os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo, e, de ofício, pelo ajuste da pena de multa.

VOTO

Edgar Jacinto e Valdirene Amaral foram processados e condenados por infringência ao disposto nos incs. I e II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, que assim dispõe:

> Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – Omitir informação ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
>
> II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

[...]

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

1 DA PRELIMINAR

Arguem os apelantes a inépcia da denúncia, porquanto não teria pormenorizado a conduta delitiva de cada sócio da empresa na empreitada delituosa.

O recebimento da exordial acusatória está adstrito tão somente à existência de elementos seguros que demonstrem a ocorrência do delito e aos indícios suficientes de autoria.

Assim,

> se a denúncia está formalmente perfeita, contendo a descrição clara dos fatos que, em tese, configuram crime, e não há prova inequívoca em sentido contrário, impõe-se o respectivo recebimento, porquanto existe justa causa para a instauração da ação penal, não se podendo repelir a acusação com fundamento na ausência de prova relativamente àquilo que o *dominus litis* se propôs a demonstrar no curso da instrução (Apelação Criminal n. 2007.018155-2, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 3-7-07).
>
> Ademais, "nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar genericamente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso da ação penal" (STF, HC 75.868/RJ, rel. Min. Maurício Correa, j. em 10-2-98). E ainda: "nos crimes societários, não se faz indispensável a individualização da conduta de cada indiciado, discriminação essa que será objeto da prova a ser feita na ação penal" (STF, HC n. 65.369, rel. Min. Moreira Alves).

Logo, infere-se que estão satisfeitos os requisidos do art. 41 do Código de Processo Penal, não conduzindo os argumentos lançados à inépcia da denúncia, que, aliás, nem sequer foi aventada no momento oportuno, pois "a alegação de inépcia da denúncia deve ser feita no momento processual adequado, vale dizer, antes de proferida a sentença condenatória" (STF, HC n. 85.067/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 29-11-05).

2 DO MÉRITO

A materialidade do delito está comprovada por meio da Notificação Fiscal n. 561.816-86 (fl. 12), crédito tributário devidamente constituído e, posteriormente, inscrito em dívida ativa.

Inclusive, em face da liquidez e certeza do crédito tributário, em 5 de junho de 2003, na comarca de Joinville, o Fisco ajuizou Ação de Execução Fiscal (n. 038.03.014313-3), motivo pelo qual não há falar em inexistência de lançamento definitivo de crédito fiscal.

Nada obstante, os embargos à execução opostos pelos acusados foram julgados improcedentes, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal (vide Ação n. 038.05.014450-0).

Corroboram, também, as declarações de informações econômico-fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina (fls. 25-28, 29-32, 33-36 e 37-41), o rol de notas fiscais de mercadorias e bens adquiridos pelos acusados no período compreendido entre 1997 e 2000 (fls. 18-21), os demonstrativos técnicos encartados às fls. 13-16 e o depoimento testemunhal coligido ao longo da persecução penal.

Acresça-se a isso a manifestação do órgão Ministerial deste segundo grau:

> Na conduta de prestar declarações falsas às autoridades fazendárias, se conclui que os Réus assim o fizeram em quatro oportunidades, pelo menos, quando prestaram as declarações anuais de informações econômico-fiscais, onde deixaram de informar os verdadeiros valores de entradas e saídas de valores, compatíveis com as operações efetivamente realizadas.
>
> Já em relação à conduta de fraudar a fiscalização tributária omitindo operação de qualquer natureza (no caso, omitindo o ingresso de mercadorias efetivamente adquiridas, com o fim de evitar o confronto com os valores obtidos com as vendas, igualmente omitidas), mediante a simples contagem das notas fiscais apuradas pelo Programa Super-Rede, arroladas no documento de fls. 18 a

> 21, conclui-se que chegaram aproximadamente à casa das duzentas omissões (fl. 387).

2.1 Da conduta supostamente perpetrada pela acusada Valdirene Amaral

Sustenta a apelante que, à época do cometimento da infração, não integrava o quadro gestor da empresa, conquanto conste na Cláusula 10ª do Contrato Social de fl. 44 que a sociedade seria administrada por ambos os sócios.

Quando interrogada, disse que, ao tempo da infração, "estava em casa, pois não desempenha atividade laborativa fora de casa" (fl. 61), fato este confirmado pelo co-denunciado Edgar Jacinto, seu esposo, ao salientar que "Valdirene Amaral nunca trabalhou na empresa, pois é do lar; que a contabilidade era efetivada pela empresa contábil, de acordo com os dados passados pelo interrogando" (fl. 59).

Com efeito, o sujeito passivo da obrigação tributária nem sempre corresponde ao real infrator penal. Nesse sentido:

> Enquanto a responsabilidade criminal é sempre pessoal e punida, nesta lei, apenas a título de dolo, no direito tributário a responsabilidade por infrações tributárias, "salvo disposição de lei em contrário [...] independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (CTN, art. 136) [...] A responsabilidade criminal haverá sempre de ser pessoal, isto é, decorrer de culpa da pessoa, não se podendo admitir a chamada "responsabilidade penal objetiva", mesmo em casos de crimes tributários (DELMANTO, Celso. *Leis penais especiais comentadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246).

Não basta o suposto infrator constar no contrato social como sócio ou diretor. "É preciso determinar quem efetivamente tinha o poder de mando na empresa [...]. Em outras palavras, deve ser responsabilizado aquele que detinha o domínio do fato, com poderes para fazer com que a omissão

ocorresse ou não" (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – legislação penal especial. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 606-607).

Na esfera penal, o fato típico pressupõe conduta voluntária (ação ou omissão), resultado (naturalístico ou jurídico), nexo causal (relação de causa e efeito) e tipicidade (operação de ajuste ao tipo penal) – não verificados na hipótese em comento.

Nesse norte, cita-se:

> Sócio que não exercia função gerencial na empresa: Crimes contra a ordem tributária. Sonegação de nota fiscal relativa à venda de mercadorias. Descaracterização. Sócio-quotista de empresa que nesta não exerça função gerencial e tenha participação efetiva na regência de suas atividades mercantis. Culpabilidade que não pode ser presumida. Inteligência do art. 13 do CP e do art. 11 da Lei n. 8.137/90 (TJSP, RT 803/554). No mesmo sentido: Crimes contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Co-autoria. Não caracterização. Falta de justa causa para a inclusão da paciente na denúncia. Simples condição de sócia-quotista do marido, não exercendo qualquer ato de gestão. Ausência de indícios que comprovem a participação no crime. Ordem concedida para trancar a ação penal. Temerário e injusto estender-se a alguém a imputação, pelo simples fato de ser cônjuge de quem se denota atribuível a conduta jurídica, ou de figurar como sócio sem exercer qualquer ato de gestão ou de responsabilidade pela administração da empresa, ou sem qualquer evidência de que tenha participado do delito (TJSP, HC 164.643-315P, rel. Des. Gonçalves Nogueira, j. em 7/6/1994) (DELMANTO, Celso. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 251).

Assim, não estando comprovada veementemente a conduta de Valdirene Amaral, tampouco a vinculação entre o seu comportamento e o resultado criminoso, a absolvição é a medida imperativa.

2.2 Do acusado Edgar Jacinto

Melhor sorte não ampara o segundo apelante.

Acerca do ocorrido, bem enfatizou o ilustre Procurador de Justiça:

> Manifesto é que a razão da aquisição de mercadorias é comercializá-las mediante a obtenção de lucro.
>
> Estando comprovadas as aquisições de mercadorias e ninguém desconhecendo que o intuito de qualquer empresa é comercializá-las mediante a obtenção de lucro, cabia aos Recorrentes demonstrar que não as revenderam, que não promoveram suas circulações jurídicas, comprovando, nesse caso, qual a destinação que lhes emprestaram.
>
> Se isso não fizeram, nem quando foram autuados administrativamente, e muito menos durante a instrução do presente processo-crime, é porque as mercadorias foram efetivamente comercializadas, e não satisfeitos os tributos incidentes sobre as saídas tributáveis, era de rigor fossem autuados, como de fato foram, conforme positivado na Notificação Fiscal em cópia carreada à fl. 12 (fl. 388).

Celso Pazinato, agente fazendário que constatou a fraude, esclareceu que "ficou claro a omissão de registro de notas fiscais referentes às compras de mercadorias, as quais estão relacionadas às fls. 13-16" e que "os dados foram obtidos no Sintegra" (fl. 81).

Por sua vez, Edgar Jacinto – sócio e gestor de fato da empresa contribuinte – afirmou "que era proprietário e gerente da empresa no período de 1997 a 2001". Acrescentou que "a contabilidade era efetivada pela empresa contábil de acordo com os dados passados pelo interrogando" (fl. 59).

De mais a mais, Valdirene Amaral enfatizou que seu esposo – Edgar Jacinto – gerenciava a empresa (fl. 61).

Nesse contexto, não há eximir a responsabilidade do apelante da prática delituosa, uma vez que detinha o domínio dos fatos, bem como o poder de optar por praticar, ou não, a conduta descrita na peça inaugural.

Por fim, sentença coligida às fls. 112-119 comporta uma alteração de ofício, haja vista que, na sua parte dispositiva, determina que o valor do dia-multa seja efetuado com base no "salário-mínimo vigente", o que

colide com o estabelecido no art. 49, § 1º, do Código Penal, que determina que o dia-multa seja fixado com base no salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Dessarte, provê-se parcialmente o recurso para absolver Valdirene Amaral, mantém-se a condenação em relação ao acusado Edgar Jacinto e, de ofício, ajusta-se a imposição da pena de multa.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso para absolver Valdirene Amaral; manter a condenação em relação ao acusado Edgar Jacinto; e, de ofício, adequar a imposição da pena de multa.

O julgamento, realizado no dia 12 de agosto de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 12 de agosto de 2008.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2008.018691-9, da Capital

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, TITULAR DA AÇÃO PENAL PÚBLICA – ATO JURISDICIONAL QUE NÃO COMPORTA RECURSO, TAMPOUCO SE SUBMETE À REVISÃO PELA ESTREITA VIA ELEITA – ÓRGÃO MINISTERIAL QUE NÃO SE MANTEVE INERTE – AUSÊNCIA DE ELEMENTO BÁSICO PARA DESENCADEAR EVENTUAL PERSECUÇÃO PENAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO CONHECIMENTO.

"O DESPACHO EM QUE SE ARQUIVA O INQUÉRITO POLICIAL OU AS PEÇAS DE INFORMAÇÃO, A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, É IRRECORRÍVEL [...]" E NÃO SE SUBMETE A "MANDADO DE SEGURANÇA (RT 607/285, RJDTACRIM 11/208)" (JULIO FABBRINI MIRABETE).

"Não há ilegalidade ou abuso de poder, passível de correção via mandado de segurança, na decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial" (STJ, Ministro Vicente Leal, DJU 7-4-2003).

IMPETRAÇÃO POSTULANDO A REABERTURA DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – ARQUIVAMENTO ORDENADO POR MAGISTRADO COMPETENTE E A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NA ATIPICIDADE PENAL DO FATO SOB APURAÇÃO – COISA JULGADA MATERIAL – INAPLI-

CABILIDADE, NA HIPÓTESE, DO ART. 18 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA SÚMULA 524 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DIREITO SUPOSTAMENTE VIOLADO QUE POSSIBILITA A SUA TUTELA POR VIAS ALTERNATIVAS – LEI PENAL QUE SÓ PODE INTERVIR EM *ULTIMA RATIO*.

"Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial — porque definitiva — revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da *persecutio criminis*, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF" (STF, Ministro Celso de Mello, DJU 11-2-2005).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2008.018691-9, da comarca da Capital (4ª Vara Criminal), em que é impetrante 14 Brasil Telecom Celular S.A., e impetrado Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca da Capital:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, não conhecer do *writ*.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por 14 Brasil Telecom Celular S.A. contra ato rotulado de manifestamente ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca da Capital, que homologou promoção de arquivamento de inquérito policial, instaurado contra Felipe Búrigo Lapolli, com base na atipicidade penal da conduta, no qual figura como vítima a impetrante.

Sustenta que a decisão foi precipitada, na medida em que subsistem elementos suficientes para o prosseguimento do inquérito e outras investigações podem ser realizadas com vistas a uma melhor elucidação dos fatos.

Postula a concessão definitiva da segurança, a fim de determinar o retorno à tramitação regular do aludido procedimento.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 102-103.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, manifesta-se pela concessão da ordem.

VOTO

A finalidade do mandado de segurança é proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, quando violado ou ameaçado de lesão por ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade no exercício de atribuições do poder público.

Na hipótese, o arquivamento do inquérito policial foi postulado e deferido com fundamento na atipicidade da conduta. É a íntegra do requerimento do órgão ministerial:

> O presente auto de INQUÉRITO POLICIAL foi precedido de medida cautelar de interceptação telefônica e de consulta quanto a competência da Justiça Federal (autos n. 023.07.1358938) cuja reanálise findou com a resposta fornecida pela UFSC, dando conta da inexistência de prejuízo, embasando entendimento da inexistência de ilícito penal, mas sim de ilícito civil, decorrente de manobra realizada pelo requerido visando auferir vantagens junto a promoção "PULA-PULA" da Brasil Telecom, motivadora do indeferimento da cautelar requerida.
>
> Como já consignado na manifestação inicial, em apertada síntese, a promoção da empresa consiste no seguinte: os valores correspondentes ao número de ligações recebidas num mês pelo usuário, são creditados no mês seguinte para uso normal.

Segundo depreende-se dos autos, a empresa constatou que alguns números vinculados àquela promoção vinham recebendo grande número de ligações, gerando créditos de até ou mais de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para um mesmo titular.

Após auditoria interna, averiguou-se que o beneficiário daqueles créditos era o requerido Felipe Búrigo Lapolli, bem como, constatou-se que este mantinha um serviço de venda de créditos via Internet.

Aprofundando as investigações, constatou-se que o requerido, valendo-se de linha telefônica grátis (VOIP) disponibilizada pela Universidade Federal de Santa Catarina aos alunos, fazia ligações para seu próprio celular, bem como para quem se dispusesse a pagar para receber ligações, gerando, por consequência, créditos no mês seguinte em benefício próprio e de terceiros.

O estratagema do requerido, muito embora o entendimento da vítima de que se trata de uma forma de estelionato, nada mais é do que um artifício, não ilegal, usado pelo mesmo para conseguir créditos para o seu celular ou de outrem.

As despesas arcadas pela empresa vítima são decorrências, se não planejadas, ao menos previsíveis, da promoção por ela mesma criada. A única diferença é que o requerido se vale de um ramal público e aparentemente sem custo para a UFSC para efetuar ligações.

Imagine-se se as ligações fossem originadas da residência do requerido para seu próprio celular ou para de terceiros, que ilegalidade ou estelionato haveria? Os créditos das ligações recebidas continuariam a ser depositados nos meses seguintes, a única diferença é que o requerido pagaria pelo tempo que efetuou ligações para um número vinculado à promoção "PULA-PULA".

A promoção não prevê limites de ligações recebidas ou créditos máximos para depósito. Ao criar a promoção, a empresa assumiu o risco de que algum cliente se valesse do artifício aqui analisado para efetuar ligações para si ou outrem, auferindo créditos.

Ao utilizar-se do ramal VOIP para auferir vantagem em proveito próprio, não pratica o requerido qualquer conduta delitiva, não havendo que se falar em estelionato, mas artifício não criminoso para obter os benefícios da promoção destaque.

> Na seara criminal, não há crime. Trata-se, em tese, de ilícito civil, haja vista a comercialização dos créditos auferidos com terceiros, fato este violador de normas administrativas e civis, as quais dispõem, segundo a inicial, que "apenas às prestadoras de serviço móvel pessoal é permitida a exploração de tal atividade".
>
> Assim, não cabe ao juízo criminal dirimir questões de natureza civil e administrativa, devendo a empresa vítima buscar outros meios para impedir o desvirtuamento dos fins almejados pela promoção e a consequente revenda de créditos.
>
> Ante o exposto, por não se tratar de conduta criminosa a prática desenvolvida pelo requerido Felipe Búrigo Lapolli, em evidente atipicidade de conduta, opino pelo INDEFERIMENTO do pedido inicial (fls. 176-178).

Com base no parecer suso transcrito, o Magistrado *a quo* determinou o arquivamento do procedimento instaurado, por meio do seguinte ato jurisdicional:

> Trata-se de manifestação da empresa Brasil Telecom Celular contra o pedido de arquivamento feito pelo Ministério Público no inquérito instaurado para apurar a eventual responsabilidade penal de Felipe Búrigo Lapolli.
>
> A irresignação quanto ao posicionamento ministerial funda-se, principalmente, na circunstância de que teria havido crime, tal como disposto no item 29 da petição da requerente, sendo, por isso, oportuno apurar a responsabilidade penal do suspeito.
>
> Entretanto, a análise dos autos empresta total razão ao pedido de arquivamento.
>
> É que a conduta do investigado, embora merecedora dos maiores reparos no campo moral e ético, não afronta o dispositivo do artigo 171 do Código Penal.
>
> Do conteúdo do processo resta claro que a UFSC não sofreu prejuízo. A linha VOIP é utilizada pelos alunos gratuitamente.
>
> A promoção "Pula-Pula" não estipula limites para aquisição de créditos. Sem a ressalva, a requerente sujeitou-se, pela promoção que lhe conferiu prestígio junto aos consumidores, a pagar os créditos

> auferidos pelos clientes sem discutir o mérito ou a motivação das ligações telefônicas.
>
> Tais créditos, a partir do instante em que foram gerados, passaram a integrar o patrimônio do investigado. É discutível, na esfera cível bem entendido, a possibilidade ou impossibilidade de o investigado repassar os créditos que obteve pela promoção. Polêmica, também, sem dúvida, a comercialização de tais créditos sem o recolhimento dos tributos pelas vendas.
>
> São questionamentos instigantes e que corretamente a requerente pretende dirimir. Contudo, é matéria cujo deslinde não compete ao enquadramento penal. Antes disso, é matéria afeita ao direito civil, mais especificamente ao campo das questões empresariais, de concorrência e do consumidor (fl. 196).

Como visto, a decisão atacada busca fundamento na ausência de elementos que possibilitam o próprio desencadeamento de eventual persecução penal em desfavor do indiciado, ou seja, ampara-se na inexistência de crime, fato que, por si só, obsta o conhecimento do mandado de segurança.

É necessário assinalar que o legislador não previu recurso para a hipótese de arquivamento de inquérito policial, salvo na situação específica do art. 28 do Código de Processo Penal, na qual o magistrado indefere a promoção de arquivamento postulada pelo órgão ministerial – o que não é o caso dos autos. A regra, portanto, é a da irrecorribilidade.

Logo, admitir a impetração para a hipótese dos autos seria equivalente a ampliar o enquadramento da regra de exceção acima mencionada, possibilitando, por via transversa, a revisão de ato irrecorrível, o que implicaria na violação da sistemática processual penal vigente.

A doutrina é enfática: "o despacho em que se arquiva o inquérito policial ou as peças de informação, a pedido do Ministério Público, é irrecorrível", e não sujeito a "mandado de segurança (RT 607/285, RJDTA-

CRIM 11/208)" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 146).

A respeito da matéria, destacam-se os seguintes julgados deste Pretório:

> AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE INICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DE *DECISUM* QUE, ACOLHENDO A MANIFESTAÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL QUE APURAVA CRIME DE AÇÃO PÚBLICA – DELIBERAÇÃO ESCORREITA, HAJA VISTA QUE O ARQUIVAMENTO DA PEÇA INVESTIGATIVA, A PEDIDO DO *PARQUET*, NÃO COMPORTA RECURSO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, PORTANTO, EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO A COMPORTAR *MANDAMUS* – AGRAVO DESPROVIDO (Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2007.012920-8/0001.00, de Lages, rel. Des. Substituto Tulio Pinheiro, j. em 10-7-2007).

E:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO — DECISÃO QUE ACOLHE PARECER MINISTERIAL E DETERMINA O ARQUIVAMENTO DE PEÇA DE INFORMAÇÃO — IRRECORRIBILIDADE DO *DECISUM* — NÃO CONHECIMENTO.
>
> "Tratando-se de crime de ação pública, cuja titularidade permanece com o Ministério Público, na respectiva notícia ou no inquérito, havendo pedido de arquivamento deferido pelo juiz, do respectivo despacho não cabe recurso" (Recurso Criminal n. 98.016938-0, rel. Des. Amaral e Silva) (Recurso Criminal n. 2003.009122-0, da Capital, rel. Des. Torres Marques).

Não se trata, ademais, nem de incidência do art. 18 do Código de Processo Penal (desarquivar o inquérito para procurar novas provas de que se teve notícia), tampouco de aplicação da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal (propor a ação penal direta, por já se ter novas provas em mãos), pois, como se viu, inexiste conduta típica a ser investigada. Portanto,

"não há ilegalidade ou abuso de poder, passível de correção via mandado de segurança, na decisão judicial que, acolhendo manifestação do Ministério Público, ordena o arquivamento de inquérito policial" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13.717/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. em 18-3-2003, DJU 7-4-2003).

Cumpre salientar que os precedentes colacionados pela impetrante, referentes ao cabimento do mandado de segurança contra as decisões que determinam o arquivamento de inquérito policial, em nada se assemelham à hipótese dos autos.

O primeiro, emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, trata de ação mandamental impetrada contra ato em que o magistrado determinou o arquivamento do inquérito por incidência do princípio da insignificância. O aresto faz alusão à investigação de crime de violação de direito autoral, o qual é de valor imensurável e não poderia ser arquivado com fundamento no princípio da insignificância. Por isso, a insigne Relatora consignou que inexiste "óbice ao conhecimento do mandado de segurança impetrado contra decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, por motivo outro que não a ausência de elemento para desencadear eventual persecução penal em desfavor do indiciado" (Mandado de Segurança n. 70012221297, rela. Desa. Fabianne Breton Baisch, j. em 17-8-2005). Ou seja, nesse caso, ao menos em tese, havia crime.

O segundo, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuida de decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial, em virtude da "*falta de elementos capazes de apontar o autor do delito*". No entanto, bem assinalou o Desembargador relator Moreira da Silva, o desarquivamento, no caso, "só se torna possível diante de novas provas capazes de autorizar o início da ação penal, ou seja, provas que produzam alteração do quadro probatório com base no qual foi deferido o pedido de arquivamento" (Mandado de Segurança n. 00972950.3/0-000-000, rel.

Des. Moreira da Silva, j. em 7 de agosto de 2007). Na espécie, do mesmo modo, havia crime; todavia, sem indícios acerca de seu autor.

Percebe-se, pois, que, ao contrário do caso debatido nos presentes autos – atipicidade –, os precedentes mencionados, excepcionalmente, comportaram a impetração em razão da existência de fato típico a ser apurado.

Na espécie, diante dos elementos encartados nos autos, não é possível extrair juízo valorativo capaz de justificar eventual criminalização da conduta.

A lesão ao direito patrimonial, se existiu, autoriza a utilização de vias alternativas para a sua tutela e reparação, em virtude do comportamento lesivo praticado pelo investigado em detrimento da empresa vítima, o qual, a rigor, violou os princípios da confiança, da lealdade e da boa-fé objetiva, que devem ser observados pelos contratantes durante todo o tempo de vigência do contrato.

É a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> Inexistência cabal de crime: trata-se da análise dos três elementos indispensáveis para a caracterização de um fato como delito: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Assim, descrevendo o órgão acusatório um fato que não se amolda ao tipo penal incriminador (modelo de conduta proibida) – como, por exemplo, uma dívida civil qualquer – é caso de rejeição (*Código de processo penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 155).

Assim, é inconcebível, em matéria penal, determinar a continuação de investigações para fato que não se subsome à norma penal – no caso *sub judice*, em tese, os arts. 171 e 180, § 3º, do Código Penal.

2. Nada obstante, a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, quando o fato nele apurado não constituir crime, produz coisa julgada material e impede

ulterior instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio, ainda que a denúncia embase-se em novos elementos de prova.

Esse é o entendimento pacificado nas Cortes pátrias, inclusive no Superior Excelso, veja-se:

> INQUÉRITO POLICIAL — ARQUIVAMENTO ORDENADO POR MAGISTRADO COMPETENTE, A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POR AUSÊNCIA DE TIPICIDADE PENAL DO FATO SOB APURAÇÃO — REABERTURA DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL — IMPOSSIBILIDADE EM TAL HIPÓTESE — EFICÁCIA PRECLUSIVA DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL, POR ATIPICIDADE DO FATO — PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DEFERIDO. — Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial — porque definitiva — revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da *persecutio criminis*, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes (*Habeas Corpus* n. 84156/MT, rel. Min. Celso de Mello, j. em 26-10-2004, DJU 11-2-2005, p. 00017).

No mesmo sentido: HC n. 80.560/GO (DJU de 30-3-2001 e RTJ 179/755); Inq. n. 1.538/PR (DJU de 14-9-2001 e RTJ 178/1090); Inq. n. 2.044 QO/SC (DJU de 8-4-2005); HC n. 80.263/SP (DJU de 27-6-2003 e RTJ 186/1040); HC n. 83.346/SP (j. em 17-5-2005); HC n. 84.156/MT (j. em 26-10-2004); HC n. 80.560/GO (Inf. n. 218); e Inq 2.164/DF (Inf. n. 439).

3. Saliente-se, também, inexistir impeditivos para que a polícia investigativa continue com as suas atribuições no que concerne a outras condutas, como o registro do *site* em nome de Felipe Búrigo Lapolli que, em tese, utilizava de forma indevida o nome e marcas de propriedade da

empresa Brasil Telecom S.A., ou eventuais crimes contra a ordem econômica ou tributária ou crime organizado.

Assim, pode ser formado um novo procedimento investigativo, com objeto diferenciado daquele em que se operou a coisa julgada, pois o arquivamento deu-se em relação às condutas tipificadas nos arts. 171 e 180, § 3º, do Código Penal, e não das possíveis ramificações que a sua ação – venda de créditos – poderia ensejar.

A conduta principal, como se viu, é atípica; logo, a suposta receptação – art. 180, § 3º, do CP – não se configura, pois os créditos, ainda que vendidos e comprados por valores sensivelmente inferiores aos cobrados pela empresa impetrante, não foram objeto de crime.

4. Argumenta a impetrante, vítima do suposto delito, que não poderia prever o avanço tecnológico que possibilitasse a burla ao seu contrato. Todavia, analisando os novos contratos, do mesmo plano "pula-pula", constata-se que, mesmo após o ocorrido, não se precaveu em acrescentar qualquer cláusula que obste novas "fraudes", assumindo, novamente, o risco de sofrer prejuízos semelhantes ao ocasionado pela ação do investigado.

5. Enfatize-se, ainda, não ser hipótese de litisconsórcio passivo necessário – é prescindível a citação de Felipe Búrigo Lapolli –, uma vez que os efeitos desta decisão não importarão na modificação da sua posição jurídica, até porque não existe lide instaurada. Logo, não se trata de réu; portanto, inaplicável a Súmula 701 do Supremo Tribunal Federal.

6. Por fim, determina-se o desentranhamento das fls. 134-135, haja vista a ocorrência de possível quebra do sigilo telefônico à mingua de autorização judicial.

Dessarte, não se conhece do presente *writ*.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, não conhecer do *writ*.

O julgamento, realizado no dia 15 de julho de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 22 de julho de 2008.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu
Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau
Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro
Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte
Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá
Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porá
Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibanos
Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilhinha
Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilhinha
Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo
Av. Curitibanos, 375 — Centro
CEP: 89580-000 — Fraiburgo
Telefone: (49) 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 — Saguaçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 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 Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

95.149 (STJ) Santa Catarina 299

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2007.005501-3 Blumenau 373
2007.053914-8 Jaraguá do Sul 496
2007.054637-0 Balneário Camboriú 440
2007.057188-5 Capital 528
2008.027974-0 Joinville 501

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2006.038776-6 Capital 617

APELAÇÕES CÍVEIS

2001.011483-6 Tubarão 321
2004.031298-3 Capital 389
2006.019998-9 Capital 608
2006.025372-6 Capital 334
2006.044821-5 Capital 547
2007.005160-6 Chapecó 341
2007.007135-4 Balneário Camboriú 349
2007.015810-6 Campos Novos 468
2007.015811-3 Campos Novos 468
2007.017756-0 Balneário Camboriú 412
2007.021636-7 Criciúma 490
2007.034126-8 Capital 622
2007.048000-3 Capital 419
2007.057035-7 Capital 638
2008.005440-9 São José 448
2008.009456-8 Blumenau 597

2008.015387-9 São Carlos 507
2008.030793-9 Otacílio Costa 426
2008.033374-5 São José 517
2008.046227-3 Chapecó 538

APELAÇÕES CRIMINAIS
2008.006182-0 Joinville 717
2008.019833-0 São Domingos 651
2008.027416-6 Anita Garibaldi 703
2008.030284-3 Campos Novos 678
2008.032249-8 Balneário Camboriú 689

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA
2007.002856-6 Turvo 361

HABEAS CORPUS
95.952-1 (STF) Santa Catarina 265
2008.046975-8 Capital 665

MANDADO DE SEGURANÇA
2008.018691-9 Capital 726

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR
1.890-1 (STF) Santa Catarina 271

RECLAMAÇÃO
6.387-9 (STF) Santa Catarina 278

RECURSO EM HABEAS CORPUS
18.670 (STJ) Santa Catarina 302

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA
22.164 (STJ) Santa Catarina..... 310

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
594.209-1 (STF) Santa Catarina..... 285

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS
94.350-1 (STF) Santa Catarina..... 289

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO

— Reprodução literal de textos e fotos supostamente não autorizada – Permissão para uso em sala de aula e pesquisa. Cessão de direitos do autor que não atende a lei. Fumus boni iuris e periculum in mora presentes. Recurso desprovido. 334

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

— Protesto de duplicatas – Nulidade dos títulos. Sustação de protesto. Ausência de pertinência lógica entre os fatos narrados e a conclusão da pretensão afastada. Direito e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Requisitos preenchidos. Concessão da medida. Manutenção da sentença. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO..... 468

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Improbidade administrativa – Ex-presidente de Câmara Municipal. Contrato de serviços de advocacia. Existência de procuradoria. Desnecessidade. Simulação da licitação. Não comprovação. Recurso desprovido..... 597

AÇÃO DE COBRANÇA

— Empresa de turismo – Passagens vendidas para o exterior. Preço recebido pela agente representante da empresa aérea no Estado através de cartão de crédito. Pagamento recusado pela administradora. Valores repassados à companhia aérea. Litigância de má-fé. Pressupostos caracterizados. Recurso desprovido..... 389

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO

— Transporte público coletivo – Permissionárias de serviço público. Pretensão de reajuste das tarifas, a pretexto de necessidade de equilíbrio econômico-financeiro. Inexistência de licitação. Direito inexistente. Recurso provido. 622

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO

— Pensão por morte de servidor público – Direito da companheira em concorrência com o da esposa assegurado pelo instituto de previdência do Estado. Provas que confirmam a existência da união estável, ainda que não dissolvido o vínculo matrimonial. Benefício devido. Recurso provido parcialmente. Reexame necessário provido. 638

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS

— Acidente de trânsito – Atropelamento. Morte de menor que, de inopino, atravessa via pública e colide na lateral de caminhão da prefeitura. Culpa da vítima. Dever de indenizar afastado. Recurso desprovido. 538

AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO C/C COBRANÇA E OBRIGAÇÃO DE FAZER

— Fundação Casan e Casan – Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Plano de auxílio-desemprego. Benefício implantado em prol dos empregados da companhia. Previdência complementar fechada. Irregularidades. Violação a princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Recurso da Casan provido e provido parcialmente o da Fundação Casan. 547

AÇÃO MONITÓRIA

— Compra e venda de imóvel para instalação de restaurante – Rescisão do contrato. Pagamento subordinado à condição suspensiva. Inocorrência. Interpretação de cláusula contratual. Função social e eticidade. Intenção das partes na realização do negócio. Ausência. Valor devido. Recurso desprovido. 412

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— *Vide* recurso.

BUSCA E APREENSÃO

— Alienação fiduciária – Determinação de emenda da inicial para constituição em mora. Providência não cumprida. Extinção da ação sem julgamento do mérito. Recurso desprovido. 517

COBRANÇA

— Caderneta de poupança – Alteração do índice de correção monetária. Planos Bresser, Verão e Collor. Sentença que julga procedentes os pedidos na exordial. Insurgência. Acolhimento da preliminar da anulação da sentença. Demais prefaciais e mérito recursal prejudicados. 507

— Direitos autorais – Rádios comunitárias. Operação em baixa frequência, sem objetivo de lucro. Programação com fins educativos, artísticos, culturais, informativos e de promoção de cultura comunitária. Exposição ao público, por radiodifusão, de músicas não sujeitas ao pagamento dos direitos patrimoniais dos autores das obras ao Ecad. Recurso desprovido. ... 349

— Prestação de serviços de transporte de água – Inadimplemento. Suposta nulidade do contrato. Inocorrência. Obrigação subsistente. Juros de mora e correção monetária. Fixação. Recurso parcialmente provido. 341

CÓDIGO CIVIL

— Art. 44 e incisos 703

— Art. 85 (1916) 321

— Art. 112 ..... 412, 321, 448

— Art. 147 426

— Art. 166, IV 334

— Art. 182 426
— Art. 346 389
— Art. 406 321
— Art. 422 426
— Art. 940 341
— Art. 985 (1916) 389
— Art. 1.630 373
— Art. 1.631 373
— Art. 1.637 373

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 6º 448
— Art. 6º, VIII 507
— Art. 21, parágrafo único 448
— Art. 26, II 448
— Art. 36 448
— Art. 51, IV 448
— Art. 51, § 4º 152
— Art. 81, I e II 152
— Art. 93 152
— Art. 98 152
— Art. 103, II e III 152
— Art. 104 152

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA- GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 728 517

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 6º 152
— Art. 14 412
— Art. 17 412
— Art. 17, II 389
— Art. 18, § 2º 389
— Art. 20, §§ 3º e 4º 426, 547, 638
— Art. 20, §§ 3º, a e c, e 4º 341
— Art. 20, § 4º 334, 448
— Art. 21, parágrafo único 638, 448
— Art. 46 152
— Art. 130 622
— Art. 131 622
— Art. 132 321
— Art. 162, § 1º 349
— Art. 165 622
— Art. 219 341
— Art. 267, IV 349, 517
— Art. 267, VI 389, 547,
— Art. 229 349

— Art. 269, I 341, 349, 538
— Art. 273 528
— Art. 283 501
— Art. 284 501
— Art. 290 349
— Art. 300 349
— Art. 315 349
— Art. 316 349
— Art. 327 349
— Art. 330, I 349, 622
— Art. 333, I 341, 519, 547
— Art. 335 321
— Art. 359 507
— Art. 458, II 622
— Art. 485, V 361
— Art. 499 321
— Art. 499, § 2º 528
— Art. 513 349
— Art. 515, § 3º 547
— Art. 520, *caput* e VII 528
— Art. 522 468
— Art. 522 e parágrafo único 321
— Art. 523 e parágrafos 321

— Art. 525, I 496
— Art. 535, I e II 361, 622
— Art. 557, § 1º 496
— Art. 558 528
— Art. 658 440
— Art. 711 440
— Art. 747 440

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 18 726
— Art. 28 726
— Art. 41 ..... 703, 719
— Art. 231 289
— Art. 295 278
— Art. 302 678
— Art. 312 665
— Art. 386, IV 703
— Art. 386, IV e VI 678
— Art. 386, VI 689
— Art. 514 651
— Art. 563 289
— Art. 565 285
— Art. 566 289

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)
— Art. 306 678

CÓDIGO PENAL
— Art. 2º, parágrafo único 678
— Art. 44 651
— Art. 49, § 1º 717
— Art. 55 703
— Art. 59 ..... 651, 703
— Art. 69 703
— Art. 71, *caput* 689
— Art. 71 265
— Art. 148 689
— Art. 168, *caput* 689
— Art. 171, *caput* 689
— Art. 171 726
— Art. 180, § 3º 726
— Art. 316, *caput* 651
— Art. 327, *caput* e § 1º 651

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)
— Art. 123 608

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)
— Art. 128 608

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DA PREVIDÊNCIA ESTADUAL (Decreto n. 2.512/1977)

— Art. 10, § 3º 638
— Art. 11, parágrafo único 638
— Art. 12, III 638
— Arts. 23 a 28 638

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL – 1989

— Art. 135, § 4º 622
— Art. 159 638

FEDERAL – 1988

— Art. 5º, I 152
— Art. 5º, XXI 152
— Art. 5º, XXVII e XXVIII, b 349
— Art. 5º, XXXI, b, in fine 152
— Art. 5º, XXXV 173, 638
— Art. 5º, XXXVI 547
— Art. 5º, XL 678
— Art. 5º, XLIII 665
— Art. 5º, LIV 173
— Art. 5º, LV 173, 285, 289, 389
— Art. 5º, LXIII 678

— Art. 5º, LXVIII 302
— Art. 5º, LXX 152
— Art. 5º, LXXIII 152
— Art. 5º, LXXVIII 173
— Art. 37 622
— Art. 37, 6º 538
— Art. 52, X 27
— Art. 92, I-A 173
— Art. 93, IX 289
— Art. 103-B, § 4º 173
— Art. 105, II, b 310
— Art. 109, § 9º 152
— Art. 127 152
— Art. 142, § 2º 302
— Art. 155, X, b 608
— Art. 170 622
— Art. 175, parágrafo único, I 622
— Art. 192, § 3º 448
— Art. 202, §§ 3º e 4º 547
— Art. 203, I, II, III, IV e V 547
— Art. 221, I e II 349
— Art. 225, VI 349
— Art. 227 373

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

— Concussão – Acusado médico que agiu na qualidade de funcionário público. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Internamento do paciente pelo sistema SUS. Cobrança de vantagem indevida para realização de cirurgia. Absolvição impossível. Diminuição inviável. Sentença mantida. Recurso desprovido..... 651

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO

— Estelionato – Massoterapeuta que, utilizando medicação de efeito duvidoso, induz cliente senil a lhe ceder automóvel e assinar escritura de doação de apartamento. Absolvição por ausência de provas. Inviabilidade. Elementos configuradores do tipo penal devidamente perfectibilizados. Condenação. Recurso desprovido. 689

CRIMES AMBIENTAIS

— Recebimento de madeira, para fins comerciais, sem licença da autoridade ambiental competente – Autoria e materialidade comprovadas. Confissão do beneficiamento do produto sem guia florestal. Prova testemunhal da prática do delito. Condenação. Funcionamento de atividade potecialmente poluidora sem autorização. Norma penal em branco. Autoria e materialidade comprovadas. Confissão judicial aliada à prova testemunhal. Crime formal. Consumação no momento em que a atividade se inicia sem a regularização. Condenação. Preliminares da inépcia da denúncia rejeitadas e acolhida a da Procuradoria para afastar do pólo passivo a firma individual. Acolhimento. Recurso parcialmente provido. ... 703

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

— Crimes de autoria coletiva – Agente que detinha domínio do fato. Efetivação de despesas em limite superior ao lucro bruto auferido pela empresa contribuinte nos exercícios financeiros investigados. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Recurso provido parcialmente. . 717

DOUTRINA

— Gestão do Poder Judiciário e especialização de Câmaras no Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Márcio Schiefler Fontes, Juiz de Direito em Santa Catarina. 114

— ICMS – Energia elétrica – Prevalência do princípio constitucional – Iran José de Chaves, Advogado especialista em direito tributário em Santa Catarina. 108

— A súmula vinculante diante do princípio do livre convencimento motivado do juiz – Valmecir José de Souza, bacharel em direito, servidor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 197

— Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos – Ricardo Bruno Fontenelle, Advogado e Professor em Fortaleza/CE. 152

— O acesso à justiça na dimensão do Conselho Nacional de Justiça: uma abordagem garantista – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina. 173

— Em torno da Lei n. 11.690/2008 (Sobre a prova criminal e a sentença absolutória) – Maurílio Moreira Leite, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 141

— O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social – Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal. 71

— A tendência sincrética do controle de constitucionalidade no Brasil e o art. 52, X, da Constituição Federal: possibilidade de mutação constitucional? – Antônio José Silva Rodrigues, Oficial de gabinete da Justiça Federal em Santa Catarina. 27

EMBARGOS À EXECUÇÃO

— Impugnação à execução de sentença – Oferta à penhora de letras financeiras do tesouro. Títulos sem cotação em bolsa. Recusa confirmada.

Sobrestamento do processo até regularização da constrição. Recurso provido. 490

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

— ICMS – Venda interestadual de óleo combustível para aquecimento de caldeiras. Produto não agregado à composição da mercadoria. Derivado de petróleo sujeito à incidência do tributo. Convenção particular, entre o fornecedor e comprador, sobre responsabilidade de imposição fiscal. Irrelevância. Hipótese de substituição tributária. Imposição por lei para pagamento do tributo ao substituto (adquirente). Recurso desprovido..... 608

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA

— *Vide* recurso.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

— Absolvição por ausência de provas – Possibilidade. Delito cometido antes da edição da Lei Seca. Dúvida quanto à materialidade delitiva. Recusa do apelante em submeter-se ao etilômetro. Teor alcoólico não pode ser comprovado por prova testemunhal. Absolvição que se impõe. Recurso provido. 678

EMENDA CONSTITUCIONAIS

— N. 20/1998 Art. 6º 547

— N. 45/2004 173

— N. 20/1998 Art. 5º 547

ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 7º, V 278

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 5º 373

— Art. 21 373

ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.218/1983)

— 302

HABEAS CORPUS

— Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico – Prisão preventiva. Liberdade provisória. Impossibilidade. Decreto prisional suficientemente fundamentado. Crime hediondo. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada..... 665

— Militar – Punição disciplinar. Legalidade da sanção. Reexame de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Suspeição e impedimento dos membros do Tribunal a quo. Questão não analisada pelo Tribunal de origem. Supressão de instância. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. 302

— Crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990 praticado na vigência da Lei n. 9.964/2000 – Aplicação em relação aos tributos estaduais. Parcelamento não honrado. Ordem denegada..... 265

INDENIZATÓRIA

— Construção de casa sobre terreno que não o adquirido – Prejuízos materiais e morais. Procedência. Majoração dos danos emergentes. Pagamento de indenização ao terceiro adquirente da casa. Não comprovação. Dano moral. Abalo à imagem por bloqueio judicial de bens. Dever de indenizar. Recurso parcialmente provido..... 419

— Contrato – Termo de compromisso firmado entre os litigantes. Comércio de automóveis e despachante. Encaminhamento dos veículos para documentação. Não cumprimento. Interpretação conforme vontade das partes para alcançar o real sentido do pacto. Exegese do art. 112 do CC de 2002. Preliminares rejeitadas. Recurso provido. 321

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETO

— N. 2.512/1977 *Vide* Consolidação das Leis da Previdência Estadual.

— N. 6.218/1983 *Vide* Estatuto da Polícia Militar do Estado de SC.

LEIS

— N. 8.245/1991 Art. 30 547

— N. 9.831/1995 Art. 38 547

— N. 10.297/1996 Art. 2º 608

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 3.000/1999 Art. 150 703

— N. 20.910/1932 622

— N. 22.626/1933 *Vide* Lei de Usura.

— N. 99.509/1990 Art. 1º, *caput* , I 547

DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969 Art. 2º, § 2º 517

— N. 1.706/1979 Art. 2º 703
— N. 4.597/1942 622

LEIS

— N. 1.060/1950 *Vide* Lei da Assistência Judiciária.
— N. 1.533/1951 *Vide* Lei do Mandado de Segurança.
— N. 4.117/1962 Art. 70 349
— N. 4.717/1965 Art. 6º, § 2º 152
— N. 4.886/1965 468
— N. 5.172/1966 *Vide* Código Tributário Nacional.
— N. 5.991/1973 617
— N. 5.988/1973 349
— N. 6.435/1977 Art. 1º 547
— N. 7.347/1985 Art. 1º 152
— N. 7.347/1985 Art. 2º 152
— N. 8.069/1990 *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.072/1990 *Vide* Lei dos Crimes Hediondos.
— N. 8.078/1990 *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.137/1990 Art. 1º, I 265
— N. 8.137/1990 Art. 1º, I e II 717
— N. 8.666/1993 Art. 22, § 3º 597
— N. 8.666/1993 Art. 24, IV 341
— N. 8.666/1993 Art. 25, II 597
— N. 8.666/1993 Art. 59, parágrafo único 341

— N. 8.742/1993 Art. 1º 547
— N. 8.742/1993 Art. 9º, §§ 1º, 2º e 3º 547
— N. 8.742/1993 Art. 18, IV 547
— N. 8.906/1994 *Vide* Estatuto da Advocacia e a OAB.
— N. 8.935/1994 Art. 8º 517
— N. 8.935/1994 Art. 9º 517
— N. 8.987/1995 Art. 14 622
— N. 8.987/1995 Art. 42, §§ 1º e 2º 622
— N. 8.987/1995 Art. 43, parágrafo único 622
— N. 9.249/1995 Art. 34 379
— N. 9.492/1997 Art. 1º 517
— N. 9.492/1997 Art. 3º 517
— N. 9.492/1997 Art. 15 517
— N. 9.503/1997 *Vide* Código de Trânsito Brasileiro.
— N. 9.605/1998 Art. 46 703
— N. 9.605/1998 Art. 50 703
— N. 9.605/1998 Art. 54, *caput* 703
— N. 9.605/1998 Art. 60 703
— N. 9.610/1998 Art. 7º, I, V e XIII 349
— N. 9.610/1998 Art. 22 349
— N. 9.610/1998 Art. 24, I e VII 349
— N. 9.610/1998 Art. 27 349
— N. 9.610/1998 Art. 28 349

— N. 9.610/1998 Art. 29, I, VI, VIII, a, d, f e X.....349
— N. 9.610/1998 Art. 31.....349
— N. 9.610/1998 Art. 41.....349
— N. 9.610/1998 Art. 50.....334
— N. 9.610/1998 Art. 68, *caput* e §§ 2º e 4º.....349
— N. 9.610/1998 Art. 89.....349
— N. 9.610/1998 Art. 99.....349
— N. 9.610/1998 Art. 109.....349
— N. 9.612/1998 Art. 1º.....349
— N. 9.612/1998 Art. 3º, I e V.....349
— N. 9.612/1998 Art. 4º, I e IV.....349
— N. 9.612/1998 Art. 7º.....349
— N. 9.964/2000 Art. 15.....265
— N. 10.931/2004 Art. 29, § 1º.....501
— N. 11.232/2005.....490
— N. 11.343/2006 *Vide* Lei Antitóxicos.
— N. 11.464/2007.....665
— N. 11.690/2008.....141
— N. 11.705/2008.....678

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 11.343/2006)

— Art. 33, *caput*.....665
— Art. 35, *caput*.....665
— Art. 44, *caput*.....665

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— 302

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Art. 4º 448

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 8º 310

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, II 665

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 34/1999 (Município de Florianópolis) Art. 83 622

— N. 87/1996 (Federal) Art. 2º 608

— N. 87/1996 (Federal) Art. 3º 608

— N. 108/2001 (Federal) Art. 5º 547

— N. 129/1994 (Estadual) 638

— N. 243/2003 (Estadual) Art. 40 547

MANDADO DE SEGURANÇA

— Pretensão de ordem que assegure comércio de produtos alimentícios em farmácias e drogarias – Denegação da ordem por não cumprir requisitos legais (separação física dos produtos). Causa de pedir diversa, adstrita a assegurar a venda de alimentos naqueles estabelecimentos. Precedentes. Concessão da ordem. 617

— Reabertura de procedimento investigatório – Impossibilidade. Arquivamento do inquérito policial a pedido do Ministério Público e ordenado por magistrado. Coisa julgada material. Direito supostamente violado que possibilita a sua tutela por vias alternativas. Inaplicabilidade. Recurso não conhecido. 726

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR

— Efeito suspensivo – Recurso extraordinário. Liminar referendada. Tributo. Contribuição social sobre o lucro líquido Incidência sobre as receitas e o lucro decorrentes de exportação. Fumus boni iuris e periculum in mora evidenciados. Manutenção da liminar concedida. 271

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Conselheiro José Carlos Pacheco, por ocasião do 117º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça, em nome dos homenageados. 258

— Discurso proferido pelo Desembargador João Henrique Blasi, por ocasião do 117º aniversário de instalação, no qual saudou os agraciados com medalhas em nome do Tribunal de Justiça. 255

— Discurso de posse da Doutora Rejane Andersen no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 252

— Discurso de posse do Doutor Victor José Sebem Ferreira no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 239

RECLAMAÇÃO

— Direito processual penal – Reclamação. Prerrogativa de prisão em sala de estado-maior. Avaliação do caso concreto. Prisão em batalhão de Polícia Militar. Improcedência. 278

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação de execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Conjunto probatório insuficiente para evidenciar má-fé e deslealdade processual da executada. Recurso desprovido. 496

— Agravo de instrumento – Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Protesto de título por intermédio de fotocópia autenticada. Ineficácia. Indispensabilidade do título original. Princípio da cartularidade. Recurso desprovido. 501

— Embargos de declaração em ação rescisória – Não havendo na prestação jurisdicional omissão e erro material arguidos, imperativa é a rejeição, por ausência de requisitos intrínsecos de admissibilidade. Recurso rejeitado. 361

— Agravo de instrumento – Carta precatória. Penhora dúplice sobre o mesmo imóvel. Concorrência de credores. Preferência de crédito do agravante. Indeferimento. Incompetência do Juízo deprecado para analisar a matéria. Anulação de ofício da decisão agravada. Devolução ao Juízo deprecante. 440

— Agravo de instrumento – Poder familiar. Suspensão em relação ao pai. Liminar indeferida. Hipótese que recomenda, entretanto, o deferimento da medida. Recurso provido. 373

— Conflito de competência – Agravo regimental interposto contra decisão que reconheceu a competência do juizado especial. Juízo que cumpriu o ofício expedido pelo STJ e prolatou decisão. Perda de interesse do agravo regimental. Recurso prejudicado. 299

— Recurso ordinário em habeas corpus – Juntada de parecer e aditamento da apelação. Documento: não caracterização. Constrangimento ilegal inexistente. Recurso desprovido. 289

— Agravo de instrumento – Ação indenizatória proposta por vereador contra o município com o escopo de obter anulação do processo que culminou na perda de seu mandato. Representantes do Ministério Público

que exararam manifestações diversas. Princípio constitucional do promotor natural e da independência funcional. Recurso provido parcialmente. 528

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

— Concurso público para ingresso na atividade notarial e de registro – Exclusão de candidata aprovada. Equiparação à condição de desistente. Sanção não prevista no edital. Recurso parcialmente provido. 310

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Apelação criminal – Juntada de documentos, pela acusação, após o oferecimento de contrarrazões de apelação pela defesa. Contraditório sem manifestação. Nulidade não caracterizada. A parte não pode beneficiar-se de nulidade que provoque. Omissão propositada. Recurso desprovido. 285

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 150 622

RESCISÃO DE CONTRATO VERBAL C/C PERDAS E DANOS

— Compra e venda de árvores para corte – Erro e dolo. Improcedência. Vícios de consentimento. Erro e omissão dolosa. Boa-fé objetiva. Dever de informação. Descumprimento. Prova de omissão dolosa do requerido. Vício de consentimento caracterizado. Sentença reformada. Recurso provido. 426

RESOLUÇÃO

— N. 268/1993 (Casan) 547

REVISIONAL DE CONTRATO

— Aquisição de veículo automotor – Ilegitimidade passiva da concessionária. Inocorrência. Responsabilidade solidária. Juros remuneratórios. Pleito de aplicação ao contrato da taxa apresentada em propaganda. Impossibilidade. Inexistência de vinculação, na peça publicitária, do percentual promocional ao veículo adquirido. Ônus suportado pelo anunciante. Juros devidos no valor divulgado. Recurso provido da concessionária, e parcialmente o da financeira, por maioria de votos. VOTO VENCIDO. ... 448

SÚMULAS – STF

— N. 121 448

— N. 524 726

— N. 701 726

SÚMULAS – STJ

— N. 39 622

— N. 54 341

— N. 83 622

— N. 231 703

— N. 297 507

— N. 330 651

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Antônio José Silva Rodrigues 27
Arnaldo Esteves Lima 302
Cármen Lúcia Antunes Rocha 71, 289
Cezar Peluso 285
Ellen Gracie 265, 278
Herman Benjamin 310
Hilton Cunha Júnior 468
Iran José de Chaves 108
Jaime Luiz Vicari 321, 334,
Jânio Machado 622, 638
João Henrique Blasi 255, 496, 501
Jorge Luiz de Borba 490
Jorge Schaefer Martins 463
José Carlos Carstens Köhler 507, 517
José Carlos Pacheco 258
Márcio Schiefler Fontes 114
Maria do Rocio Luz Santa Ritta 341, 349, 361
Maurílio Moreira Leite 141
Mauro Campbell Marques 299
Menezes Direito 271
Moacyr de Moraes Lima Filho 717, 726
Monteiro Rocha 412, 419, 426
Paulo Roberto Camargo Costa 485
Rejane Andersen 252
Ricardo Bruno Fontenelle 152
Ricardo Roesler 608, 617

Sérgio Izidoro Heil 440, 448
Sérgio Luiz Junkes 173
Sérgio Roberto Baasch Luz 547, 597
Solon d´Eça Neves 665, 651
Torres Marques 703
Trindade dos Santos 373, 389
Tulio Pinheiro 678, 689,
Valmecir José de Souza 197
Vanderlei Romer 528, 538
Victor José Sebem Ferreira 239

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação
Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão
José Tadeu de Miranda

Índice numérico e legislativo
Jorge Silveira

Índice por assunto
José Leopoldo Abatti

Projeto gráfico e direção de arte
Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica
Pratika Editora e Gráfica

Montagem, impressão e acabamento
Divisão de Artes Gráficas/DIE

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:31:18 -03'00'