

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

*ANO XXXI — 2º, 3º, 4º trimestres 2004 e 1º trimestre 2005 — N. 106
Florianópolis — SC
2005*

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral
do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,
a cargo da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações,
com circulação nacional.

Os colaboradores da Revista Jurisprudência Catarinense,
conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica,
e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal
pelo raciocínio expendido em seus trabalhos.

Todos os trabalhos publicados nesta Revista são cópia fiel dos expedientes
recebidos na Diretoria de Documentação e Informações.

Diretor: Des. Jorge Mussi

Comissão de Jurisprudência:

Des. Anselmo Cerello — Presidente

Des. Cesar Abreu

Des. Fernando Carioni

Des. Salim Schead dos Santos

(de acordo com a Portaria n. 107/2004)

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar

Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208

Caixa Postal 427 88020-901 — Florianópolis — SC

Encomendas e pedidos:

Telefone/Fax (48) 3221-1153

E-mail: divdoc@tj.sc.gov.br

Tiragem: 3.500 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 – Trimestral

repositório autorizado sob n. 8/85–STF e 18/91–STJ

periodicidade irregular de 1891 a 1972

1. Direito – Periódico. I. Tribunal de Justiça de Santa
Catarina.

CDU – 340.142 (816.4) (05)

CDD – 34005

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	3
COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	7
DOCTRINA	
Processo administrativo tributário — Adriana C. Caldas, Alberto P. Remor, Ana Cláudia S. Scalabrin e Paulo Henrique H. de Andrade — Alunos da ESMESC — Coordenador Professor Des. Anselmo Cerello	19
O ilícito tributário — Os crimes contra a ordem tributária — Anatórcia Costa, Glauco A. Vieira, Juliana A. Pfau e Larissa F. Franceschi — Alunos da ESMESC — Coordenador Professor Des. Anselmo Cerello	55
Contribuições para a história da administração do Poder Judiciário no Estado de Santa Catarina — Angela Cristina Pelicioli, Procuradora do Estado de SC	77
A dúvida na pronúncia — Antonio Hugem Nunes, Advogado	107
Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento — Domingos Afonso Krieger Filho, Advogado	121
Código de Trânsito Brasileiro como instrumento punitivo — Elizete Lanzoni Alves, Professora	139
Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa — Ernane Fidelis dos Santos, Desembargador do TJMG	167

Função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma — José Isaac Pilati	177
A propriedade relativizada por sua função social — Luiz Antonio Zanini Fornerolli, Juiz de Direito	197
O formalismo processual e suas conseqüências na realização do direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida — Luiz César Medeiros, Desembargador do TJSC	213
Dos direitos da personalidade — Nagib Slaibi Filho, Magistrado no Rio de Janeiro	227
Dos juizados especiais federais: inovações processuais da Lei n. 10.259/2001, Pedro Manoel Abreu, Desembargador do TJSC ...	251
A fase de verificação de créditos na nova Lei de Falências — Renato Lisboa Altemani e Ricardo Alexandre da Silva, bacharéis da UFSC	263
A responsabilidade médica e o dever de informar — Sérgio Cavaliere Filho, Desembargador do TJRJ	283

NOTICIÁRIO

Discurso de posse da Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta	293
Discurso proferido pelo Des. Cesar Abreu por ocasião da posse da Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta	295

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade	301
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	306
<i>Habeas Corpus</i>	309
Reclamação	321

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais	327
Recursos Ordinários em Mandados de Segurança	335

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

Agravo no Pedido de Suspensão de Liminar	357
--	-----

Mandado de Segurança	366
SEÇÃO CIVIL	
Conflitos de Competência	371
CÂMARA CIVIL ESPECIAL	
Agravos em Agravos de Instrumento	380
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL	
Embargos de Declaração em Embargos Infringentes	388
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis	390
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis	410
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis	459
Agravos de Instrumento	486
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL	
Embargos Infringentes	496
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravos de Instrumento	501
Apelação Cível	511
Embargos Infringentes	513
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravo de Instrumento	516
Apelações Cíveis	520
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravos de Instrumento	574
Apelação Cível	587
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO	
Embargos Infringentes	596
Mandado de Segurança	606
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Apelação Cível	610

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível	621
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	624

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento	635
------------------------------	-----

JURISPRUDÊNCIA PENAL**CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

Revisão Criminal	655
------------------------	-----

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais	658
---------------------------	-----

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelações Criminais	669
Carta Testemunhável	690
Recurso Criminal	697

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelações Cíveis	705
Pedidos de Suspensão de Liminar	707

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais	719
Recurso Extraordinário	722
Pedido de Reconsideração	723

3ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Extraordinários	727
Recurso Especial e Extraordinário	730

TURMAS DE RECURSOS

Primeira Turma — Recurso Cível	733
Segunda Turma — Apelação Cível	737
Terceira Turma — Apelação Cível	741
Quarta Turma — Apelação Cível	746
Quinta Turma — <i>Habeas Corpus</i>	748

Sexta Turma — Recurso em Sentido Estrito	752
Sétima Turma — Recurso Inominado	762
PRIMEIRA INSTÂNCIA	
Sentenças	771
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA	885
ÍNDICE NUMÉRICO	895
ÍNDICE POR ASSUNTO	901
ÍNDICE ONOMÁSTICO	925

APRESENTAÇÃO

APRESENTAÇÃO

Temos a grata satisfação de lançar no contexto das letras jurídicas catarinenses o volume n. 106 da nossa Revista de Jurisprudência, que aborda os julgados referentes ao 2º, 3º e 4º trimestres de 2004 e ao 1º trimestre de 2005, assim distribuídos: 49 (quarenta e nove) julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sendo 9 (nove) acórdãos acompanhados dos respectivos votos vencidos com destaque no índice alfabético; 5 (cinco) arestos do Supremo Tribunal Federal referentes a processos originários de nosso Tribunal; 5 (cinco) arestos do Superior Tribunal de Justiça, também com idêntico enfoque; 11 (onze) decisões monocráticas prolatadas pelos vice-presidentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; 10 (dez) sentenças de juízes de primeiro grau de jurisdição versando sobre temas cíveis e criminais relevantes e inovadores, objetivando-se, assim, realçar e prestigiar a valorosa contribuição dos magistrados de primeiro grau.

O presente volume traz ainda discursos de posse de desembargadores e informações adicionais, como a relação de todos os Fóruns do Estado de Santa Catarina com seus respectivos endereços, e, por derradeiro, veiculamos também o índice onomástico.

Por outro lado, não descuramos dos temas doutrinários. Assim é que tivemos a grata satisfação de incluir nesta obra 14 (catorze) artigos doutrinários subscritos por juízes, desembargadores, procuradores e advogados de nosso Estado, bem assim de autoria de juristas consagrados no contexto nacional. Como vemos, a obra carrega julgados dos últimos trimestres, o que lhe empresta maior atualidade em face da contemporaneidade das decisões, tudo em harmonia com a Instrução Normativa n. 1/2005 do STJ – art. 5º, § 2º.

É o que nos cumpria a destacar nesta contribuição que o Poder Judiciário de Santa Catarina dá às letras jurídicas deste Estado, revelando seu perfil e prestigiando o labor e a sensibilidade jurídica de seus mais proeminentes operadores do Direito.

Des. Anselmo Cerello

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Setembro de 2005)

TRIBUNAL PLENO

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês – Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: Auditório do Tribunal Pleno – Prédio anexo.

Presidente

Des. JORGE MUSSI

Primeiro Vice-Presidente

Des. ANSELMO CERELLO

Segundo Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'ÊÇA NEVES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON NELSON UBALDO

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. JORGE MUSSI – Presidente
Des. ANSELMO CERELLO – Primeiro Vice-Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Terceiro Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Segundo Vice-Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Corregedor-Geral da Justiça
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. FERNANDO CARIONI

SEÇÃO CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
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. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruíz ABREU
Des. NICANOR Calfírio da SILVEIRA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: 2º Andar

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: sextas-feiras – Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14 horas –
Local: *Hall* Superior – Sala 3

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Juiz NEWTON JANKE (Substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)
Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL (Substituindo o Des. JOSÉ VOLPATO de Souza)
Juiz DIONIZIO JENCZAK (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: das 9h30min às 12h, com reinício às 14h – Local: *Hall* Superior – Sala 3

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. EDSON NELSON UBALDO
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Juiz NEWTON JANKE (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 2

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Juiz JAIME RAMOS (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: terças-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 1

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Sessões: última quarta-feira do mês – Horário: 14 horas – Local: 10º Andar

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. José GASPAS RUBIK
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE)
Juiz JAIME LUIZ VICARI (Substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras – Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: 2º Andar

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. José GASPAS RUBIK
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Juiz JAIME LUIZ VICARI (Substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras – Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h – Local: *Hall Superior* – Sala 3

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER (Substituindo o Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente

Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA

Juiz TULIO José Moura PINHEIRO

Juiz JÂNIO DA SILVA MACHADO

COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA — PORTARIA N. 143/04—GP*Membros titulares:*

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. VANDERLEI ROMER

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Membros suplentes:

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. DOMINGOS AFONSO KRIEGER FILHO, titular

Dr. MARIO CÉSAR BERTONCINI, suplente

**COMISSÃO PERMANENTE DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO
JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA — PORTARIA N. 110/
04-GP**

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz Substituto de 2º grau VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE REGIMENTO INTERNO — PORTARIA N. 109/
04-GP**

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. VANDERLEI ROMER
Juiz NEWTON JANKE

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE JURISPRUDÊNCIA — PORTARIA N. 107/
04-GP**

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. FERNANDO CARIONI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO E REMO-
ÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO — PORTARIA N.
250/05-GP**

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA

Juízes Substitutos de 2º Grau:
Dr. JAIME RAMOS,
Dr. JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS e
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER, titulares.
Dr. DIONIZIO JENCZAK,
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL e
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ, suplentes.

Representantes do Ministério Público:

Dr. ANDRÉ CARVALHO, titular e

Dra. HELOÍSA CRESCENTE ABDALLA FREIRE, suplente.

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. LUIZ DARCI DA ROCHA, titular e

Dra. MARIA ELISABET WINTER PASTORE, suplente.

Representantes do Colégio Notarial:

Dr. MURILO KROBEL, titular e

Dr. IVÂNIO LOOS PORTO, suplente.

Representantes do Colégio Registral:

Dr. JORDAN FABRÍCIO MARTINS, titular e

Dra. FRANCINY BEATRIZ ABREU DE FIGUEIREDO E SILVA, suplente.

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE GESTÃO DE INFORMATIZAÇÃO — CGINFO
— PORTARIA N. 118/04-GP**

Des. NEWTON TRISOTTO — Presidente

Juiz DINART FRANCISCO MACHADO

Juiz LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA

Juiz ODSON CARDOSO FILHO

Juiz EMANUEL SCHENKEL DO AMARAL E SILVA

Juiz PAULO ROBERTO FRÓES TONIAZZO

Juiz PAULO HENRIQUE M. MARTINS DA SILVA

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Juiz JAIME RAMOS

Juiz JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS

Juiz NEWTON JANKE

Juiz VICTOR JOSÉ SEBEM FERREIRA

Juiz JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER

Juiz DIONIZIO JENCZAK

Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL

Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ

Juiz TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juiz JÂNIO DE SOUZA MACHADO

Juiz JAIME LUIZ VICARI

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz de Direito PAULO HENRIQUE M. MARTINS DA SILVA

Juiz de Direito ROBERTO LUCAS PACHECO

Juíza de Direito SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

Juiz de Direito PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Juiz de Direito LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Des. ROGÉRIO Domingos Farias LEMOS – Coordenador

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DELPIZZO

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA

SÉRGIO GALLIZA

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

DOCTRINA

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO*

Paulo Henrique Horn de Andrade
Adriana Câmara Caldas
Alberto Pizzolatti Remor
Ana Cláudia Salum Scalabrin**

SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Etapas. 3. O processo e suas fases. 3.1 Fase não-contenciosa. 3.1.1 Requisitos do auto de infração. 3.2 Fase contenciosa. 3.2.1 Requisitos da impugnação. 3.3 O duplo grau. 3.4 Tipos de recursos. 3.5 Depósito prévio. 3.6 Recurso hierárquico. 4. Contagem de prazos no processo administrativo fiscal. 5. O conselho de contribuintes. 5.1 O processo administrativo tributário na esfera federal. 5.2 O processo administrativo tributário no Estado de Santa Catarina. 5.2.1 Os recursos no âmbito do Estado de Santa Catarina. 5.3 O processo administrativo tributário municipal. 6. Vantagens do contencioso administrativo. 7. Justiça fiscal. 8. Garantias e princípios constitucionais e processo administrativo fiscal. 8.1 O devido processo legal no processo administrativo fiscal. 8.2 O duplo grau de jurisdição e o processo administrativo fiscal. 8.3 Outros princípios. 8.4 Princípios específicos no processo administrativo tributário. 9. Econo-

* Trabalho executado sob a coordenação do Des. Anselmo Cerello.

** *Alunos do nível I da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Ano 2005.*

mia processual. 9.1 Economia para o contribuinte. 10. As cautelares administrativas fiscais. 10.1 Breves considerações. 10.2 Consulta. 10.2.1 Direito à consulta. 10.2.2 Momento da consulta. 10.2.3 Apresentação da consulta. 10.2.4 O procedimento da consulta no âmbito federal. 10.2.5 O procedimento da consulta no âmbito estadual. 10.2.6 O procedimento da consulta no âmbito municipal. 10.2.7 Consulta e denúncia espontânea. 10.2.8 Direito à informação. 10.3 Denúncia espontânea. 10.3.1 A questão da espontaneidade. 10.4 Pagamento antecipado. Bibliografia.

1. Conceito

Segundo Helly Lopes Meirelles¹, processo administrativo fiscal ou tributário “[...] é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa de crédito fiscal, bem como à fixação de alcance de normas de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou à imposição de penalidades ao contribuinte”.

O processo administrativo fiscal é um instrumento controlador do uso dos poderes administrativos, tendo como função legitimar a atividade administrativa tributária na busca do valor do tributo devido, levando em conta os fatos praticados pelos contribuintes.

É de saber geral que no processo judicial há uma triangularização da relação processual (autor-juiz-réu), porém no processo administrativo existem somente duas partes (administração-administrado). O processo administrativo, que pode ser instaurado mediante provocação do interessado, da própria administração, por determinação judicial ou de outra pessoa pública, estabelece uma relação bilateral *inter partes*, ou seja, de um lado o administrado que deduz uma pretensão, e, de outro, a administração que, quando decide, não age como terceiro estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei.

1 MEIRELLES, Helly Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 628.

O objetivo do processo administrativo é garantir que o administrado seja ouvido antes de o ato administrativo ser exarado, protegendo, assim, o administrado antes do direito lesado, além de conferir transparência à atividade administrativa.

Assim sendo, conclui-se que o processo administrativo fiscal constitui-se no instrumento pelo qual é apurada a procedência, ou não, do lançamento (ato administrativo), podendo confirmar ou declarar inexistente o crédito tributário, reduzindo-se, assim, a presença da Fazenda Pública em ações judiciais.

A legislação regulamentadora do processo administrativo é o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, com nova redação dada pela Lei n. 9.784, de janeiro de 1999.

2. Etapas

O processo administrativo fiscal é composto das seguintes etapas:

Preparo: corresponde à fase inicial do processo, incluindo o recebimento do auto de infração, da defesa, controle dos prazos, encaminhamento do processo para informação do autuante, quando cabível, intimações diversas aos contribuintes, encaminhamento do processo para inscrição em dívida ativa etc.;

Instrução: corresponde à análise dos autos e verificação da inexistência de fatores que impeçam seu julgamento;

Saneamento: são atos que têm como objeto o esclarecimento de fato obscuro ou erro formal sanável, constante dos autos;

Julgamento e recursos.

A rigor, todas essas etapas desenvolvem-se no âmbito das repartições fiscais, por intermédio de seus funcionários. Entretanto, algumas gestões podem ser feitas de forma a influir no resultado do julgamento, tais como:

Apresentação de memoriais: nas defesas de grande complexidade, podem ser preparados memoriais a serem distribuídos ao relator e demais julgadores, na fase de instrução do processo, servindo apenas como elemento ilustrativo para o julgador;

Nomeação de assistente técnico nas diligências saneadoras (saneamento): algumas legislações permitem a nomeação de assistentes técnicos para acompanhar os fiscais que presidem as diligências fiscais. Em muitas oportunidades, os assistentes conseguem convencer os diligentes da correção dos elementos apresentados na defesa;

Manifestação acerca do resultado das diligências saneadoras: certas legislações determinam a cientificação ao contribuinte do resultado das diligências saneadoras, com possibilidade de manifestação relativa ao resultado dos trabalhos.

3. O processo e suas fases

Entendem-se como duas as fases do processo administrativo fiscal, a fase unilateral ou não contenciosa, que é anterior à notificação do lançamento, e a fase bilateral ou contenciosa que se inicia pela impugnação do contribuinte ao lançamento efetuado. Dessa forma, temos:

- a. fase unilateral ou não contenciosa;
- b. fase bilateral, contenciosa ou litigiosa.

3.1. Fase não-contenciosa

É feita a fiscalização propriamente dita, com levantamento e análise de documentos, apreensão de mercadorias e livros, enfim, tudo o que for necessário para que a Fazenda Pública possa efetuar o lançamento do tributo e, se necessário, aplicar sanção.

Por não ser contenciosa, isto não quer dizer que o contribuinte não será ouvido. Ele deverá ser sempre ouvido em respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, *o que realmente não há nesta fase é litígio.*

O procedimento tem início com o “Termo de Início de Fiscalização”, finalizando-se com o “Termo de Encerramento de Fiscalização”, passando pelas fases: propulsora ou de iniciativa, instrutória, dispositiva e de comunicação.

A propulsória ou de iniciativa nasce com a comunicação formal ao contribuinte fiscalizado, podendo ser iniciada também *ex officio* se de iniciativa da Fazenda Pública, ou, ainda, por iniciativa do próprio contribuinte, quando este deseja beneficiar-se de incentivos fiscais.

O contribuinte terá oportunidade de ser ouvido pelos agentes administrativos durante a fase instrutória, quando poderá requisitar provas que o beneficiem e o ajudem a chegar à verdade real, É nesse momento que a Administração Tributária deverá recolher a maior gama de documentos que propiciem a instrução da decisão de realizar ou não o lançamento.

Na fase dispositiva, o agente, de posse das provas colhidas, decidirá sobre a efetivação ou não do lançamento, sendo que tal decisão deverá ter por base as provas produzidas.

Finalmente, na de comunicação é encerrado o procedimento de fiscalização, com a entrega do lançamento tributário ao fiscalizado e, se for o caso, do auto de infração e imposição de multa.

3.1.1. Requisitos do auto de infração

- a. Identificação do autuado;
- b. local, data e hora da lavratura;
- c. descrição do fato que constitui a infração;
- d. dispositivo legal infringido;
- e. valor do crédito tributário exigido e intimação para o respectivo pagamento ou oferecimento de impugnação, bem como o prazo legalmente estabelecido para tal fim;
- f. assinatura do autuante e sua identificação profissional.

3.2. Fase contenciosa

A fase contenciosa do processo administrativo tributário inicia-se com a impugnação do contribuinte ao lançamento efetuado pela Fazenda Pública. Uma vez recebida a notificação, o contribuinte tem um prazo decadencial, em regra, de trinta dias a

contar da data do recebimento para impugnar o lançamento e a multa, se for o caso, sendo que o ato de impugnar suspende a exigibilidade do Crédito Tributário até a decisão final do processo administrativo (art. 151, III, CTN).

3.2.1. *Requisitos da impugnação*

Sendo a impugnação, reclamação ou defesa, uma petição dirigida à autoridade administrativa lançadora, discordando do lançamento, deverá obedecer aos seguintes requisitos:

- a. indicação da autoridade julgadora para quem é dirigida;
- b. qualificação do impugnante;
- c. motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos discordantes;
- d. razões e provas;
- e. diligências que o impugnante pretende que sejam realizadas; exposição dos motivos que as justifiquem; formulação de quesitos referentes aos exames desejados, e, em caso de perícia, nome, endereço e qualificação do perito.

O impugnante é quem delimita o objeto do processo, traçando-lhe as diretrizes segundo suas alegações.

Após a apresentação da impugnação, virá a instrução do processo com a produção das provas solicitadas pelo contribuinte, devendo a autoridade julgadora determinar data para realização das diligências e perícias, indicando o perito da Fazenda Pública.

Cabe salientar que no processo administrativo tributário, à semelhança do processo civil, o ônus da prova é de quem alega, devendo este provar os fatos constitutivos de seu direito. Haverá inversão do ônus da prova quando existir forte indício de existência do fato gerador. No processo administrativo fiscal, cabem especialmente provas documentais e periciais, e, na apreciação destas, prevalece o princípio do livre convencimento do julgador.

Após a produção das provas, passa-se ao julgamento em primeira instância por um julgador monocrático que proferirá de-

cisão fundamentada nas provas constituídas durante o processo, motivadas nos fundamentos fáticos e jurídicos deste, devendo tal decisão ser devidamente publicada, e ser dado efetivo conhecimento ao impugnante.

Para proferir a decisão, a autoridade julgadora deverá apreciar as questões preliminares e os argumentos relacionados ao mérito, motivada pelas peças do processo, produzindo um relatório com os argumentos da impugnação e da defesa, os fundamentos ou razões (motivação) e a conclusão. Da decisão é dado conhecimento ao interessado e extraído resumo para publicação.

Não aceitando a decisão, o contribuinte poderá recorrer à segunda instância de julgamento, ou ao Conselho de Contribuintes, que é um órgão colegiado formado paritariamente por representantes do Fisco e dos contribuintes.

3.3. O duplo grau

No processo administrativo tributário, o duplo grau de jurisdição existe a fim de dar garantias ao contribuinte de uma decisão com eficácia e amparo na legislação vigente, afastando-se, assim, qualquer possibilidade de tomada de decisões arbitrárias por parte da Administração, protegendo os direitos constitucionais do contribuinte.

3.4. Tipos de recursos

Existem dois tipos de recursos, recurso *ex officio* e recurso voluntário.

I. Recurso *ex officio*: É recurso obrigatório quando a decisão em primeiro grau for desfavorável à Fazenda Pública, funcionando nos moldes do reexame necessário do Processo Civil. O recurso de ofício é interposto pelo julgador quando a decisão é favorável, parcial ou totalmente, ao impugnante, o que provoca o pronunciamento de segunda instância administrativa. Esse recurso é interposto no próprio ato da decisão e tem caráter de devolução de competência, uma vez que não é definitivo enquanto não confirmado pela instância superior;

II. Recurso voluntário: É o recurso interposto pelo contribuinte quando sucumbente, no todo ou em parte, na decisão de primeiro grau, que é faculdade do contribuinte.

O prazo para interpor recurso é, em regra, de trinta dias contado da ciência da decisão, prazo este decadencial. A matéria a ser examinada poderá ser de ordem material ou processual. Os recursos possuem requisitos formais, como conter as razões para o reexame e seus fundamentos com as conclusões necessárias. O reexame em instância administrativa pode apreciar provas oferecidas anteriormente, e tem-se aceitado novas provas produzidas pelo recorrente.

Os recursos devem ser recebidos com duplo efeito: suspensivo e devolutivo; assim a eficácia da decisão ficará suspensa até o pronunciamento de segundo grau com a devolução da análise da instância superior.

Além do recurso ordinário, existem na legislação também alguns recursos especiais, como o pedido de reconsideração, dirigido à mesma autoridade julgadora, e o recurso hierárquico, com destino à autoridade de grau mais elevado.

A decisão administrativa favorável ao contribuinte o desonera dos gravames, já em caso de decisão favorável ao Fisco ocorrerá a sua inscrição em dívida ativa e o início da execução fiscal.

Não havendo mais possibilidade de recurso, encerra-se o processo administrativo fiscal, fazendo coisa julgada administrativa; se a decisão final for contrária à Fazenda Pública, esta não poderá socorrer-se do Judiciário, somente podendo utilizar-se deste o contribuinte.

3.5. Depósito prévio

Trata-se de imposição do recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes de uma condição de admissibilidade consistente na prestação de garantias estabelecidas no art. 33, § 2º, do Decreto n. 70.235/72, com a redação dada pela Lei n. 10.522/02, *in verbis*:

“Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física”.

O objetivo prático da medida está, segundo o próprio parecer, em que:

“A exigência de depósito total ou parcial do valor reclamado do contribuinte como condição para admissão de recurso contra decisão de primeira instância administrativa possibilitaria, de um lado, a agilização na realização dos valores em disputa, por inibir as irresignações meramente protelatórias, e, de outro lado, fixaria considerável segurança aos ingressos desses recursos nos cofres públicos, nos casos de manutenção da exigência fiscal [...]. Em suma, a medida afasta manobras protelatórias em favor do ingresso de recursos nos cofres públicos. Tudo em consonância com a realização da justiça social preconizada na Constituição Federal, dada às destinações de interesse público dos valores a serem arrecadados”.

Um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro é o do direito à ampla defesa, sendo que esse princípio é de especial importância em matéria tributária, porque o poder de tributar envolve o poder de destruir, na frase célebre de Marshall, e o contribuinte precisa se defender contra a ganância do Estado e do Fisco, que frequentemente exigem o pagamento de tributos indevidos, ou mesmo fundados em leis inconstitucionais.

Tem sido tradição no direito brasileiro a proibição da garantia de instância, ou seja, a proibição da exigência do pagamento, pelo contribuinte, do valor discutido, como condição para que possa ser interposto o recurso. Não se admite, na doutrina, a idéia de que o contribuinte possa ser obrigado a pagar primeiro, para depois discutir o tributo e receber a devolução do valor pago.

Apesar de tudo isso, apesar de que, em decorrência do princípio constitucional da ampla defesa, a jurisprudência e a doutrina

na sempre tenham procurado afastar a idéia da obrigatoriedade do depósito prévio como condição para a interposição do recurso administrativo dirigido ao Conselho de Contribuintes, é evidente que essa imposição é inconstitucional, porque, se a Constituição Federal assegurou o contraditório e a ampla defesa também em processos administrativos, qualquer norma inferior que condicione ao prévio depósito dos valores impugnados a possibilidade de recurso às instâncias decisórias estará vulnerando frontalmente esse princípio básico de nosso ordenamento constitucional.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu nova ordem constitucional e criou garantias ao administrado, em face da administração pública, inexistentes no ordenamento jurídico anterior. Exemplo notório disso é o que dispõe o inciso LV do art. 5º, *verbis*:

“LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse dispositivo recepcionou o artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional, segundo o qual a interposição de recursos e reclamações administrativas constituem causas suspensivas para a exigibilidade do crédito tributário. A Lei Complementar, interpretada agora à luz da Constituição, consagra o princípio da ampla defesa e assegura no processo administrativo a possibilidade de reapreciação em segundo grau de qualquer decisão, e o faz independentemente de depósito, estabelecendo para o recorrente o direito ao efeito suspensivo, caracterizado pela paralisação de todos os atos direcionados à execução forçada. Logo, o legislador ordinário, hierarquicamente inferior, não pode condicioná-lo a nenhum obstáculo ilógico, uma vez que tal conduta representa uma verdadeira contradição, impondo ao contribuinte o ônus de depositar percentual do crédito que pende de apreciação para suspender-lhe a exigibilidade. Mesmo a título de depósito, significa exigir antes parcela do crédito para sustar depois a exigibilidade do todo, incluindo a parte já exigida. Entendemos que não faz sentido. O processo administrativo tributário deve seguir em harmonia com o ordenamento jurídico. É o entendimento da doutrina pátria, senão vejamos:

“O recurso é um dos meios escolhidos pela Constituição para realizar a garantia fundamental da ampla defesa assegurada no art. 5º, LV, e, por isso, não pode sofrer nenhuma limitação pela legislação infraconstitucional. Assim é de se ter como inconstitucional a exigência do depósito prévio em dinheiro, como condição de exercer uma garantia considerada fundamental pela Constituição, como é o recurso administrativo. *Mesmo que assim não se entenda, a exigência do depósito é ineficaz, ante o que dispõe o inciso III, do art. 151, do CTN. Esse dispositivo confere às reclamações (defesa em primeiro grau) e aos recursos (reapreciação em segundo grau) a virtude de suspender a exigibilidade do crédito tributário, de modo que, inexistindo qualquer desses meios de defesa, não poderá ser praticado nenhum ato visando à cobrança daquele crédito, enquanto não vier a decisão final e irreformável. Se o recurso suspende a exigibilidade do crédito tributário, por que assim determina a norma geral da União, não pode a lei ordinária vir a exigi-lo, mesmo que parcialmente e sob a designação de depósito*”² (grifo nosso).

Assim também é o entendimento do eminente Professor Hugo de Britto Machado:

“Com a interposição de recursos ou reclamações, suspende-se a exigibilidade do crédito tributário, a norma que exige o depósito como condição para o conhecimento de reclamações ou recursos, além de ser inconstitucional, porque restringe indevidamente o exercício do direito de defesa, contraria frontalmente o Código Tributário Nacional”.³

3.6. Recurso hierárquico

Criado pelo Decreto n. 83.304/79, a Câmara Superior de Recursos Fiscais é órgão colegiado subordinado ao Ministro de Estado, tendo por objetivo julgar recursos especiais interpostos contra:

-
- 2 FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Código Nacional Comentado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 591 e 592.
 - 3 MACHADO, Hugo de Britto. *Curso de Direito Tributário*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 125.

- a. decisão não unânime de Câmara de Conselho de Contribuintes, quando esta for contrária à lei ou contra evidência de prova;
- b. decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara Superior de Recursos Fiscais.

4. Contagem de prazos no processo administrativo fiscal

Os prazos, no processo administrativo fiscal, seguem a regra geral, a qual tem seu preceito no art. 210 do Código Tributário Nacional, sendo que o artigo 5º do Decreto n. 70.235/72 está em conformidade com o CTN, assim sendo, contam-se os dias corridos, com exclusão do dia do início e inclusão do dia do término, observando-se que só são válidos para começo e final da contagem dos prazos os dias úteis com expediente normal para a Administração.

Observa-se que só será possível iniciar-se a contagem dos prazos após ser oportunizado ao contribuinte o conhecimento total do ato exarado.

5. O conselho de contribuintes

O Conselho de Contribuintes foi criado com a finalidade de funcionar como auxiliar da administração, ligado ao Ministério da Fazenda, tendo o nosso País aderido ao sistema de jurisdição una. Só quem tem o poder de dizer o Direito é o Poder Judiciário, o máximo que o Conselho de Contribuintes pode fazer é dizer o Direito para a própria Administração, pois ao administrado sempre restará a via do Judiciário.

Os Conselhos de Contribuintes são órgãos do Poder Executivo, com competência jurisdicional específica para assuntos indicados em lei, a serem decididos nos recursos próprios. Não integram o Poder Judiciário, nem proferem decisões conclusivas para a Justiça Comum (CF, art. 5º, XXXV), atuam e decidem no

âmbito restrito da Administração, vinculando-a aos seus julgamentos, comumente sujeitos à revisão do Ministro de Estado, que, em tais casos, representa a última instância administrativa.

5.1. O processo administrativo tributário na esfera federal

A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo seus preceitos aplicáveis subsidiariamente aos processos administrativos específicos.

Em primeira instância, o julgamento será monocrático, sendo competentes para julgar os Delegados da Receita Federal, titulares de delegacias especializadas nas atividades concernentes a julgamento de processos, quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, os quais decidirão a lide; ou, ainda, as autoridades mencionadas na legislação de cada um dos demais tributos, ou, na falta desta indicação, aos chefes de projeção regional ou local da entidade que administra o tributo, conforme for por ela estabelecido.

Em segunda instância, o julgamento se dará por um órgão colegiado de formação paritária entre os juízes, sendo metade destes representantes da Administração Fiscal e a outra metade de representantes dos contribuintes. Este órgão é o Conselho de Contribuintes e a ele compete apreciar os recursos advindos da primeira instância, tanto o voluntário, como o *ex officio*.

O Conselho de Contribuintes, com o escopo de melhor apreciar as matérias que lhe são submetidas, possui a seguinte divisão interna:

1º Conselho — Competência para apreciar e julgar recursos sobre Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza; Imposto sobre Lucro Líquido (ISLL); Contribuição sobre Lucro Líquido; Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS); para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep); para o Fundo de Investimento Social (Finsocial); para o financiamento da Seguridade Social (Cofins).

2º Conselho — Competência para apreciar e julgar recursos que versem sobre produtos industrializados.

3º Conselho — Competência para apreciar e julgar recursos sobre tributos estaduais e municipais que competem à União nos Territórios e demais tributos federais, salvo os incluídos na competência julgadora de outro órgão da administração federal.

4º Conselho — Competência para apreciar e julgar recursos referentes aos Impostos sobre Importação, Imposto sobre Exportação e demais tributos aduaneiros e infrações cambiais relacionadas com importação ou exportação.

Competência essa definida pelo Decreto n. 70.235/72, artigo 25, § 1º, incisos I, II, III, IV.

Na esfera federal, além do Conselho de Contribuintes, existe a Câmara Superior de Recursos Fiscais, que foi instituída pelo Decreto n. 80.304/79, e tem competência para apreciar os recursos especiais provenientes das decisões dos Conselhos de Contribuintes como já foi exposto no item 3.5 deste trabalho. A competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, basicamente, consiste no julgamento de equidade de decisões entre Conselhos de Contribuintes, e entre estes e os julgamentos da Câmara Superior, além de poder rever as ilegalidades ou decisões contrárias às provas dos autos quando argüidas pelo Procurador da Fazenda.

Ainda na seara federal, temos o Pedido de Reconsideração, que não se trata de um recurso próprio, mas, sim impróprio, uma vez que é dirigido à mesma autoridade julgadora que proferiu a decisão, cabendo este em caso de decisão que der provimento a recurso de ofício e em caso de decisão que negar provimento, total ou parcialmente, a recurso voluntário, conforme o parágrafo 3º do artigo 37 do Decreto n. 70.235/72.

5.2. O processo administrativo tributário no Estado de Santa Catarina

Na esfera estadual, especificamente na Unidade Federativa de Santa Catarina, o contencioso administrativo tributário está disciplinado pela Lei n. 3.938/66, alterada pela Lei n. 11.847/01.

O processo administrativo tributário, no âmbito estadual, tem seu início com a impugnação do lançamento pelo sujeito passivo,

com efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, sendo o prazo para a impugnação de trinta dias, contados da data da ciência da notificação. A impugnação deverá ser protocolada em uma gerência da Fazenda Pública Estadual ou na própria sede fazendária.

A Gerência Regional da Secretaria da Fazenda fará autuação do processo e designará servidor para saneá-lo e para julgá-lo.

Desse modo, em primeira instância, compete à unidade de julgamento singular apreciar e julgar processos administrativos a ela submetidos, sendo composta por quatro julgadores de processos fiscais, nomeados pelo Secretário Estadual da Fazenda, escolhidos entre os servidores de carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual, sendo que o número de julgadores poderá ser ampliado de acordo com o número de processos.

Em segunda instância, o órgão competente para decidir os recursos será o Conselho Estadual de Contribuintes, composto de forma paritária, sendo dividido em duas Câmaras.

As duas Câmaras de Julgamento são compostas por seis conselheiros e seus presidentes, os quais serão nomeados pelo Governador do Estado, sendo condição *sine qua non* que sejam pessoas eqüidistantes da Fazenda e dos Contribuintes. Devido-se ressaltar que o da 1ª Câmara será o Presidente do Conselho.

Os demais Conselheiros também serão nomeados pelo Governador do Estado, possuindo mandato de dois anos, com possibilidade de recondução.

Para uma melhor simetria de julgamento, existe obrigatoriedade de representação paritária no Conselho Estadual de Contribuintes, assim sendo, cada Câmara será composta por três Conselheiros indicados em lista tríplex pela Federação das Indústrias, Federação do Comércio, Federação da Agricultura, Federação das Micro e Pequenas Empresas, Federação dos Contabilistas, Federação dos Transportadores de Carga, os quais não poderão ser servidores públicos; e três Conselheiros indicados pelo Secretário Estadual da Fazenda, os quais deverão fazer

parte do quadro de carreira de Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Existe, ainda, na estrutura o cargo de Secretário do Conselho, que será nomeado pelo Presidente do Conselho e escolhido entre os servidores efetivos lotados em repartição subordinada à Secretaria Estadual da Fazenda, com a atribuição de secretariar as sessões das Câmaras.

O encarregado de defender os interesses da Fazenda em processo administrativo é o Procurador do Estado, designado pelo Procurador-Geral do Estado, tendo como atribuições fazer uso da palavra em julgamentos, interpor recursos das decisões das Câmaras, representar ao Procurador-Geral do Estado e ao Secretário Estadual da Fazenda sobre quaisquer irregularidades verificadas nos processos em detrimento da Fazenda Pública ou dos contribuintes.

5.2.1. Os recursos no âmbito do Estado de Santa Catarina

a. Recurso ordinário — Deverá ser interposto no prazo de quinze dias a contar da intimação da decisão, e poderá ser voluntário ou *ex officio* quando a Fazenda for sucumbente em mil unidades fiscais de referência (UFIR). Existe a possibilidade de juntar novos documentos ao recurso voluntário até a publicação da pauta de julgamentos, assim como os Conselheiros poderão requisitar diligências.

O recurso ordinário possui efeito suspensivo da decisão de primeiro grau, possuindo legitimidade para interpor recurso voluntário o contribuinte, quando sucumbente.

b. Recurso especial — É cabível quando a decisão do Conselho Estadual de Contribuintes divergir da decisão de outra Câmara quanto à interpretação da legislação tributária ou de decisão das Câmaras Reunidas, bem como quando a decisão colegiada for desempatada pelo voto do Presidente da Câmara.

Possui efeito suspensivo, prazo de quinze dias, possui legitimidade o sucumbente, e a análise do juízo de admissibilidade é feita pelo Presidente do Conselho. A competência para apreciar

o recurso especial é das Câmaras Reunidas, sob a presidência do Secretário Estadual da Fazenda, com composição mínima de dez Conselheiros, sempre respeitando a paridade.

c. Pedido de esclarecimentos — Deve ser encaminhado ao Conselheiro relator do acórdão, no prazo de cinco dias, quando a decisão for omissa, contraditória ou obscura, quando deixar de analisar matéria de fato e de direito alegada. O Pedido de Esclarecimentos suspende o prazo para interposição de Recurso Especial.

d. Revisão — Deve ser interposto no prazo de doze meses contados da ciência do sujeito passivo da decisão. Com o advento da Lei n. 12.913/04, tanto o contribuinte, como a Procuradoria-Geral do Estado ou a Diretoria de Administração Tributária possuem legitimidade para interpor este recurso. As hipóteses de interposição são: decisão do Conselho Estadual de Contribuintes que viole disposição literal de lei; que for contrária à prova dos autos; que contrariar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; que se basear em prova cuja falsidade seja demonstrada no procedimento de revisão; quando for apresentado documento novo, cuja existência era ignorada na ocasião do julgamento e que, por si só, possa modificá-lo; que seja fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos dos autos. Este recurso possui efeito devolutivo, possuindo competência para efetuar o juízo de admissibilidade o Secretário Estadual da Fazenda; a competência para julgar é de Câmara Especial, formada pelo Presidente do Conselho, pelo Presidente da Segunda Câmara de Julgamento e pelo Conselheiro mais antigo entre os indicados pelo Secretário da Fazenda.

5.3. O processo administrativo tributário municipal

De acordo com Dejalma⁴ de Campos, as normas gerais do processo administrativo fiscal dos municípios estão inseridas em suas respectivas leis orgânicas:

4 CAMPOS, Dejalma de. *Prática Processual Tributária. Módulo de Estudo Programado II. Cultura Jurídica/Cursos e Seminários*, p. 154.

a) nenhum contribuinte está obrigado a pagar qualquer tributo lançado pelo Poder Executivo Municipal, sem que haja notificação prévia. O contribuinte que receber o aviso de lançamento em seu domicílio fiscal será considerado notificado; contribuinte com domicílio fora do município considerar-se-á notificado com remessa de aviso via postal registrada;

b) a lei municipal deverá prever recurso contra o lançamento, assegurado prazo mínimo de quinze dias a contar da notificação para sua interposição;

c) se a arrecadação justificar, o município poderá criar órgão colegiado misto, composto por servidores designados pela Prefeitura e por contribuintes indicados por entidades de classe, com competência para decidir as reclamações fiscais em grau de recurso;

d) no município que não houver o órgão colegiado paritário, os recursos serão decididos pelo Prefeito, ouvido o encarregado do setor de finanças.

O procedimento contencioso municipal tem início pelo “Auto de Infração e Imposição de Multa”, sendo equiparável aos das esferas federal e estadual, podendo ocorrer, também, o termo de início de fiscalização ou qualquer ato escrito, lavrado por agente fiscal da Prefeitura.

6. Vantagens do contencioso administrativo

A primeira vantagem que se vislumbra no processo administrativo tributário, em confronto com o processo judicial é a gratuidade daquele, ou seja, o processo administrativo independe do pagamento de custas ou emolumentos (Lei n. 9.784/99, art. 2º, IX).

Outra vantagem é que o processo administrativo tributário possui o efeito suspensivo, assim sendo, enquanto não houver decisão definitiva, o crédito tributário não estará completamente formado e não poderá ser exigido (art. 151, III, CTN).

A celeridade também pode ser apontada como vantagem diante do Processo Judiciário.

Para Odete Medauar⁵, o processo administrativo permite um filtro nas controvérsias e reduz o número de ações perante o Judiciário, já sobrecarregado, ao mesmo tempo em que distribui “justiça fiscal na esfera administrativa, atendendo, neste âmbito, a um dos objetivos da administração, que é justiça, visto não ser esta exclusividade do Poder Judiciário”.

Em contrapartida, a maior vantagem para o Estado, além de poder rever os próprios atos e corrigi-los, é evitar o desperdício de dinheiro público, uma vez que no processo administrativo tributário não existe pagamento de honorários de sucumbência, que, em se tratando de matéria tributária, geralmente os valores discutidos são altos, acarretando ao Estado um ônus excessivo com pagamento de honorários.

Assim sendo, a Administração Fiscal, de forma administrativa, corrige seus próprios erros, evitando gasto desnecessário do erário e, em compensação, o contribuinte beneficia-se com um julgamento oriundo de conhecedores da matéria específica, de forma célere, com todas as garantias constitucionais, sendo um recurso disponível a este de forma gratuita.

7. Justiça fiscal

O fim precípua do processo administrativo tributário é a distribuição de justiça administrativa e a manutenção da paz jurídica entre Administração Tributária e Contribuinte.

Segundo Valdir de Oliveira Rocha⁶,

“o Processo Administrativo não é legitimador de qualquer ato da Administração, mas, antes, o Processo Administrativo visa a conferir a justiça positivada — com o que, não atende a pretensão interesse da Administração, nem do administrado, e sim, o interesse público, que é o do Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais, a segurança, o bem-

5 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2ª ed. ver., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182.

6 ROCHA, Valdir de Oliveira. *Processo Administrativo Fiscal*, 4º vol. São Paulo: Dialética.

estar, o desenvolvimento, a justiça, etc. como valores supremos da sociedade brasileira (tudo conforme o Preâmbulo da Constituição)”.
Justiça Fiscal pode ser sintetizada no pagamento daquilo que realmente é devido, assim sendo, para que se opere tal justiça, mais do que a verdade formal dos processos judiciais, torna-se necessário o amplo conhecimento dos fatos, que só se dará com a busca da verdade material.

Justiça Fiscal pode ser sintetizada no pagamento daquilo que realmente é devido, assim sendo, para que se opere tal justiça, mais do que a verdade formal dos processos judiciais, torna-se necessário o amplo conhecimento dos fatos, que só se dará com a busca da verdade material.

O julgador no processo administrativo tributário é um julgador especializado, diferente do Judiciário que, na sua maioria, possui julgador genérico. Os julgadores administrativos trabalham exclusivamente com questões fiscais, possuindo conhecimento contábil e jurídico no que se refere a tributos, sendo a legislação específica de cada tributo matéria de total domínio das autoridades administrativas julgadoras.

8. Garantias e princípios constitucionais e processo administrativo fiscal

8.1. O devido processo legal no processo administrativo fiscal

O Princípio do Devido Processo Legal faz parte de todo o sistema jurídico pátrio, devendo ser observado em qualquer ato realizado pelo Estado. Dessa forma, o processo administrativo fiscal não foge à regra, uma vez que a relação entre Fisco e Contribuinte passa por patrimônio, e este é assegurado constitucionalmente como direito à propriedade, assim sendo para proteger o Contribuinte de se ver expropriado aleatoriamente de seu patrimônio o Devido Processo Legal é observado no processo administrativo.

A sua aplicação ao processo administrativo fiscal é um meio de proteção aos direitos e garantias do contribuinte, que deverão ser observados e levados em consideração no momento em que a Fazenda Pública proferir o ato administrativo.

O doutrinador Paulo de Barros Carvalho⁷ estabelece em sua obra algumas divisões para o Devido Processo Legal:

1º momento:

— o direito a ser ouvido, dividido na ampla publicidade dos atos da Administração, inclusive com direito de vista e a oportunidade de manifestar suas razões nos momentos anteriores à tomada de decisão pela Administração;

— a manifestação expressa da autoridade a quem compete decidir a lide;

— a decisão expressa sobre questionamentos ventilados pelo contribuinte;

— a faculdade de ser representado por um profissional habilitado.

2º momento:

— o direito de requerer e produzir provas, que irá ao encontro das pretensões do Contribuinte;

— o direito a que toda prova razoavelmente proposta seja produzida;

— o direito de que a prova requerida seja produzida em momento anterior à tomada de decisão pela Administração;

— o direito de participar efetivamente da produção da prova.

Segundo Ribas⁸, o princípio do devido Processo Legal é destinado a tutelar direito, ou seja, é o meio pelo qual devem ser reconhecidos, preservados ou cumpridos os direitos substantivos, que no processo administrativo fiscal se confirmam se a participação do interessado se der no mesmo plano de posições jurídicas que a Administração, no que se refere a faculdades, ônus e direitos.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva.

8 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Processo administrativo tributário. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 129.

Não deve ser entendido como aplicável somente ao processo contencioso, mas, sim, como princípio aplicável a todo tipo de procedimento formador do processo. Assim, a busca que a Administração executa para encontrar nos fatos a hipótese de incidência, deverá sempre pautar-se pelo princípio do *due process of law*.

8.2. O duplo grau de jurisdição e o processo administrativo fiscal

O Duplo Grau de Jurisdição existe no processo administrativo fiscal para garantir ao Contribuinte uma decisão eficaz e balizada pela legislação vigente, evitando-se, assim, que a Administração tome decisões arbitrárias que poderiam ferir direitos constitucionais do Contribuinte.

Dessa forma, como nos moldes do processo judicial, também no processo administrativo tributário há a possibilidade de os atos emanados de um órgão inferior serem revistos por um superior, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao processo.

Antônio Felipe Alvarez Gallo⁹ afirma que o Duplo Grau de Jurisdição assegura que em hipótese alguma existirão no processo tributário fiscal decisões únicas e irrecorríveis: “Inexiste, pois, na esfera administrativa, instância única ou decisão única e irrecorrível. Isto aberraria contra o princípio constitucional da Ampla Defesa (recurso no caso) e contra o poder hierárquico, inato a toda organização administrativa”.

8.3. Outros princípios

Além dos princípios acima enumerados, o processo administrativo é regido por outros princípios, alguns genéricos a todos os tipos de processos, outros específicos da Administração Pública, os quais estão dispostos no artigo 2º da Lei n. 9.784/99:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

9 GALLO, Antonio Felipe Alvarez. *Compêndio de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva.

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Percebe-se na redação do dispositivo legal que o legislador explicitou alguns princípios, não excluindo outros, o que leva à conclusão de que o rol apresentado não é exaustivo, e sim exemplificativo, o que vem a conceder ainda mais segurança ao processo administrativo.

O Princípio da Legalidade é o que se pode definir como ditadura da lei, uma vez que a Administração só poderá exercer seus poderes de acordo com prévia lei que os estabeleça. Dessa forma, a Administração está atrelada à lei antes de emanar qualquer ato, excluindo, dessa forma, todo e qualquer tipo de arbítrio.

A Legalidade outorga à Administração a forma de atuar, definindo criteriosamente seus limites e outorgando-lhe poderes jurídicos que possibilitam sua ação. Sem a atribuição prévia, a Administração não pode atuar. Toda ação é um poder atribuído previamente pela lei, que o desenha com limites definidos.

O Princípio da Finalidade, por sua vez, reza que somente a estrita observância da lei não é o bastante, sendo necessário que o administrado atente para o fim desejado pelo legislador, pois além do interesse público, existe uma finalidade específica em cada lei.

A Administração Pública, por força do Princípio da Motivação, deve fundamentar todos os seus atos com a exposição de motivos jurídicos e fáticos; assim, nenhuma providência poderá ser tomada arbitrariamente, todas devem estar calçadas de fundamento.

Algumas vezes a lei deixa uma margem de discricionariedade ao administrador, a fim de que a atividade não seja tão engessada a ponto de ter de ser criada uma lei para cada situação, mas tal margem deve ser preenchida com o Princípio da Razoabilidade, que reza que a decisão deve ser norteadada pela racionalidade.

A Proporcionalidade se vislumbra na adequada via para cada ato elaborado, ou seja, não usar arma desproporcional ao objeto

que se deseja atingir, acarretando um excessivo gasto público. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ diz: “Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejado são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes”.

O Princípio da Moralidade consiste na garantia de que o Administrador não poderá tomar uma decisão visando a ludibriar o administrado, ou seja, deverá sempre agir de acordo com a boa-fé e a lealdade, quando se tratar da coisa pública em confronto com o administrado.

A Segurança Jurídica é essencialmente a certeza que o administrado possui de que as instituições já estabelecidas não mudarão aleatoriamente. Um exemplo dessa segurança jurídica pode-se encontrar no processo administrativo tributário quando este é decidido de forma unânime contra a Fazenda Pública, decisão esta que faz coisa julgada, não podendo haver nenhuma espécie de recurso, nem ao Judiciário.

O Princípio do Interesse Público, ou da supremacia do interesse público, como expõem alguns autores, consubstancia-se na decisão administrativa que deverá sempre observar o que é melhor para o interesse geral, e não para o particular. Helly Lopes Meirelles¹¹ diz: “A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”.

A moderna administração, além de, como vimos, observar a legalidade, a proporcionalidade e a racionalidade do ato, deve ir mais longe, ou seja, deve reger-se por um princípio muito utilizado na coisa privada, principalmente em empresas, que é a Eficiência do Ato, que consiste em despender o mínimo possível para alcançar o máximo de benefício.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 314.

11 MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 630.

8.4. Princípios específicos do processo administrativo tributário

Depois de vermos os princípios gerais da administração e do processo administrativo, deve-se atentar, também, aos princípios específicos do processo administrativo tributário que são: legalidade objetiva, oficialidade, informalidade, verdade material, princípio inquisitivo e revisibilidade.

A Legalidade Objetiva se impõe pela observância da legislação vigente. Dessa forma, na esfera administrativa, o agente só poderá fazer ou deixar de fazer o que estiver descrito e autorizado em lei, do contrário, não poderá agir. Somente assim não existirá caráter pessoal no processo administrativo tributário.

O Princípio da Oficialidade se caracteriza pela impulsão oficial do Processo Administrativo Tributário, ou seja, é competência da administração, não do administrado, movimentar o processo.

Para o bom andamento do processo administrativo tributário, basta somente o Formalismo Mínimo essencial ao cumprimento dos atos processuais e sua validade. Um exemplo do informalismo é a desnecessidade de o contribuinte estar assistido por profissional habilitado.

Um dos princípios mais importantes do processo administrativo fiscal é o Princípio da Verdade Material, que possibilita a qualquer momento a produção de provas, buscando aproximar a realidade posta no processo ao máximo dos fatos ocorridos.

O Princípio Inquisitivo está intimamente ligado ao da verdade material, pois aquele consiste no poder outorgado à autoridade julgadora de investigar por si os fatos relevantes ao processo, podendo ela produzir as provas que acredita pertinentes à elucidação do litígio.

Por último, resta o Princípio da Revisibilidade para ser analisado, este é assim definido por Ribas¹²: “Assim, a revisibilidade é a faculdade que a Administração tem de rever seus próprios atos, para examinar a conformidade deles com a lei objetiva, vi-

12 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário*. 2ª ed., ver., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros.

sando a preservar a legalidade objetiva do lançamento tributário”.

9. Economia processual

A economia processual, no âmbito do processo administrativo fiscal, dá-se pela forma simplificada e célere do processo. Mas poderemos encontrar verdadeira economia processual confrontando o processo administrativo com o judicial.

Ribas adota uma postura mais contumaz e diz o seguinte:

“O exame dessas controvérsias pelo poder jurisdicional deve ser exceção, e não regra, para não sobrecarregá-lo com soluções de questões que podem ter seu desate no âmbito administrativo, uma vez que o excesso de causas é exatamente um dos principais motivos da morosidade da máquina judiciária”.

Se todas as questões entre o Fisco e o contribuinte fossem submetidas ao Judiciário, o acúmulo de processos dificultaria mais ainda as soluções de litígios pela demora, o que resulta na utilização do contencioso administrativo como meio adequado para reduzir o número de causas instauradas perante o Poder Judiciário de modo célere e eficaz, quando esses organismos atuam no processo administrativo tributário como instrumentos auxiliares no aperfeiçoamento do Estado de Direito para controle do poder.

É muito importante considerar que o processo administrativo tributário, sendo utilizado como uma instância a mais de julgamento, contribui para a solução de controvérsias em matéria fiscal, além de auxiliar na evolução de um instrumento de defesa dos interesses dos contribuintes, possuindo postura dinâmica na resolução de lides, além de aproximar a Administração Fiscal dos contribuintes, e entre eles promover a paz social pela justiça fiscal.

A celeridade do processo administrativo também é ponto forte que funciona como economia processual, tanto para o contribuinte, como para a Administração, pois ambos possuem interesse no rápido deslinde do litígio, um objetivando o reconhecimento do crédito e o outro a desobrigação deste.

A especialização dos julgadores no processo administrativo é muito maior que no processo Judiciário, pois seus membros devem ser especializados na área específica. Tanto para os representantes da Fazenda Pública, como para os representantes dos contribuintes é exigido conhecimento jurídico tributário na área específica de atuação, diferente do sistema judiciário, no qual os julgadores são generalistas e atuam em todas as áreas do direito.

Outro grande atrativo do processo administrativo é o efeito suspensivo que ele imprime à exigibilidade do crédito tributário, o que no processo judicial só ocorre mediante à concessão de medida liminar em mandado de segurança, ou tutela antecipada em outras ações judiciais.

9.1. Economia para o contribuinte

A justiça administrativa é gratuita, sem custas e sem sucumbência de honorários, fato este, como já exposto, que não acarreta ônus, salvo as taxas cobradas pela Fazenda Pública relativas aos recursos.

Economia para o contribuinte traduz-se por economia financeira, pois, com a opção do processo administrativo tributário, o contribuinte ver-se-á livre dos ônus de uma demanda judicial (conforme a Lei n. 9.784/99), arcando apenas com as despesas de honorários advocatícios com o profissional que patrocinar sua defesa, o que é uma faculdade do contribuinte, uma vez que a capacidade postulatória não é privilégio dos advogados, como acontece na esfera judiciária, pois qualquer um pode patrocinar a defesa no processo administrativo fiscal.

10. As cautelares administrativas fiscais

10.1. Breves considerações

Na terminologia jurídica, cautela possui significado de precaução. De acordo com De Plácido e Silva¹³, a Ação Cautelar,

13 Vocabulário Jurídico, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 9.

pedida por uma das partes, tem por finalidade acautelar interesses ou evitar que a parte, em face de atos do litigante contrário, possa ser prejudicada em seus direitos.

Dejalma de Campos¹⁴ classifica como procedimentos preventivos administrativos tributários a *consulta* e a *denúncia espontânea*. Durante nossa pesquisa, encontramos mais um procedimento que pode ser classificado como preventivo no âmbito do processo administrativo fiscal, que é o *pagamento antecipado*.

10.2. Consulta

O § 2º do artigo 161 do Código Tributário Nacional prevê a Consulta formulada pelo Contribuinte dentro do prazo legal para o pagamento do crédito, enquanto pendente a resposta, é evitada a cobrança de juros moratórios, a imposição de penalidades ou a aplicação de medidas de garantia.

O processo de Consulta tem como finalidade ensejar ao contribuinte oportunidade para eliminar dúvidas na interpretação da lei tributária. Não havendo dúvidas, não há interesse jurídico para o exercício da Consulta Fiscal.

O Decreto n. 70.235/72 consigna expressamente o processo da Consulta, indicando os requisitos para sua instauração, procedimento, julgamento e recursos, bem como relacionando seus efeitos e os casos de ineficácia.

A Consulta Fiscal, como modalidade do Processo Administrativo, assegura ao consulente o contraditório e a ampla defesa na forma do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

10.2.1. Direito à consulta

O sujeito passivo da obrigação tributária, os órgãos da administração pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais podem formular consultas sobre dúvidas na interpretação ou aplicação da legislação de tributos e contribuições administrativas pela Secretaria da Receita Federal.

14 CAMPOS, Dejalma de. Prática Processual Tributária. Módulo de Estudo Programado II. Cultura Jurídica/Cursos e Seminários, p. 20.

10.2.2. *Momento da consulta*

A Consulta Fiscal pode ser formulada diante da Administração a qualquer tempo; presente dúvida fundada, o interessado poderá formular Consulta Fiscal.

10.2.3. *Apresentação da consulta*

A Consulta deve ser apresentada por escrito, no domicílio do consulente, ao órgão local da entidade incumbida de administrar o tributo sobre o que versa.

É importante salientar que não poderão constar de uma mesma petição questões sobre mais de um tributo ou contribuição.

A Consulta à Administração Tributária pode ter por base fato concreto ou hipotético. Seu objetivo é dar ao consulente esclarecimento quanto à interpretação da legislação tributária, podendo o pleito ser rejeitado de plano (consulta declarada ineficaz) se constatada abusividade ou má-fé.

10.2.4. *O procedimento da consulta no âmbito federal*

No plano dos tributos federais, o Decreto n. 70.235/72 estabelece os requisitos para instauração, procedimento, julgamento e recurso de consulta tributária.

O Código tributário Nacional, em seu artigo 161 e parágrafos, ressalta três dos efeitos da Consulta, declarando que, quando formulada no prazo legal para o recolhimento do tributo, impede:

- a. a cobrança de juros moratórios;
- b. a imposição de penalidades;
- c. a aplicação de medidas de garantia.

A Consulta será formulada por escrito e apresentada no órgão da Receita Federal do domicílio do consulente, não podendo nenhum procedimento fiscal (início do contencioso) ser instaurado contra ele, relativamente à espécie consultada, até o trigésimo dia subsequente à solução dada.

A consulta será inadmissível, devendo ser liminarmente repelida (art. 55 do Decreto n. 70.235/72) sempre que:

- a. tenha sido formulada por quem para ela não tenha titularidade;
- b. não observe as exigências de forma;
- c. quando sobre seu objeto já se tiver instaurado procedimento fiscal;
- d. se, em relação ao consulente, outra consulta com o mesmo objetivo já houver sido solucionada;
- e. quando para o tema da consulta houver solução em ato administrativo publicado;
- f. se o fato, objeto da consulta, constituir crime, contravenção, ou for objeto de definição legal expressa.

Foram estabelecidas as seguintes instâncias para o julgamento do processo de consulta:

- a. primeira instância — Superintendentes Regionais da Receita Federal;
- b. segunda instância — Coordenador do Sistema de Tributação da Receita Federal;
- c. instância única — Coordenador de Tributação da Receita Federal (consultas formuladas relativas aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal), formuladas sobre classificação fiscal de mercadoria pelos órgãos centrais da Administração Pública e por entidades representativas de categorias profissionais de âmbito nacional.

Os recursos podem ser:

- a. voluntários, quando impetrados pelo próprio contribuinte;
- b. *ex officio*, quando impetrados pelo Fisco.

Entretanto, não cabe pedido de reconsideração de decisão final proferida no processo de consulta.

10.2.5. O procedimento da consulta no âmbito estadual

A consulta no âmbito estadual varia de Estado para Estado, com base, entretanto, na legislação federal.

A consulta deverá ser formulada versando sobre interpretação e aplicação da lei tributária, devendo o consulente demonstrar legítimo interesse. A entidade representativa de atividade econômica ou profissional pode formular consulta em seu nome sobre matéria de interesse geral da categoria que representar.

São requisitos necessários à elaboração das consultas que deverão ser formuladas em três vias:

- a. nome e qualificação do consulente;
- b. matéria de fato e de direito objeto de dúvida;
- c. declaração quanto à existência ou não de procedimento fiscal contra o consulente.

A consulta será protocolada na repartição fiscal a que estiver vinculado o consulente e, nas capitais, na Consultoria Tributária, devendo ser respondida:

- a. dentro de prazo de trinta dias, contado da data de seu protocolo, quando este se der diretamente na Consultoria Tributária;
- b. dentro do prazo de quarenta e cinco dias, contado a partir da data de seu protocolo, quando este se der na repartição fiscal.

A suspensão desses prazos dar-se-á até o atendimento dos pedidos de informações e diligências porventura solicitados pela Consultoria Tributária.

São efeitos da consulta:

- a. suspenderá o curso do prazo para pagamento do imposto, em relação à situação sobre a qual for pedida a interpretação da legislação aplicável;
- b. impedirá, até o término do prazo fixado na resposta, o início de qualquer procedimento fiscal destinado à apuração de infrações relacionadas com a matéria consultada.

Não produzirá efeito a consulta formulada:

- a. sobre fato praticado por estabelecimento em relação ao qual tiver sido lavrado auto de infração, termo de apreensão, termo de início de verificação fiscal ou expedida notificação;
- b. sobre matéria que já tiver sido objeto de ato normativo;
- c. sobre matéria que já tiver sido objeto de decisão proferida em processo administrativo já findo, de interesse do consulente;
- d. sobre matéria objeto de consulta anteriormente feita pelo consulente e respondida pela Consultoria Tributária;
- e. em desacordo com as normas relativas à consulta.

São efeitos da resposta:

- a. o consulente deverá adotar o entendimento contido na resposta dentro do prazo que esta fixar, não inferior a 15 dias;
- b. o consulente que não proceder em conformidade com os termos da resposta ficará sujeito à lavratura de auto de infração e às penalidades aplicáveis;
- c. a resposta aproveitará exclusivamente ao consulente, nos exatos termos da matéria de fato descrita na consulta.

Das respostas da Consultoria Tributária não caberá recurso ou pedido de reconsideração.

10.2.6. O procedimento da consulta no âmbito municipal

Ocorre também com base no Decreto n. 70.235/72, mas os municípios não se preocupam em regular ou mesmo adaptar seus dispositivos a ele.

Assim, a consulta deve ser formulada obedecendo fielmente à situação do consulente e, quando necessário, acompanhá-la dos documentos que possam auxiliar o Fisco na sua função de oferecer resposta adequada à consulta.

10.2.7. Consulta e denúncia espontânea

Há semelhança entre Consulta e Denúncia Espontânea; a diferença entre os dois institutos está em que na Denúncia Es-

pontânea o contribuinte sabe que cometeu a infração e vem perante o Fisco para confessar sua falta. A lei, em compensação, exclui a responsabilidade para quem assim procede. O parágrafo único do artigo 138 do CTN, no entanto, prescreve: “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

No caso da Consulta, o contribuinte ainda não cometeu nenhuma infração. Apresenta apenas suas dúvidas a respeito da interpretação a ser dada à norma relacionada com o fato de seu interesse. Como, no entanto, há certa semelhança entre Consulta e Denúncia, a Consulta será ineficaz se apresentada por quem tiver sido intimado a cumprir obrigação relativa ao fato objeto da Consulta; nesse caso, cabe ao contribuinte, se assim o desejar, apresentar impugnação, mas não Consulta.

10.2.8. *Direito à informação*

É direito do contribuinte o esclarecimento acerca da interpretação das leis tributárias e o modo mais eficaz e seguro de cumpri-las. Para isso existe o instituto da Consulta, em que o contribuinte recebe a resposta por escrito.

10.3. Denúncia espontânea

A ocorrência da Denúncia Espontânea tem por base o artigo 138 do Código Tributário Nacional, que tem a seguinte redação:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

“Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionada com a infração”.

Também a Súmula 208 do antigo Tribunal Federal de Recursos, assim descrita: “A simples confissão da dívida, acompanhada do seu pedido de parcelamento, não configura denúncia espontânea”.

Portanto, é possível excluir a responsabilidade por infrações desde que o contribuinte ou o responsável denuncie espontaneamente a infração, pagando o tributo devido atualizado monetariamente, acrescido de juros de mora, ou efetuando depósito da importância que for arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração, isso antes de qualquer procedimento administrativo referente à infração.

10.3.1. *A questão da espontaneidade*

A todo o momento o contribuinte pode corrigir suas falhas de maneira espontânea, porém é importante observar que o início do procedimento administrativo exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação a atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

Antes de qualquer lançamento de ofício, o próprio contribuinte poderá espontaneamente dirigir-se à repartição lançadora e fazer sua Denúncia. Para que tal aconteça, é necessário, repita-se:

- a. que o contribuinte efetue o pagamento do tributo mais os juros devidos;
- b. denuncie a infração a fim de que o Fisco possa constituir o crédito tributário;
- c. não confunda o simples pedido de parcelamento do débito com denúncia espontânea, uma vez que, para que se possa solicitar o parcelamento do débito, é necessário que o crédito tributário já esteja constituído.

Para Aliomar Baleeiro¹⁵:

15 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzin, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 764.

“Liberta-se o contribuinte ou o responsável e, ainda mais, representante de qualquer deles, pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se couber no caso, do pagamento do tributo e juros moratórios, devendo segurar o Fisco com depósito arbitrado pela autoridade se o *quantum* da obrigação fiscal ainda depender de apuração.

“Há nessa hipótese confissão e, ao mesmo tempo, desistência do proveito da infração”.

10.4. Pagamento antecipado

O Pagamento Antecipado é instituto previsto no artigo 156, inciso VII, do Código Tributário Nacional, tratando-se de modalidade de extinção do crédito.

O Pagamento Antecipado depende da homologação tácita ou expressa, a exemplo das hipóteses de ICMS, em que o contribuinte apresenta a GIA (Guia de Informação e Apuração) ao Fisco e paga o valor por ele próprio apurado em um estabelecimento bancário credenciado. Nada sendo reclamado em cinco anos, ocorre a homologação e a extinção do crédito, pois o Fisco tem exatamente o prazo de cinco anos para constituir (via lançamento) o crédito tributário.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11^a ed., atual. por Misabel Abreu Machado Derzin, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 764.
- CABRAL, Antonio da Silva. Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CAMPOS, Dejalma de. Prática Processual Tributária. Módulo de Estudo Programado II. Cultura Jurídica/Cursos e Seminários.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14^a ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva.
- CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 15^a ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- _____, Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense.
- _____, Direito Administrativo Comparado. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- EMERENCIANO, Adelmo da Silva. Procedimentos Fiscalizatórios e a Defesa do Contribuinte. 2ª ed., Campinas: Copola.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução ao Direito Processual Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Código Nacional Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GALLO, Antonio Felipe Alvarez. Compêndio de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva.
- KOCH, Deonísio. Processo Administrativo Tributário. Florianópolis: Momento Atual.
- LIMA, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 6ª ed., São Paulo: RT.
- MACHADO, Hugo de Britto. Curso de Direito Tributário, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. Processo Tributário Administrativo e Judicial. Curitiba: Juruá.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de Direito Tributário. 8ª ed., São Paulo: Saraiva.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 2ª ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros.
- MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª. ed., Rio de Janeiro: Forense.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15ª ed. atual., São Paulo: Saraiva.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Processo Administrativo Tributário. 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros.
- ROCHA, Valdir de Oliveira, Processo Administrativo Fiscal, 4º vol., São Paulo: Dialética.
- SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

O ILÍCITO TRIBUTÁRIO OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*

Anatércia Costa
Glauco Augusto Vieira
Juliana Azevedo Pfau
Larissa Francielle Franceschi **

SUMÁRIO:1. Introdução. 2. O Ilícito Tributário. 2.1. Espécies de Infrações Tributárias. 3. Histórico dos Crimes Fiscais. 4. Crimes contra a Ordem Tributária. 4.1. Considerações gerais acerca da criminalização do ilícito tributário. 4.2. Necessidade do prévio exaurimento da via administrativa. 4.3. A questão da revogação da Lei n. 4.729/65. 4.4. A Lei n. 8.137/90. 5. A extinção da punibilidade.

1. Introdução

O cumprimento das funções do Estado passa, de forma contundente, pela captação de recursos. Diante disso, os tributos equivalem à principal fonte de receita. A evasão tributária observada há muito em nosso País contribui de forma decisiva para o

* Trabalho executado sob a coordenação do Des. Anselmo Cerello.

** *Alunos do nível I da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Ano 2005.*

comprometimento das atividades estatais, que sequer conseguem suprir as necessidades básicas de saúde, educação e segurança.

As medidas de cunho sancionatório da esfera criminal conferem maior eficácia à norma tributária, e de forma reflexa municiam a atividade arrecadadora da administração.

A doutrina diverge acerca da criminalização do ilícito tributário, que, para a maioria, não passam de normas de coação protetoras do crédito tributário.

Hugo de Brito Machado¹, referindo-se a conceituado penalista espanhol, considera que “somente em duas circunstâncias se explica a criminalização do ilícito tributário. Na primeira delas, o sistema tributário é tão bem elaborado, tão justo, com uma carga tributária tão bem distribuída, que não se pode admitir alguém descumprir o seu dever tributário, sendo correto, pois, punir exemplarmente o transgressor desse dever. Na segunda, o sistema tributário é tão complicado e tão injusto que ninguém quer pagar seus tributos, sendo necessário, pois, implantar-se o terrorismo fiscal, único meio de compelir, com a ameaça de prisão, o contribuinte a fazer seus pagamentos”.

Nas próximas páginas, sem a intenção de tratar por inteiro, examinaremos alguns aspectos relacionados aos crimes contra a ordem tributária, com destaque aos praticados por particulares, definindo-os, e situando a legislação aplicável em conjunto com as concepções doutrinárias.

2. O ilícito tributário

Para Kiyoshi Harada (2004, p. 553), “Infração fiscal é sinônimo de ilícito tributário, que significa ato contrário à lei relacionado com a obrigação tributária principal e acessória. É espécie do gênero infração, que outra coisa não é senão a violação de uma norma jurídica, o descumprimento de um preceito legal”.

1 MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária — aspectos práticos e aplicação da lei. Informativo IBCCrim, São Paulo, n. 83. Disponível em: <http://ibccrim.org.br>. Acesso em 12 jun. 2005.

Assim, o comportamento violador do dever jurídico estabelecido na lei tributária pode revestir as características de meras infrações ou ilícitos tributários, bem como de crimes fiscais, dessa maneira definidos em preceitos da lei penal. Entre tais entidades existe uma distinção formal e, atrás disso, uma grande diferença de regime jurídico, posto que os crimes fiscais estão subordinados aos princípios, institutos e formas de Direito Penal, ao passo que as infrações contidas em leis tributárias, de caráter não criminal, sujeitam-se aos princípios gerais do Direito Administrativo.

Portanto, determinadas infrações estão previstas exclusivamente nas leis de natureza administrativa fiscal, sendo apreciadas pelos órgãos administrativos fiscais. Temos por exemplo um contribuinte do ISS que classifica determinado serviço, de forma errônea, aplicando uma alíquota menor. Sendo constatado este fato pelo agente fiscal, é lavrado o auto de infração, em que é exigido o pagamento da diferença do imposto com a imposição de multa, que representa mera sanção de natureza administrativa fiscal.

Entretanto, há infrações que, além de figurarem ilícito tributário, incidem nas normas de natureza penal, provocando a atuação do órgão administrativo e judiciário ao mesmo tempo. É o caso de um contribuinte do imposto sobre a renda — um profissional liberal — que falsifica recibos de terceira pessoa, fornecendo-os a seus clientes a fim de obter a diminuição do imposto devido. Nessa hipótese, temos uma conduta que constitui, ao mesmo tempo, uma infração fiscal e crime, desencadeando a instauração de processo administrativo fiscal para a exigência da diferença do imposto com a respectiva multa, e a instauração da ação penal para a apuração de crime previsto no art. 298 do CP.

Por fim, existem infrações que, devido a sua gravidade, constituem crimes tributários, os quais são apurados exclusivamente pelo Poder Judiciário. Por exemplo, um agente fiscal, sabendo que determinado imposto é indevido, exige seu pagamento, incorrendo em crime de excesso de exação fiscal definido no CP, art. 316, § 1º, com a redação dada pela Lei n. 8.137/90.

Nesse sentido há distinção doutrinária entre Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário. A primeira diz respeito a violações configuradas e sancionadas pelo próprio Direito Tributário. Refere-se a infrações à legislação tributária, que compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares, as quais ensejam sanções de natureza administrativa. Os crimes tributários são objetos do Direito Penal Tributário, pois requerem uma disciplina mais rigorosa, exigindo a expedição da lei configuradora do delito e da definição da respectiva pena.

Não obstante a tendência da doutrina em tratar de forma diferenciada as infrações fiscais e os crimes tributários, Harada² cita a lição de Ives Gandra da Silva Martins, que abona a teoria da inexistência de um Direito Tributário Penal e um Direito Penal Tributário. Segundo o renomado autor, “as sanções aos delitos e às infrações tributárias têm a mesma finalidade, qual seja, a de forçar o pagamento do crédito tributário”.

Em sentido contrário, José Frederico Marques³ afirma que “a infração apenas tributária constitui objeto do Direito Tributário Penal, enquanto que o ilícito tributário tipificado como fato punível vem a ser objeto do Direito Penal Tributário. Exemplo da diferença entre as esferas da ilicitude está no fato de que a responsabilização do agente pelo fato em Direito Tributário se faz segundo o sistema objetivo (independente de culpa em sentido amplo), enquanto a responsabilidade penal é imputada conforme as regras da culpabilidade subjetiva”.

Segundo Edmar Oliveira Andrade Filho⁴, “qualquer sistematização que vise a identificar a existência de ramos estanques do Direito, como Direito Tributário Penal e Direito Penal Tributário, deve ser entendida sempre como recurso meramente didático”.

2 *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 554-569.

3 *Direito Penal Tributário*. São Paulo: IBDT, 1975, p. 14.

4 *Direito Penal Tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 15-27.

2.1 Espécies de infrações tributárias

Estas condutas podem ser examinadas à luz de variadas classificações. Entre elas, das mais usadas por seu sentido prático, está a divisão que cogita das infrações à obrigação tributária e daquelas que violam simples deveres instrumentais ou formais. Como exemplo da primeira, temos um comerciante que deve pagar o ICMS por haver realizado o fato jurídico daquele tributo. Nos prazos estabelecidos na legislação estadual, deixa de promover o regular recolhimento da importância correspondente. Tal comportamento se caracteriza como infração à obrigação tributária do ICMS. Agora, se uma pessoa física, contribuinte de IR, não oferece, em tempo oportuno, a sua declaração de rendimentos e de bens, fazendo-o após o termo final do prazo estabelecido. Descumpriu, por isso, dever instrumental ou formal do IR (pessoa física).

Também, podem ser classificadas consoante haja ou não referência à participação subjetiva do agente, na descrição hipotética da norma. Teremos assim as infrações subjetivas e objetivas. As subjetivas ocorrem quando há configuração de que exige a lei que o autor do ilícito tenha operado com dolo ou culpa (esta em qualquer de seus graus). Caso de infração subjetiva é o comportamento do contribuinte do imposto sobre a renda que, ao prestar sua declaração de rendimentos, omite, propositadamente, algumas receitas, com o objetivo de recolher quantia menor do que a devida. As infrações objetivas, de outra parte, são aquelas em que não é preciso apurar-se a vontade do infrator. Havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a intenção do agente, dá-se por configurado o ilícito. Situação típica é a do não-pagamento de determinada quantia, a título de imposto predial e territorial urbano, nos prazos fixados na notificação de lançamento. Sendo irrelevante o ânimo do devedor, não realizado o recolhimento até o limite final do prazo, incorrerá ele com juros de mora e multa de mora.

Ainda que o princípio geral, no campo das infrações tributárias, seja o da responsabilidade objetiva, o legislador não está tolhido de criar figuras típicas de infrações subjetivas. São elas a sonegação, a fraude e o conluio, além daquelas em que se ele-

ger a culpa (nos aspectos da negligência, imprudência ou imperícia), como ingredientes necessários do tipo legal.

O discrimine entre infrações objetivas e subjetivas abre espaço a larga aplicação prática. Tratando-se da primeira, o único recurso de que dispõe o suposto autor do ilícito, para defender-se, é concentrar razões que demonstrem a inexistência material do fato acoimado de antijurídico, descaracterizando-o em qualquer de seus elementos constituintes. Cabe-lhe a prova, com todas as dificuldades que lhe são inerentes. Agora, no setor das infrações subjetivas, em que penetra o dolo e a culpa na compostura do enunciado descritivo do fato ilícito, a coisa se inverte, competindo ao Fisco, com toda a gama instrumental dos seus expedientes administrativos, exibir os fundamentos concretos que revelem a presença do dolo ou da culpa como nexos entre a participação do agente e o resultado material que dessa forma se produziu. Os embaraços dessa comprovação, que nem sempre é fácil, transmudam-se para a atividade fiscalizadora da Administração, que terá a incumbência intransferível de evidenciar não só a materialidade do evento como, também, o elemento volitivo que propiciou ao infrator atingir seus fins contrários às disposições da ordem jurídica vigente.

3. Histórico dos crimes fiscais

O Código Penal (1940) não continha capítulo específico sobre crimes fiscais ou contra a ordem tributária. A única referência específica a tributos e contribuições consta no art. 334 do referido diploma que cuida da evasão ilícita de tributos e crimes de contrabando ou descaminho, que assim disciplinava:

“Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida, ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido à entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”.

Posteriormente, o art. 5º da Lei n. 4.729/65 deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 334 do CP, para enquadrar como crime quem “adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos”.

Portanto, se determinado agente, representante de pessoa jurídica, contribuinte de imposto de renda, que lograsse obter a supressão ou redução do referido tributo, inserindo documento falso na sua contabilidade, majorando o montante das despesas dedutíveis, poderia, dependendo das circunstâncias de cada caso, ser enquadrado nos arts. 298, 299 e 304 do CP, que assim dispõe:

“Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro”.

“Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

“Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302”.

E ainda, dependendo da situação fática e do seu resultado, a mesma conduta também poderia caracterizar crime de estelionato (art. 171 do CP).

Todavia, a utilização de documento falso seria considerada crime-meio, como ato necessário e indispensável para a prática do estelionato, ou ser considerado crime autônomo, com concurso material com o crime contra a ordem tributária.

Os crimes de falsidade citados (arts. 298, 299 e 304), que talvez pudessem ter aplicação na repressão de infrações tributárias, não lograram, nesse campo, acolhida jurisprudencial. Entretanto, o art. 293, I, do mesmo Código, trouxe a explícita descrição do crime de falsificação de estampilha, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de imposto ou taxa.

Após, a Lei n. 3.807/60 (art. 86) cominou as penas do crime de apropriação indébita para a falta de recolhimento de contribuições previdenciárias arrecadadas dos segurados. E a Lei n. 4.357/64 fez o mesmo para o imposto do selo, quando descontados ou recebidos de terceiros, bem como para certos créditos indevidos do antigo imposto de consumo (art. 11). O Decreto-Lei n. 326/67 referiu este crime ao IPI (2º).

Essa conceituação legal, associando o não-recolhimento de tributos ao crime de apropriação indébita, teve sua constitucionalidade questionada, justamente com base no preceito constitucional que veda a prisão por dívida.

Já a Lei n. 4.729/65 definiu uma série de tipos criminais tributários, sob a designação genérica de crimes de sonegação fiscal. Nesse sentido, a Lei n. 5.569/69 acresceu nova figura à lista da Lei n. 4.729/65.

O Decreto-Lei n. 1.060/69 previu prisão administrativa (requerida pelo Ministro da Fazenda à Justiça Federal) para pessoas que tivessem enriquecido ilicitamente (assim entendido quem possuísse bens não declarados); e o Decreto-Lei n. 1.104/70 modificou aquele diploma legal para dar ao Ministro da Fazenda competência para determinar a prisão administrativa do contribuinte que deixasse de recolher o valor de tributos descontados ou recebidos de terceiros.

Contudo, a Lei n. 8.137/90, ao definir crimes contra a ordem tributária, reescreveu a lista dos crimes antes designados de “sonegação tributária” pela Lei n. 4.729/65. Vindo a Lei n. 8.383/91 (art. 98) revogar disposição da Lei n. 8.137/90 (art. 14) pertinente à exclusão da punibilidade nos casos de pagamento de tributo antes do recebimento da denúncia, exclusão essa que voltou a ser estabelecida pelo art. 34 da Lei n. 9.249/95.

A Lei n. 8.212/91, que dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social, arrola extensa lista de crimes (vários dos quais antes enquadráveis como crimes contra a ordem tributária – art. 95). Esse dispositivo manda aplicar alguns dos tipos das penas do art. 5º da Lei n. 7.492/86, deixando de cominar penas para os demais.

Em seguida, a Lei n. 8.866/94 caracterizou como depositário infiel quem não entrega à Fazenda Pública o valor de imposto, taxa ou contribuição, inclusive para a seguridade social, que, na forma da lei, tenha retido ou recebido de terceiro. A cominação é a prisão civil.

4. Crimes contra a ordem tributária

4.1 Considerações gerais acerca da criminalização do ilícito tributário

No estudo dos crimes contra a ordem tributária, indispensável se faz o entrelaçamento de conceitos ligados ao Direito Tributário para o encontro da espécie penal, pois há elementos na norma incriminadora cujo conteúdo semântico é estabelecido por outros dispositivos de natureza legislativa.

Assim, a identificação da conduta violadora da norma penal depende de dados descritivos contidos na norma tributária.

O objetivo tributário é a garantia da arrecadação, tornando-se o bem jurídico protegido. O sujeito ativo tem o direito de cobrar determinada quantia estabelecida em lei, havendo ofensa ao seu patrimônio quando o exercício desse direito é frustrado.

Os crimes contra a ordem tributária ofendem o bem jurídico tutelado pela lei penal, como também ofendem a legislação tributária. A infração à legislação tributária é pressuposto para a ocorrência do crime, sendo necessário que tenha ocorrido o lançamento tributário eficaz. Portanto, haverá o delito se o contribuinte ou o responsável, na intenção de reduzir tributo devido, praticar ato ou omissão fraudulenta. No Direito Penal, o que se pune é a desonestidade, a intenção de enganar a Fazenda Pública.

Nesse sentido é a lição de Aliomar Baleeiro⁵

“se há crime, repetimos, haverá dupla infração, necessariamente, a penal e a tributária. Mas o regime jurídico da responsabilidade penal é diferente do regime jurídico da responsabilidade fiscal por infração. A primeira, mesmo quando o delito é de fundo fiscal, configurando crime contra a ordem tributária, sujeita-se integralmente aos princípios gerais do Direito Penal [...]”.

5 *Direito Tributário Brasileiro*, atualizado por Masabel Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 760.

A apuração do ilícito tributário rege-se, entre outros, pelo princípio da pessoalidade do injusto, sendo a apuração do dolo fundamental, além dos princípios constitucionais de proteção do cidadão diante das possíveis arbitrariedades do Estado.

Em sentido oposto, poderá ocorrer infringência à norma tributária, inadimplência por exemplo, sem que ocorra o fato delituoso.

4.2 Necessidade do prévio exaurimento da via administrativa

Aspecto polêmico no tocante à apuração dos crimes contra a ordem tributária diz respeito à necessidade do prévio exaurimento da via administrativa para o oferecimento da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente do *Habeas Corpus* n. 81.611/DF, entendeu que o exaurimento da via administrativa passou a ser condição objetiva de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária.

Colhe-se da decisão:

“[...] O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, relator, no sentido do deferimento do *habeas corpus*, por entender que nos crimes do art. 1º da Lei n. 8.137/90, que são materiais ou de resultado, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa. Considerou-se, ainda, o fato de que, consumando-se o crime apenas com a constituição definitiva do lançamento, fica sem curso o prazo prescricional”.

Hugo de Brito Machado⁶, na 23ª edição do seu Curso de Direito Tributário, defendendo a tese da necessidade da decisão final da autoridade administrativa para a possibilidade do oferecimento da denúncia, já proclamava que possibilitar ao Ministério

6 *Curso de Direito Tributário*. Malheiros Editores, São Paulo: 2003, p. 467.

Público o oferecimento da acusação antes de finalizado o processo administrativo

“implica admitir o uso da ação penal como instrumento para constranger o contribuinte ao pagamento de tributo, que pode não ser devido. Assim, para que sejam preservados os direitos constitucionais do contribuinte, entre os quais o de pagar apenas os tributos devidos, e de utilizar-se, para esse fim, do direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive no processo administrativo, não se pode admitir denúncia sem o prévio exaurimento da via administrativa”.

Na esteira do entendimento proclamado pelo Supremo, a Quinta Turma do STJ, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 39.268/SP, em 5-4-2005, concedeu a ordem para trancamento da ação penal sob o fundamento da necessidade do exaurimento da via administrativa para o início da persecução criminal.

Não destoa dos indicados acima o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como se depreende do Recurso Criminal n. 2004.021778-1, da comarca da Capital, relatado pelo eminente Des. Torres Marques, que restou assim ementado:

“Processual penal — Denúncia — Rejeição — **Crimes contra a ordem tributária** capitulados no art. 1º da Lei n. 8.137/90 — Crime de resultado — Ausência de decisão final comprovando cabalmente a existência do crédito tributário que motivou a denúncia — Precedente recente do plenário do STF elevando referida decisão à ‘condição objetiva de punibilidade’ em tais delitos — Ausência de violação ao disposto nos arts. 5º, XXXV, e 129, I, da CF e arts. 24, 92 e 93 do CPP — Reconhecimento da suspensão do curso do lapso prescricional, nos termos do art. 116, I, do CP — Recurso desprovido”.

4.3 A questão da revogação da Lei n. 4.729/65

Na Lei n. 4.729/65 existia a intenção de eximir-se do pagamento, fraudar a Fazenda Pública ou obter deduções de tributos, sendo suficiente para a consumação do crime a prática de qual-

quer das condutas descritas. Por outro lado, na Lei n. 8.137/90 o resultado é sempre requerido para que o tipo penal se realize.

A lei de sonegação fiscal, Lei n. 4.729/65, foi um dos estatutos que tratou dos crimes de natureza tributária, sendo posteriormente substituída pela Lei n. 8.137/90, que veio a definir os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo. Essa lei traz a noção de falsidade, referindo-se a “declaração falsa”, “alteração de faturas ou documentos” etc. e aumenta o rol de fatos típicos que passaram a integrar os crimes contra a ordem tributária.

Questiona-se a revogação da Lei n. 4.729/65, em vista da promulgação da Lei n. 8.137/90, diante da ausência de revogação expressa e da semelhança entre os tipos penais de uma lei e de outra.

No entanto, não há unanimidade, sendo que enquanto alguns autores consideram revogada a lei de sonegação fiscal, outros entendem que as duas leis subsistem, aplicando-se a mais benigna.

Sustentando a revogação da Lei n. 4.729/65, Aristides Junqueira Alvarenga⁷ diz que “as normas anteriores, que definiam os crimes de sonegação tributária e de apropriação indébita de tributo, restaram revogadas, já que lei nova regulamentou inteiramente a matéria”.

Posição intermediária é a de Kyioshi Harada⁸, que advoga pela revogação da lei de sonegação fiscal naquilo que contrariar a Lei n. 8.137/90. Destaca ainda o autor:

“não pode haver duas penas distintas para uma mesma conduta, por exemplo, a redução de tributo mediante falsificação documental e a falsificação documental para reduzir tributo que, no fundo, é a mesma coisa do ponto de vista material. Para quem entende que as duas leis subsistem, a solução do conflito estaria na aplicação da mais benigna [...]”.

7 *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Atlas, p. 51-54.

8 *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 560-563.

4.4 A Lei n. 8.137/90 – Dos crimes contra a ordem tributária

Antes da análise da Lei n. 8.137/90, é preciso salientar que os conceitos legais caracterizadores dos delitos contra a ordem tributária possuem dois núcleos inseparáveis, sem os quais não se configura o crime:

— existência de tributo a pagar, cuja supressão ou redução é o fim colimado pelo agente;

— prática dolosa de atos ou omissões fraudulentos voltados à evasão.

A fraude é um elemento essencial nesses tipos penais. Ocorre que, no Supremo Tribunal Federal, já há decisão considerando que um erro na interpretação da legislação tributária configura crime (HC n. 76.420/SP). Na opinião de Hugo de Brito Machado⁹, “a prevalecer essa tese, o tributo devido será, inexoravelmente, aquele como tal considerado pela Administração Tributária. O contribuinte não terá mais o direito de se opor a exigências que repute ilegais, ou inconstitucionais, a não ser que tome a iniciativa de suscitar o contencioso”.

Os crimes contra a ordem tributária, arrolados no art. 1º da Lei n. 8.137/90, são crimes praticados por particulares, podendo ser classificados como crimes materiais ou crimes de resultado, pela referência à redução ou supressão de imposto ou contribuição social, não comportando fracionamento, sendo impossível a modalidade de tentativa de crime. Só estará consumado se houver a supressão ou a redução do tributo. E ainda, por atentarem contra o patrimônio do sujeito ativo da obrigação tributária, são crimes de dano, ofendendo diretamente o bem jurídico tutelado.

O art. 1º traz o resultado lesivo (suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório) e o desdobra em diversas condutas. Há, portanto, o crime de suprimir ou reduzir tributo mediante práticas artificiosas, sem as quais o crime não se perfaz.

9 MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária — aspectos práticos e aplicação da lei. Informativo IBCCrim, São Paulo, n. 83. Disponível em: <http://ibccrim.org.br>. Acesso em 12 jun. 2005.

A Lei n. 8.137/90 prescreve em seu art. 1º:

“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

“I – omitir informações, 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;

“III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

“IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou inutilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

“V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou de prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação:

“Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

“Parágrafo único. A falta de atendimento de exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracterizada a infração prevista no inciso V”.

Preceitua o artigo duas modalidades de crimes, sendo a primeira tipificada no *caput* e assemelhada ao delito do art. 171 do CP, já a segunda modalidade típica encontra-se no parágrafo único e configura um tipo especial em relação ao crime de desobediência do art. 330 do CP.

O autor do delito tipificado no *caput* é, via de regra, o sujeito que tem o dever de recolher o tributo, portanto, o sujeito ativo do crime é, geralmente, o sujeito passivo da obrigação tributária.

Adverte-se, porém, que a espécie delitiva em comento não configura crime próprio, pois pode ser realizado por outra pessoa que não o sujeito passivo da obrigação tributária.

Caso o executor não possua a consciência da ilicitude do fato, o sujeito ativo, que tem conhecimento da fraude, realiza o comportamento de forma mediata. Porém, se tiver noção da conduta, será o executor considerado partícipe.

Por tratar-se de uma conduta plurissubsistente, a qual é necessária mais de uma ação ou omissão para a sua prática, a execução geralmente é fracionada entre diversos sujeitos.

O concurso de agentes pode ser exemplificado na seguinte situação: emissão de nota fiscal subfaturada pelo gerente de uma empresa no cumprimento de determinação do proprietário, nesse caso, o gerente seria co-autor do delito. Pode haver ainda outra forma de participação que consiste no fornecimento de equipamento ou tecnologia para a falsificação da nota fiscal.

Não é demasiado lembrar que é penalmente irrelevante se o executor agir sem consciência da ilicitude do fato por ausência do elemento subjetivo doloso.

O concurso de agentes pode se configurar, também, num comportamento conjunto entre vários sujeitos, como no caso de deliberações dos administradores de uma pessoa jurídica.

Os elementos objetivos são os verbos “suprimir ou reduzir”. O primeiro indica a evasão total, a absoluta inadimplência do recolhimento, já a redução é a supressão parcial, o pagamento incompleto.

Colhe-se dos ensinamentos de Andréas Eisele¹⁰ que a “abrangência do tipo às contribuições sociais foi restringida pela derrogação do dispositivo do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, pelo art. 95 da Lei n. 8.212/91, que acrescentou o art. 337-A ao CP”.

Os incisos do art. 1º da Lei n. 8.137/90 aludem as condutas que viabilizam a supressão ou redução do tributo. Caso a evasão for implementada pela prática de outra conduta, o fato será atípico.

10 *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 139-149.

Entretanto, os incisos III e V ampliam a abrangência do tipo. O inciso III do art. 1º da Lei n. 8.137/90 menciona “qualquer outro documento relativo à operação tributável”, e o inciso V refere-se a “documento equivalente” à nota fiscal. Destarte, os referidos incisos acabam por ampliar os limites de abrangência da norma, permitindo a interpretação analógica.

O elemento subjetivo da conduta descrita no *caput* é o dolo genérico, não importando para a configuração do delito a destinação do produto da evasão efetuada.

A análise dos incisos do artigo 1º da Lei n. 8.137/90 remete ao disposto no § 2º do art. 113 do Código Tributário Nacional, que assim prescreve:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

“§ 1º [...]

“§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”.

A legislação estabelece deveres instrumentais impostos aos sujeitos, consistentes em comportamentos positivos ou negativos.

No inciso I do art. 1º da Lei n. 8.137/90, encontra-se o dever de prestar informações às autoridades fazendárias. O ICMS é um imposto diante do qual é estabelecido esse dever. A conduta negativa, traduzida na omissão, consiste em suprimir da Administração fatos que deveriam ser levados ao conhecimento do Fisco. Ao realizar a conduta omissiva, geralmente o contribuinte dispõe das informações verdadeiras, porém transmite outras, adulteradas, na intenção de suprimir ou reduzir tributo. Deve ser lembrado que, caso o sujeito não possua os dados, sua conduta não é culpável.

O inciso II do artigo em exame trata de uma conduta comissiva, traduzida no ato de colocar, incluir, anotar ou descrever fatos em contradição com o acontecimento. Exemplo dessa situação é a emissão de nota fiscal subfaturada. Caso a diver-

gência decorra de erro, a conduta é atípica. Na legislação tributária encontram-se os documentos ou os livros exigidos, uma vez que o dispositivo é construído na forma de lei penal em branco.

O rol de documentos citados no inciso III é meramente exemplificativo, pois o dispositivo alude a qualquer outro documento relativo à operação tributável. Situação que ilustra a hipótese desse inciso é o caso do comerciante que adquire produtos destinados à revenda e altera o preço da operação, visando a gerar um crédito inexistente do imposto.

A impressão de notas fiscais sem autorização do Fisco, ou com duplicidade numérica ou, ainda, utilizando-se de dados fictícios, é a hipótese tratada pelo inciso IV do art. 1º. A denominada “nota calçada”, que consiste no preenchimento das vias de uma mesma nota fiscal em desacordo com a operação efetuada, também é um exemplo de emissão irregular.

No inciso V, é estabelecida a obrigatoriedade do fornecimento da nota fiscal ou documento equivalente. Configura o ilícito a atitude do comerciante que cria outro documento similar sem valor fiscal, satisfazendo apenas os controles internos da organização, porém não gerando o recolhimento do tributo. Não pratica o crime desse inciso o agente que emite vários controles sem valor fiscal, mas ao final do dia preenche a nota fiscal com o conteúdo daqueles. Nesse caso não há crime, pois não se implementou o resultado.

Pelo critério da especialidade, tratando-se de matéria tributária, afasta-se o crime de desobediência (art. 330, CP) e aplica-se o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90. Esse dispositivo tutela a eficácia da atividade administrativa de fiscalização.

Decomain¹¹ leciona que “não se cuida diretamente da defesa do crédito tributário (que pode, inobstante, ser acautelado, e provavelmente o será, na maioria das hipóteses), mas, sim, de preservar a dignidade da administração pública e o respeito às ordens legais emanadas de seus agentes”.

11 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

Da exigência da autoridade pode decorrer que o sujeito deva apresentar documento que o incrimine, entretanto, parte da doutrina entende ser assegurado o direito ao silêncio, em respeito ao disposto no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal.

Machado¹² considera que “não se pode conceber seja o contribuinte tratado com maior rigor do que o dispensado aos autores de crimes como tráfico de drogas, seqüestro, homicídio, latrocínio, e tantos outros, muito mais graves, muito mais danosos para a sociedade. Se os autores de todos esses crimes têm o direito ao silêncio, e o direito até de mentir para não se auto-incriminarem, como se pode negar o mesmo direito ao contribuinte que eventualmente tenha praticado um ilícito tributário, hoje definido como crime?”

Dispõe o art. 2º da Lei n. 8.137/90:

Constitui crime da mesma espécie:

“I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

“II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

“III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer porcentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

“IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de impostos liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

“V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária pos-

12 MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária — aspectos práticos e aplicação da lei. *Informativo IBCCRIM*, São Paulo, n. 83. Disponível em: <http://ibccrim.org.br>. Acesso em 12 jun. 2005.

suir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública:

“Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Os crimes do art. 2º possuem a mesma natureza dos tipificados no art. 1º da Lei n. 8.137/90. Apresenta o art. 2º os crimes formais, ou de mera conduta, uma vez que restam consumados independentemente do resultado. A vontade dirigida ao objetivo de eximir-se do pagamento do tributo, se é que se exige, para sua consumação, a efetividade do resultado lesivo. Deve haver o chamado “dolo específico” que será elementar do tipo.

Com o mesmo conteúdo material do art. 1º da Lei n. 4.729/65, todavia, com a inclusão de uma cláusula genérica, o inciso I do art. 2º da Lei n. 8.137/90 abrange outras situações não previstas na lei anterior, que de forma exaustiva previa as hipóteses nas quais os atos fraudulentos que visassem à evasão tributária configuravam sonegação fiscal.

O inciso II do art. 2º redesenhou a figura da apropriação indébita constante da legislação anterior. O tipo penal não alcança toda e qualquer omissão de recolhimento, mas somente aquela em que a inadimplência se refira a tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, sendo necessária a presença do dolo.

A conduta descrita no inciso III do art. 2º da Lei n. 8.137/90 é da forma de desvio de destinação dos recursos provenientes de incentivos que possuam como objeto impostos ou contribuições. No inciso IV do mesmo artigo, é descrita uma conduta de desvio de finalidade, traduzida na não aplicação da quantia disponibilizada na atividade proposta, acarretando, assim, o enriquecimento ilícito do titular da atividade e o dano ao patrimônio público.

A respeito da conduta do inciso IV, o incentivo fiscal deve ser entendido de maneira global, ou seja, se o agente aplica somente parte dos recursos na atividade estimulada pelo Estado, estará, sim, praticando a conduta típica¹³.

13 Cfe. EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 195.

Os programas de informática que permitem o controle paralelo do empreendimento, criando uma situação real da movimentação para o controle do empresário, e outra fictícia para o Fisco, são o alvo do inciso V do art. 2º da Lei n. 8.137/90. A norma proíbe a utilização e a divulgação de tais sistemas.

Além daqueles estabelecidos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal, foram previstos no art. 3º da Lei n. 8.137/90 os crimes funcionais contra a ordem tributária.

Dispositivos da mesma natureza dos que fazem parte da Lei n. 8.137/90, ou seja, que disciplinam os crimes contra a ordem tributária também são encontrados nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, os quais serão doravante abordados.

O art. 168-A do CP, acrescentado pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, tipifica a evasão tributária não fraudulenta de contribuições devidas por agentes de retenção. O autor da conduta típica é o responsável tributário, ou seja, o sujeito passivo da obrigação tributária, que retém, arrecada e deve repassar o tributo específico em favor do sujeito ativo.

No caso de uma pessoa jurídica ser o responsável tributário, responde pelo delito a pessoa física com poder de gerência das atividades.

O § 2º do art. 168-A do CP traz a causa de extinção da punibilidade. Com a confissão de dívida pelo agente, a Previdência Social tem em mãos título executivo para cobrar a dívida fiscal, caso não venha a quitá-la espontaneamente.

Incluído também pela Lei n. 9.983/00 o artigo 337-A do CP veicula descrição de conduta similar à do art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, ou seja, a evasão tributária mediante fraude, denominada “sonegação fiscal”.

Contudo, o art. 337-A do CP é especial em relação ao art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.137/90, pois indica a elementar “contribuição previdenciária”, delimitando a natureza do objeto que recai a conduta. Nos incisos do art. 337-A, CP, são previstas as condutas instrumentais mediante as quais o agente deve realizar a fraude.

5. A Extinção da punibilidade

De acordo com Eisele¹⁴, “no sistema penal tributário brasileiro, o instituto da reparação do dano possui estrutura complexa, com alterações estabelecidas em face do objeto material sobre o qual recai a conduta (tributo ou contribuição social) e decorrentes de sucessões de leis penais no tempo”.

Para os crimes que tenham como objeto os tributos em geral, a reparação completa do dano, antes do recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do sujeito. Após denunciado, incide circunstância atenuante.

No caso das contribuições sociais, se o crime ocorreu até 16 de outubro de 2000, as regras aplicáveis são as mesmas dos tributos em geral. Para as infrações posteriores, a reparação completa do dano extingue a punibilidade referente ao fato, se ocorrida anteriormente ao início da ação fiscal. Após o início da fiscalização e antes do recebimento da denúncia, incide o perdão judicial ou a mitigação da sanção, em casos de primariedade e bons antecedentes. Na reparação após o início do processo, incide circunstância atenuante.

A moratória suspende a pretensão punitiva do Estado, para os tributos antes do recebimento da denúncia e para as contribuições anteriormente ao início da ação fiscal. Cumprida a moratória, extingue-se a punibilidade.

Nos crimes formais, basta retificar as informações prestadas em desacordo para que haja a extinção da punibilidade.

Bibliografia utilizada

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª edição, São Paulo, 2004, Ed. Saraiva.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizado por Masabel Machado Derzi, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 760.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

14 EISELE, Andréas. *Op. cit.*, p. 18.

- EISELE, Andréas. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Dialética, 2002.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 12ª edição. São Paulo, 2004, Ed. Atlas.
- MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária — aspectos práticos e aplicação da lei. *Informativo IBCCrim*, São Paulo, n. 83. Disponível em: <http://ibccrim.org.br>. Acesso em 12 jun. 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24ª edição. São Paulo, 2004, Ed. Malheiros.
- OLIVEIRA ANDRADE FILHO, Edmar. *Direito Penal Tributário. Crimes contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social*. 3ª edição, São Paulo, 2001, Ed. Atlas.

CONTRIBUIÇÕES PARA A HISTÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE SANTA CATARINA*

Angela Cristina Pelicoli¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A administração da atividade jurisdicional no Sistema Colonial Brasileiro; 2.1. A administração da atividade jurisdicional e as Capitâneas Hereditárias; 2.2. O Primeiro Tribunal do Brasil; 2.3. A atividade jurisdicional no Sul do País; 3. A administração da atividade jurisdicional de Santa Catarina no Império; 4. A administração da atividade jurisdicional da Justiça Comum de Santa Catarina e a República; 4.1. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina na República; 4.1.1. A Evolução da composição do Tribunal de Justiça de acordo com o crescimento do número de processos; 4.2. As comarcas em Santa Catarina; 5. Dados atuais sobre a atividade jurisdicional da Justiça Comum no Estado de Santa Catarina; 5.1. Os custos do Poder Judiciário; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

* Trabalho produzido para a cadeira de Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos, ministrada pelo Prof. Araken de Assis, no Doutorado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – dez./2004.

1 *Procuradora do Estado de Santa Catarina; Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Clássica de Lisboa; Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professora da Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul/SC.*

1. Introdução

Não se pode apostar no futuro sem conhecer o passado, já que a história é ciência indispensável para se aprimorar a atuação das instituições sociais, principalmente daquelas compromissadas com a realização da Justiça.

O Poder Judiciário é fundamental para a concretização de um Estado de Direito. Neste trabalho, além do aspecto histórico, analisam-se vários dados sobre a atuação do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. É importante estimar esses dados, pois este Poder, em qualquer Estado da Federação, não possui uma avaliação positiva diante daqueles a quem é dirigida sua atividade, ou seja, aos jurisdicionados brasileiros. Consoante pesquisa do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística — Ibope², 87% dos pesquisados entendem que “O problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça que é lenta”. Além disso, é necessário avaliar os custos do Poder Judiciário, matéria que é pouco discutida, mas, atualmente, essencial para a administração pública e para a administração do Poder Judiciário.

Não se pode tratar a história da administração do Poder Judiciário no Estado de Santa Catarina sem antes tratar da história do Brasil e da administração do Poder Judiciário no Brasil, pois essas se confundem e se complementam.

2. A administração da atividade jurisdicional no Sistema Colonial Brasileiro

Em 1494, com a assinatura do Tratado de Tordesilhas, ficou estipulado que o meridiano passaria a 370 léguas de Cabo Verde. As terras ao oeste do meridiano seriam da Espanha, enquanto que as do leste seriam de Portugal. Em 8 de março de 1500, a esquadra portuguesa comandada por Pedro Álvares Cabral partiu do Rio Tejo e, dias depois, em 22 de abril avistou um monte que foi denominado de Pascal, por ser época de Páscoa. A terra descoberta foi batizada, inicialmente, com o nome de Ilha

2 PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceito e Evidência Empírica. In* Judiciário e Economia no Brasil, São Paulo: Ed. Sumaré, 2000, p. 11.

de Vera Cruz, mais tarde chamada Terra de Santa Cruz e, finalmente, Brasil³. De 1500 a 1530, não houve qualquer tentativa de legislação sistemática no Brasil. A justiça que reinava era a de fronteira, ou seja, a justiça praticada pessoalmente com arma branca (espada) e arma de fogo (mosquete). Os assuntos referentes ao comércio e a incidentes nos navios que navegavam em águas brasileiras eram resolvidos pelo juiz da Guiné e Índia, pessoa letrada que ocupava o cargo, sendo que as apelações eram feitas à Casa de Suplicação⁴. Somente foi iniciada a colonização do Brasil em 1530, com a expedição de Martim Afonso de Sousa, isso em decorrência da decadência do domínio português no comércio asiático e à presença de contrabandistas no litoral brasileiro. Martim Afonso de Sousa, como capitão-mor, detinha poderes, inclusive judiciais e policiais, concedidos pelo Rei português, Dom João III⁵.

2.1. A administração da atividade jurisdicional e as Capitanias Hereditárias

Portugal utilizou o sistema das Capitanias Hereditárias para atrair os interesses de alguns nobres portugueses pelo Brasil, dando a eles direitos e poderes sobre a terra. Em contrapartida, os donatários das Capitanias arcaram com as despesas da colo-

3 SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil. Colônia, Império e República*. 2. ed., São Paulo: Ed. Moderna, 1983, p. 12-13.

4 Juntamente com a Casa Cível, estabelecida em 1434, em Lisboa, constituíam Tribunais de Apelação existentes em Portugal, sendo que a Casa de Suplicação tinha uma posição superior aos demais Tribunais. A Casa de Suplicação diferenciava-se da Casa Cível, pois esta última possuía competência sobre as causas cíveis de pequeno valor e as causas criminais da província da Extremadura e da cidade de Lisboa, não cabendo de suas decisões apelação. Já a competência da Casa de Suplicação consistia em decidir sobre as ações cíveis de maior valor e as causas criminais que se originassem fora da província da Extremadura e contassem com a possibilidade de apelo. A organização interna e os procedimentos da Casa da Suplicação serviam de modelo para todos os outros tribunais do império português e possuíam dois magistrados para julgar processos dos cortesãos e da comitiva real (SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, Estudos, São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979, p. 8).

5 SILVA, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 16-18.

nização. Entre 1533 e 1535, o Brasil foi dividido em 14 (quatorze) Capitânicas doadas a 12 (doze) donatários. O sistema das Capitânicas fracassou no Brasil por várias razões, dentre elas: a falta de recursos dos donatários; os ataques dos índios que reagiam aos ataques dos portugueses que lhes roubavam as terras; a distância da metrópole; a difícil comunicação entre as Capitânicas; a má administração e a falta de interesse de alguns donatários⁶. Somente duas Capitânicas prosperaram, por um período, a de São Vicente (doada a Martim Afonso de Sousa) e a de Pernambuco (doada a Duarte Coelho Pereira). Na época das Capitânicas Hereditárias, os poderes judiciais eram exercidos pelos donatários, que os extrapolavam, demonstrando não estarem em condições de exercê-los, senão arbitrariamente. Os poderes judiciais concedidos aos donatários e ouvidores eram: os de alçada, nas causas cíveis que não ultrapassassem os 100 mil réis e não tivessem recurso; nas causas criminais, igualmente sem recurso; e nas causas que requeressem pena de morte, para os peões, escravos e até gentios. A jurisdição sobre os fidalgos era limitada, uma vez que estes podiam ser julgados sem apelação nas causas cíveis que envolvessem menos de 100 cruzados e, nas causas criminais, sentenciados ao máximo de 10 anos de degredo⁷. Os chanceleres contadores e vereadores dos Conselhos ou Câmaras Municipais, da mesma forma, exerciam funções jurisdicionais, uma vez que, nessa época, ainda confundiam-se as funções administrativas e policiais com as funções judiciais.

Para centralizar a administração das Capitânicas, foi criado o Governo-Geral em 1548, em razão das arbitrariedades provocadas por seus donatários. O Governo português entregou a Tomé de Sousa um conjunto de leis — o Regimento de 17 de dezembro de 1548 — que determinava as funções administrativas, judiciais, militares e tributárias do Governo-Geral incumbido de “dar favor e ajuda às outras povoações e de ministrar justiça e

6 SILVA, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p. 30.

7 VARNHAGEN, Francisco Adolfo. *História Geral do Brasil – Antes de sua separação e independência de Portugal*, apud PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Ed. Manole, 2002, p. 204; SCHWARTZ, B. Stuart. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, p. 21.

prover nas coisas que cumprirem à meu serviço e aos negócios de minha fazenda”⁸. O Governador-Geral era assessorado diretamente pelos: a) Ouvidor-mor, responsável pela justiça; b) Provedor-mor, responsável pelos negócios da fazenda; c) Capitão-mor, encarregado da defesa da costa; e d) Alcaide-mor, chefe da milícia. Com a instalação da sistemática do Governo-Geral por Tomé de Sousa⁹, a estrutura judicial brasileira foi significativamente modificada pelo Ouvidor-Geral, Desembargador Pero Borges¹⁰. Além de administrar a justiça, o Ouvidor-Geral da Colônia, na Bahia, possuía a atribuição de grau de recurso para as decisões proferidas pelos Ouvidores das Comarcas nas Capitâneas¹¹ e, da mesma forma, deveria inspecionar a situação da justiça nas demais Capitâneas, o que significava a interferência direta do poder da Coroa no poder judicial concedido aos donatários. Com a mudança da administração judiciária brasileira, o Ouvidor-Geral foi sobreposto à estrutura existente de magistrados municipais e ouvidores designados pelos donatários, tornando-se uma justiça “confusa e inoperante”¹², haja vista o sistema de controle exercido pelo Rei e pelo donatário, ao mesmo tempo. A situação encontrada pelo Ouvidor-Geral foi repleta de “abuso administrativo” e “incompetência”¹³. Os direitos dos indígenas foi outro problema existente na justiça dessa época. O Padre Manuel da Nóbrega, em suas Cartas¹⁴, relata o caso de um índio que assassinou um

8 BONAVIDES, Paulo; Amaral, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. 3. ed., vol. I, Brasília: Senado, 2002, p. 157.

9 Foi nomeado pelo Rei D. João III, na carta de 7 de janeiro de 1549, transcrita in BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*, vol. I, p. 173-174.

10 O primeiro Ouvidor-Geral do Brasil, ou seja, o primeiro administrador do Poder Judiciário brasileiro não possuía a folha de serviços “limpa”, pois já havia sido Corregedor em Loulé e Elvas e, nessa oportunidade, implicado em apropriação indébita de fundos públicos nos primeiros anos da década de 1540 (AZEVEDO, Pedro. *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, apud SCHWARTZ, B. Stuart, *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, nota de rodapé 7, p. 24).

11 Estes designados pelos donatários a servir como magistrado local.

12 SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 24.

13 O exemplo dado é o da ausência do donatário de Ilhéus, onde um espanhol fazia as vezes de capitão e ouvidor, considerado um “bom homem”, mas “ignorante e muito pobre, o que muitas vezes faz fazer aos homens o que não devem” in SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 26.

14 LEITE, Serafim. *Cartas e mais escritos do P. Manuel da Nóbrega (opera omnia)*. s/l ed., Coimbra: 1955, p. 31.

português e teve como pena a prisão, por ordem do governador; no entanto, foi colocado “na boca de um canhão e literalmente feito em pedaços”. Os índios perceberam rapidamente que a justiça não estava ao seu lado, uma vez que “o testemunho de um português era equiparado ao de três ou quatro índios”¹⁵. Somente havia alguma proteção aos índios nas aldeias controladas pelos próprios.

Em 1554, o Ouvidor-Geral teve agregado às suas funções a de Provedor-mor da Fazenda. Mem de Sá exerceu o Governo-Geral de 1557 a 1572 e marcou uma nova fase da administração da justiça no país, com a “supressão do vício, da usura, do desca-so para com o dever, e da má administração”¹⁶. O implemento de uma política favorável ao indígena, realizada pelos jesuítas, contribuiu para uma melhor aplicação da justiça para esses brasileiros esquecidos pelo Rei¹⁷. Um dos graves problemas na época da colonização brasileira foi a utilização dos magistrados, incluindo os Ouvidores-Gerais, em outras funções, como a militar, a administrativa e a fiscal.

2.2. O Primeiro Tribunal do Brasil

O primeiro Tribunal do Brasil¹⁸ criado em 1588, pela reforma da estrutura judicial brasileira decretada por Filipe II, foi instalado¹⁹ em 1609, subordinado e formatado como a Casa de

15 SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 26.

16 SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 30.

17 SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 106.

18 O primeiro Tribunal foi chamado de Relação da Bahia e Relação do Estado do Brasil, sendo que o primeiro nome foi usado no Regimento de 1588 e o segundo no Regimento de 1609.

19 A demora na instalação da Relação da Bahia deveu-se a uma tragédia. “A maior parte dos dez magistrados escolhidos para ocuparem cargos da Relação da Bahia embarcaram em 1588, em companhia do recém-designado governador Francisco Giraldes. Seu navio, o galeão São Lucas, lutou contra ventos e correntes sem conseguir cruzar o Equador e, finalmente, foi forçado a fundear em Santo Domingo nas Caraíbas. Giraldes e seus companheiros, sem poderem velejar para o sul por causa das correntes contrárias próprias da estação, reembarcaram para Portugal” (Os chanceleres contadores e vereadores dos Conselhos ou Câmaras Municipais, da mesma forma, exerciam funções jurisdicionais, pois nesta época ainda confundia-se as funções administrativas e policiais com as funções judiciais (SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 45).

Suplicação²⁰. As causas de maior valor deveriam ser apeladas diretamente à Casa de Suplicação. O cargo de Ouvidor-Geral foi incorporado à estrutura da Relação do Brasil, que detinha a mesma função exercida pelo Corregedor da Corte na Casa da Suplicação. A única diferença é que na Casa da Suplicação havia dois Corregedores, um para as causas criminais e o outro para as causas cíveis, enquanto que havia apenas um Ouvidor-Geral do Tribunal do Brasil, acumulando ambas as funções²¹. A maior parte dos magistrados no Brasil era originária da pequena nobreza e da classe dos burocratas. A Relação, no final do século XVII, entre os anos de 1690 e 1692, julgou 4.035 causas, sendo que destas 41% (1.645) eram delitos leves ou processos cíveis presididos pelos juizes da primeira instância ou juizes ordinários; 41% (1.662) consistiam em disputas cíveis, problemas de testamento ou negócios do tesouro; e 18% (728) eram ações criminais²². A Relação foi abolida em 31 de março de 1626, por Filipe IV, que seguia opinião do Conselho de Estado, em função de o Tribunal ferir vários interesses, dentre eles o da Igreja, o dos Governadores-Gerais e o das Câmaras. O estopim para a abolição do Tribunal foi a transposição das despesas da justiça para a defesa da colônia. Em 1652, a Relação do Estado do Brasil foi reinstalada por ter demonstrado ser indispensável para a estrutura judiciária brasileira. É importante frisar que a justiça brasileira antes do Tribunal Superior tinha um custo anual de 663 mil réis. Com a instalação da Relação, as despesas aumentaram em mais de sete vezes, elevando-se para a cifra de “4.954.000 réis por ano”²³. Os salários em um ano, dos dez magistrados, somavam 3.460.000 réis, acrescidos do valor de 500.000 réis por correição realizada.²⁴

20 Tribunal máximo da estrutura portuguesa.

21 Ordenações Filipinas, I, tit. VII, VIII, p. 48-61.

22 Arquivo Histórico Ultramarino, Bahia, Papéis Avulsos, Caixa 17 (6 de novembro de 1692) *apud* SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 121.

23 Archivo General de Simancas, Livro Contábil do Governo do Brasil feito por Ambrósio de Siqueira (1604) Secretarias Provinciales 1575, *apud* SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 164.

24 SCHWARTZ, Stuart B. *Op. cit.*, p. 176.

2.3. A atividade jurisdicional do Sul do País

Na segunda metade do século XVII, a Coroa foi obrigada a criar, em função das longas distâncias percorridas pelo Ouvidor-Geral, o cargo de Ouvidor-Geral do Sul do Brasil, cuja jurisdição residia sobre os Ouvidores das Capitâneas. Nas Capitâneas Reais do Sul, as antigas Vereações ou Conselhos de Vereadores transformaram-se em Câmaras Municipais compostas de três vereadores, dois juizes ordinários, um procurador, um escrivão, um tesoureiro e alguns oficiais. Em 1567, foi criada a Ouvidoria do Rio de Janeiro e, somente em 1669, essa Ouvidoria passou à repartição do Sul. Nesse compasso, a Ouvidoria de São Paulo foi criada em 1699 e o seu Ouvidor, Desembargador Rafael Pires Pardini, esteve em correição, no atual Estado de Santa Catarina, pela primeira vez, em Laguna, no ano de 1719, onde, nessa oportunidade, nomeou juiz ordinário, tabelião e escrivão de órfãos²⁵. A Ouvidoria de Paranaguá foi desmembrada da Ouvidoria de São Paulo em 1723, com jurisdição nas vilas marítimas de Iguape, Cananéia, São Francisco, Nossa Senhora do Desterro (atual Florianópolis), Laguna e Nossa Senhora da Luz dos Pinhais²⁶. Em 20 de junho de 1749, foi criada a Ouvidoria de Santa Catarina, que teve como sede a vila de Nossa Senhora do Desterro, incluindo o povoado de Porto Alegre. Por cerca de 62 anos, exceto pelo período de um ano e cinco meses, Desterro foi sede daquela Ouvidoria. Em 1812, com o Alvará de 16 de dezembro, foi transferida a sede da Ouvidoria de Santa Catarina para a vila de Porto Alegre, ficando designada a “Comarca de São Pedro do Rio Grande e de Santa Catarina”²⁷. Somente com o Alvará de 12 de fevereiro de 1821, foi restabelecida a comarca de Santa Catarina e esta desvinculou-se de São Pedro do Rio Grande, surgindo a nova “Comarca da Ilha de Santa Catarina”. A Província de Santa Catarina ficou subordinada ao Tribunal da Relação

25 PEREIRA, Carlos da Costa. *História de São Francisco do Sul*, Florianópolis: Ed. UFSC, 1984, p. 70-75.

26 NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil – Crônica dos tempos coloniais*, vol. I, Porto Alegre: Coleção Ajuris, 1975, p. 10-11.

27 FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *História do Judiciário Catarinense*, Florianópolis: Ed. Diploma Legal, 1981, p. 87.

da Bahia de 1609 a 1751. Nesse ano, foi criada a Relação do Rio de Janeiro, com jurisdição no Sul do País.

3. A administração da atividade jurisdicional de Santa Catarina no Império

Quando entrou em vigor a Constituição de 1824, o Brasil contava com quatro Relações: a) da Bahia; b) do Rio de Janeiro; c) do Maranhão; e d) de Pernambuco. Os recursos na Província de Santa Catarina foram subordinados à Relação do Rio de Janeiro, desde 1751 até agosto de 1873, quando foi criada a Relação de Porto Alegre, com jurisdição sobre o Rio Grande do Sul e Santa Catarina. O Tribunal da Relação de Porto Alegre foi extinto pelo Decreto n. 12, de 17 de fevereiro de 1892.

A Constituição de 1824 determinou que o Poder Judicial seria composto de Juízes e Jurados, que teriam lugar tanto no cível, como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinassem, além dos Juízes de Paz, a princípio com funções meramente conciliatórias (art. 151 c/c o 162). Os juízes nomeados pelo Imperador eram vitalícios, mas não inamovíveis, e cabia-lhes única e exclusivamente aplicar a lei (arts. 102, III; 152 e 153 da Constituição do Império). Os jurados instituídos pela Constituição Imperial no crime e no cível representavam a participação popular. A Lei de 15 de outubro de 1827 regulamentou a Constituição de 1824, no que tange à figura dos juízes de paz, criando em cada uma das freguesias e “capelas curadas um juiz de paz e suplente”²⁸.

O Supremo Tribunal de Justiça foi instituído pela Constituição Imperial (art. 163), sendo criado pela Lei de Constituição do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de setembro de 1828, e instalado em 7 de janeiro de 1829. Era composto por 17 juízes letrados com “vencimentos anuais de 4.000\$000 (quatro mil réis) cada um”²⁹, e não poderiam exercer outro emprego, salvo o de membro do Poder Legislativo, nem acumulavam qualquer outro cargo.

²⁸ FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *Op. cit.*, p. 87.

²⁹ VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Notas para a História do Poder Judiciário em Santa Catarina*. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981, p. 42.

Competiam ao Tribunal duas funções estabelecidas no art. 5º da Lei de 18 de setembro de 1828, quais sejam: a) conceder ou denegar revistas nas causas cíveis e criminais, quando se verificar, ou a manifesta nulidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os juízos em última instância; b) conhecer dos delitos e erros de ofício que cometerem seus ministros, os das relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes das províncias.

A separação da jurisdição contenciosa das Câmaras Municipais, no Brasil, deu-se com a Lei de 1º de outubro de 1828. Portanto, a partir desse momento, as Câmaras detinham somente função legislativa, medida que veio em contra-partida à criação, pela Lei de 22 de setembro daquele ano, dos Juízos de Primeira Instância. Em Santa Catarina, mesmo depois da criação dos Juizados de Direito, os juizes de fora³⁰ judicaram por mais cinco anos³¹. Os juizes de paz foram instituídos no ordenamento brasileiro com a Lei de 15 de outubro de 1827. A Lei de 29 de novembro de 1832 substituiu a organização judiciária portuguesa por uma organização judiciária brasileira nas Províncias, que seria a seguinte: “[...] cada Distrito teria um Juiz de Paz, um Escrivão, tantos Inspetores quantos fossem os quarteirões, além de

30 Em 1532, enquanto os primeiros juizes ordinários eram empossados no Brasil, um novo tipo de magistrado aparecia em Portugal: o *juiz de fora* ou, como inicialmente fora chamado, *de fora à parte*. Era um funcionário letrado, formado em Leis ou Cânones e nomeado pela Coroa, geralmente assumindo a sua primeira responsabilidade na carreira jurídica. Avantajava os juizes ordinários, não apenas na formação profissional, mas, também, na isenção a respeito das pressões locais. O cargo não podia ser exercido no local de origem ou residência habitual do magistrado e não era permitido o matrimônio ou qualquer outro vínculo pessoal com os seus jurisdicionados. Por outra parte, a sua autoridade, delegada pela Coroa, era muito superior à dos juizes ordinários. Mesmo com a criação desses juizes de fora, o domínio dos que detinham o poder local sempre se manifestou, até mesmo porque o processo de colonização exigia que as pessoas que detivessem a posse da terra se empenhassem em sua defesa, como sentinelas avançadas do reino, tanto assim que os primeiros forais concedidos aos que aqui chegaram lhes garantia o direito de não ser molestados por magistrados providos pela Coroa (ANGELIN, Augusto N. Sampaio. *Dos homens bons aos vereadores e os primeiros juizes do Brasil*, in www.jus.com.br/doutrina/texto).

31 VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Op. cit.*, p. 44.

Oficiais de Justiça; em cada termo um Conselho de Jurados, um Juiz Municipal, um Promotor Público, um escrivão das execuções e tantos Oficiais de Justiça quantos necessitassem os juízes; em cada comarca, um Juiz de Direito ou mais, até três nas de maior população, com jurisdição cumulativa, sendo um deles o Chefe de Polícia”³². Em 1833, a primeira Assembléia Provincial de Santa Catarina dividiu a Província em duas comarcas: a) comarca do Norte, tendo como Termo as Vilas de Lages, São Francisco, Porto Belo e São Miguel; e b) comarca do Sul, que possuía o Termo da Vila de Laguna e São José. Em 1849, foi realizada a primeira reforma judiciária, no presente Estado de Santa Catarina, transformando-se a então “Comarca do Norte” em “Primeira Comarca”, tendo como sede a Capital (Desterro) e como competência territorial a própria sede, São Francisco, São Miguel e Porto Belo; e a “Comarca do Sul”, que passou a denominar-se “Segunda Comarca”, com sede em São José e com competência territorial na sede desta comarca, na Vila de Lages e na cidade de Laguna.

A atividade jurisdicional, na época do Império em Santa Catarina, possuía alguns aspectos típicos. Nas colônias de Blumenau e Joinville predominavam os imigrantes europeus, especialmente os alemães, e havia um grande choque cultural. Um exemplo disso era com relação às terras, pois no país de origem dos imigrantes a gleba era usualmente propriedade incontestada de várias gerações da mesma família, diferentemente dos proprietários brasileiros, que não se opunham à ocupação e posse de numerosas glebas por intrusos. Com isso, os colonos se sentiam logrados e, algumas vezes, se queixavam aos juízes da localidade de São Francisco e Itajaí, mas sentiam a atividade jurisdicional distante e inacessível, por ser dispendiosa e lenta. O Poder Judiciário, em Joinville, obedecia à Lei Fundamental daquele município, dividida em trinta e quatro parágrafos subordinados a diversos títulos. Essa lei foi criada em decorrência da cláusula terceira do contrato firmado em 5 de maio de 1849 entre o Príncipe de Joinville e a sociedade colonizadora de Hamburgo,

32 VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Op.cit*, p. 61.

que estabelecia a “Comuna da Colônia Dona Francisca”³³. Na cidade de Joinville, havia um Tribunal próprio, composto por um juiz de paz e doze colonos, cujas “sentenças” não eram recorríveis. Denota-se que houve uma tentativa de “transferência dos padrões germânicos para uma colônia fundada no Brasil”³⁴, situação que perdurou até o início da República. Com a Lei n. 411, de 16 de abril de 1856, a Província Catarinense foi dividida em quatro comarcas: da Capital; de São José; de Laguna; e, por último, a de São Francisco. A Lei n. 444, de 24 de março de 1858, criou a comarca de Lages, que foi desmembrada da comarca de São José. Nessa época, a então Província possuía cerca de 130.000 habitantes. Houve várias modificações na estrutura do Judiciário da época do Império e, no término desse período, a Província contava com dezesseis comarcas³⁵.

4. A administração da atividade jurisdicional da Justiça Comum de Santa Catarina e a República

Com a Constituição Republicana de 1891, o sistema único da justiça foi substituído pelo dual. Foram instituídas a Justiça Federal e a Estadual e o Supremo Tribunal Federal. Os juízes e Tribunais Federais julgariam: as causas fundadas na Constituição; as de interesse da União; os crimes políticos e os contrários à União (moeda falsa, contrabando, etc.); causas entre um Esta-

33 A Lei Fundamental da Comuna sobre o Poder Judiciário define em seus parágrafos 15 a 21, que, *in verbis*: “Parágrafo 15 – O Poder arbitral repousa nas mãos de um Juiz de Paz, o qual terá um substituto, até que se tenha tradução alemã da lei fundamental brasileira. Parágrafo 16 – A duração das funções de um Juiz de Paz é fixada em 1 ano. Parágrafo 17 – Nos casos de processos não terminados o Juiz de Paz os renovará diante do tribunal. Parágrafo 18 – Os delitos graves, ou crimes, tais como segundo roubo, assassinio, incêndios, serão reenviados aos tribunais para serem julgados; Parágrafo 19 – O tribunal se compõe de Juiz de Paz e doze colonos e se reunirá em dia fixo de cada semana; Parágrafo 20 – Os doze juízes serão convocados de quatro em quatro semanas, entre os colonos elegíveis, pelo Juiz de Paz, conforme a lista alfabética dos nomes; Parágrafo 21 – Depois da sentença do tribunal nenhuma apelação terá lugar”, *in* VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Op. cit.*, Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981, p. 84.

34 VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Op. cit.*, p. 85.

35 VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Op. cit.*, p. 126.

do e cidadão de outro; as de Direito Marítimo; as de estrangeiro fundadas em contrato com a União ou em tratados internacionais (art. 60)³⁶. O Supremo Tribunal Federal era composto de quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos de notável saber e reputação (art. 56 da Constituição de 1891). Julgaria, originariamente: os crimes comuns do Presidente e de quaisquer dos Ministros; os dos Ministros diplomáticos; causas entre União e Estados, ou de um destes contra outro; as nações estrangeiras e a União ou Estado, conflitos entre juízes federais ou entre estes e os estaduais. Em grau de recurso, julgariam as questões resolvidas pelos juízes e Tribunais Federais; os processos findos, em matéria crime; bem como as sentenças das justiças dos Estados, em última instância (art. 59).

Nesse compasso, seguindo a análise da história da administração da justiça no Estado de Santa Catarina, examinar-se-á a Justiça Comum e, conseqüentemente, a evolução do Tribunal de Justiça deste Estado, para após trazer à colação a legislação referente às suas comarcas.

4.1. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina na República

A Constituição Estadual de Santa Catarina, de 11 de junho de 1891, estabeleceu que o Tribunal de Justiça denominar-se-ia Superior Tribunal de Justiça³⁷ e seria composto de cinco magistrados, inamovíveis e vitalícios, escolhidos entre os Juízes de Direito mais antigos. Além do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Estadual Catarinense consignou que a Justiça Estadual se comporia por: Juízes de Direito e suplentes com exercício nas comarcas; Juízes de Paz; Tribunais Correccionais e pelo Tribunal do Júri (art. 46). O Decreto n. 104, de agosto de 1891, detalhou a

36 BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*, vol. II, 1891, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 38.

37 A denominação do Tribunal mudou em 1892 para Relação da Justiça, em 1934 passou a chamar-se Corte de Apelação e, em 1937, Tribunal de Apelação. A designação de Tribunal de Justiça surgiu pela primeira vez na Constituição de 1946 (Tribunal de Justiça de Santa Catarina – *Memórias dos 110 anos. Florianópolis: Ed. Comemorativa 1891 – 2001, 2001*, p. 27).

estrutura do Poder Judiciário Catarinense. Os membros do Tribunal denominar-se-iam desembargadores e somente poderiam funcionar com a presença mínima de três de seus membros, sendo que, na falta desse número, o Presidente convocaria os juizes das comarcas mais próximas. O ingresso na magistratura dar-se-ia por concurso público, que se realizaria perante uma banca de três membros, formada pelo Presidente do Tribunal, por um magistrado e um advogado designado pelo primeiro. Pelo Ato Governamental n. 285, de 28 de agosto de 1891, foram nomeados os cinco primeiros Desembargadores do Superior Tribunal de Justiça, os juizes de direito e os primeiros servidores da justiça³⁸. O Tribunal de Justiça³⁹ foi dissolvido pela Resolução n. 821, de 8 de abril de 1893, e no mesmo ato foram nomeados novos Desembargadores. Isso deveu-se a fato político havido com Hercílio Luz (Chefe do Comissariado das Terras), que foi acusado de utilizar violência contra alguns colonos⁴⁰. Em razão disso foi movido processo criminal contra ele. Sua defesa afirmou que faltava prova do alegado, com certidão de corpo de delito. Como lembra Tycho Brahe Fernandes Neto⁴¹, não havia corpo de delito das pretensas violências e houve fraude na produção dessa prova, por parte do Comissário de Polícia da época. Hercílio Luz então dirigiu-se ao juiz de direito de Blumenau para mostra-lhe documentos que provariam fraude, e este, num acesso de abuso de poder, agrediu a socos o então indiciado, tentando retirar-lhe à força os respectivos documentos. Tal fato teria um fim breve se os federalistas não tivessem o interesse de desmoralizar a figura já proeminente de Hercílio Luz no Estado. Em decorrência disso

38 Tribunal de Justiça de Santa Catarina – *Memórias dos 110 anos*, p. 33.

39 Com a Constituição Estadual de 1891, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi denominado de Superior Tribunal de Justiça. Com a nova Carta Estadual, em 7 de julho de 1892, redigida por Assembléia Constituinte federalista, ocorreu mudança na estrutura judiciária estadual e o Tribunal modificou sua denominação para Tribunal da Relação, que funcionou até 8 de abril de 1893. Isso deuse até 1894, quando retornou a ser denominado Superior Tribunal de Justiça.

40 Fato que, para Tycho Brahe Fernandes Neto *in História do Judiciário Catarinense*, p. 166, foi arditosamente forjado pelas autoridades governistas, em tempos em que a disputa entre republicanos e federalistas era acirrada.

41 FERNANDES NETO. Tycho Brahe. *Op. cit.*, p. 166.

foi aberto inquérito contra Hercílio Luz pelo Chefe de Polícia Interino, em Blumenau, em razão da suposta agressão contra o juiz de direito que se deu em 30 de dezembro de 1892. Na seqüência, ocorreu novo incidente agora entre Hercílio Luz e o Comissário de Polícia, em 16 de fevereiro de 1893, que o levou à prisão por tentativa de homicídio. Esse fato envolveu tiroteio dos partidários do Comissário e de Hercílio Luz. Foi nomeado novo Chefe de Polícia, em Blumenau, que instaurou, no dia 22 de fevereiro de 1893, outro processo contra Hercílio Luz e várias personalidades, pronunciando-os. Dessa decisão recorreram os réus para o Tribunal de Relação e, em 7 de abril de 1893, o Presidente do Tribunal desclassificou o crime de tentativa de homicídio para lesões corporais leves. Todavia, antes mesmo da soltura de Hercílio Luz e de seus companheiros, o Presidente da Província dissolveu a Corte e nomeou novos Desembargadores. Houve protestos dos deputados catarinenses e pedido para o Presidente da República, Floriano Peixoto, interferir na situação formada, o que em nada resultou. O então Governador Manoel Joaquim Machado rompeu com Floriano Peixoto e o denunciou como anarquizador e subversivo, em 24 de abril de 1893. Após, teve de renunciar. Hercílio Luz acabou declarando um governo paralelo, o que não foi reconhecido por Floriano Peixoto, em 2 de agosto de 1893. Durante quase um ano foi derramado sangue do povo catarinense, inclusive de juízes, por se rebelarem contra Floriano Peixoto. Em 20 de abril de 1894, foi reconstituído o Tribunal, na sua forma original de 1891, sendo que o Superior Tribunal de Justiça voltou a se reunir com a mesma composição⁴². A partir daí a evolução do Tribunal, em Santa Catarina, deu-se de forma serena e dentro do respeito ao ordenamento jurídico.

4.1.1. A Evolução na composição do Tribunal de Justiça de acordo com o crescimento do número de processos

Com a Constituição Federal de 1891, foi estabelecido um número mínimo de três desembargadores e na Constituição Estadual de Santa Catarina foi estabelecido um número de cinco

42 Tribunal de Justiça de Santa Catarina – *Op. cit.*, p. 30.

desembargadores para compor o Tribunal. Somente em 23 de maio de 1910, com a entrada em vigor da Constituição Estadual Catarinense, o número de desembargadores aumentou para seis. Isso porque o número de processos havia crescido nos últimos anos, conforme Tycho Brahe Fernandes Neto⁴³, que identificou terem sido julgados 18 feitos em 1891; 20 em 1893; 51 em 1897; 63 em 1898; 78 em 1899; 80 em 1905; 87 em 1908 e, até agosto de 1909, haviam sido julgados 30 processos, encontrando-se, ainda, em andamento mais 20⁴⁴. Posteriormente, com a Constituição Estadual de 27 de julho de 1928, em seu art. 43, houve a alteração para oito desembargadores no Superior Tribunal de Justiça, sendo aproveitados para as vagas surgidas os desembargadores em disponibilidade (art. 1º das Disposições Transitórias). A Carta Estadual de 25 de agosto de 1935, em seu art. 54, alterou a composição para nove desembargadores, e assim permaneceu até a edição da Lei n. 1.552, de 31 de outubro de 1956, que modificou a composição do Tribunal para onze⁴⁵. Em 21 de outubro de 1972, a Comissão designada para elaborar projeto de mudança da estrutura do Tribunal de Justiça apresentou os seguintes dados: “Até a presente data, foram distribuídos às Câmaras Cíveis, deduzidos os desquites amigáveis, 950 processos, dentro dos quais 200 agravos de petição, recebendo a Câmara Criminal 444 feitos”⁴⁶. Esse projeto foi encaminhado como Emenda Constitucional n. 3 e promulgada em 11 de janeiro de 1973, alterando o número de desembargadores para quinze. Em 1º de abril de 1976, a Assembléia Legislativa promulgou a Emenda Constitucional n. 7 e, a partir de então, o Tribunal de Justiça foi

43 FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *Op. cit.*, p. 227-228.

44 O próprio Governador do Estado de Santa Catarina, na 3ª Sessão da 7ª Legislatura do Congresso Representativo, em 16 de agosto de 1909, solicitou ao legislativo constituinte estadual a alteração do número de desembargadores para sete, pelo grande número de ações naquele Tribunal.

45 O projeto de lei foi encaminhado pelo próprio Tribunal de Justiça sob a égide da Constituição Estadual de 23 de julho de 1947, que fixou ser competente lei ordinária para definir o número e as funções de desembargadores do Tribunal de Justiça.

46 Livro de Atas do Tribunal Pleno, 1972, p. 99, 99v. e 100. Arquivo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, publicado no Diário Oficial do Estado no dia 19 de janeiro de 1973, tendo circulado no dia 22 de janeiro daquele ano.

composto por dezessete desembargadores. O Desembargador Eduardo Luz, no ano de 1979, em sessão extraordinária do Tribunal de Justiça, de 23 de março, manifestou-se sobre o aumento de desembargadores no Estado de Santa Catarina, após a edição da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura), contrariamente à maioria de seus colegas de Tribunal, trazendo dados relativos ao número de processos naquela época, *in verbis*: “na 1ª Câmara Cível houve a distribuição de 147 processos para cada desembargador, que representa um número pequeno. Considerando, ainda, o das Câmaras Reunidas, e outros feitos, não se eleva a 150 o número de processos distribuídos a cada um dos membros da Câmara, atualmente três. A 1ª Câmara Criminal, também com três membros, tem uma distribuição de 127 processos, num total de 387 feitos. [...] Considerados todos os feitos do Tribunal, em 1978, inclusive o Conselho da Magistratura, houve uma distribuição de 2.447 processos que, divididos por 15, dá um total de mais ou menos 150 a 160 processos por desembargador”⁴⁷. Para esse desembargador a Lei Orgânica da Magistratura não autorizava o aumento do número de desembargadores, visto que o parágrafo 1º do art. 106 definia que: “Somente será majorado o número de membros do Tribunal se o total de processos distribuídos e julgados, durante o ano anterior, superar o índice de trezentos feitos por juiz”. Com a maioria dos votos dos desembargadores, foi encaminhado projeto para a Assembléia Legislativa de mudança da composição do Tribunal de Justiça, passando para vinte e dois membros. Deuse, portanto, a promulgação da Emenda Constitucional Estadual n. 9, de 28 de março de 1979, com o fundamento de que “o aumento do número de desembargadores terá repercussão insignificante no erário público”⁴⁸. Com a entrada em vigor da Constituição Estadual, de 5 de outubro de 1989, foi fixado o mínimo de vinte e sete desembargadores para aquele Tribunal (art. 82), ficando expressamente definido que a “alteração do número de desembargadores depende de lei complementar”⁴⁹. Em 1994, o

⁴⁷ FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *Op. cit.*, p. 243.

⁴⁸ FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *Op. cit.*, p. 249.

⁴⁹ Parágrafo único do art. 82 da Carta Constitucional Estadual.

Órgão especial do Tribunal de Justiça, na sessão do dia 6 de abril, por votação unânime, aprovou projeto de lei que se transformou na Lei Complementar n. 122, de 11 de julho de 1994, criando cargos de Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau, para evitar a constante convocação de juizes de direito da comarca da Capital em substituição de desembargadores. Em 2000, foi aprovada, pela Assembléia Legislativa, a Lei Complementar n. 195, de 22 de maio, que criou mais treze novos cargos de desembargador. Atualmente, o Tribunal de Justiça é composto de 40 desembargadores e 12 juizes substitutos de segundo grau. Os Órgãos de Julgamento do Tribunal de Justiça do Estado são: “I — o Tribunal Pleno — com todos os membros do Tribunal; II — A Seção Civil e as Câmaras Criminais Reunidas; III — Os Grupos de Câmaras, o Grupo de Direito Civil, constituído pelas Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Civil; o Grupo de Direito Comercial, composto pelas Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Comercial; e o Grupo de Direito Público, integrado pelas Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Público; IV — As Câmaras Cíveis Isoladas, com a denominação de Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Civil; Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Comercial; e Primeira, Segunda e Terceira Câmaras de Direito Público; V — As Câmaras Criminais Isoladas, com a denominação de Primeira e Segunda; VI — O Conselho da Magistratura”⁵⁰. Por fim, o Ato Regimental n. 41/2000 instituiu a Câmara Civil Especial, com competência para apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento de interlocutórias de primeiro grau, bem como para julgar os recursos contra decisões de seus membros.

4.2. As comarcas em Santa Catarina

No início da República, o Estado de Santa Catarina possuía dezesseis comarcas. Eram elas: Araranguá (Lei n. 8, de 25-6-1891); Biguaçu, antiga São Miguel (Lei n. 541, de 11-4-1864);

50 De acordo com a Lei Complementar n. 148/96, que alterou dispositivos do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei Estadual n. 5.624, de 9-11-79) e os Atos Regimentais ns. 41/2000, 57/2002 e 59/2003, *in* www.tj.sc.gov.br.

Blumenau (Lei Provincial n. 1.109, de 30-8-1886); Brusque (Lei n. 16, de 13-11-1891); Capital (Resolução do Conselho Ultramarino de 20-6-1749); Curitibaanos (Lei n. 745, de 19-4-1875); Itajaí (Lei n. 603, de 13-4-1868); Joinville (Lei n. 1.000, de 18-4-1883); Lages (Lei n. 444, de 24-3-1858); Laguna (Lei n. 411, de 17-4-1856); São Bento do Sul (Dec. n. 102, de 12-8-1891); São Francisco do Sul (Lei n. 411, de 17-4-1856); São Joaquim (Lei n. 16, de 13-11-1891); São José (Lei n. 277, de 21-3-1849); Tijucas (Lei n. 691, de 24-7-1873) e Tubarão (Lei n. 745, de 19-4-1875). Além dessas, até o final do Século XIX foi criada a comarca de Campos Novos, pelo Decreto n. 194, de 18 de julho de 1894. De outra banda, no Século XX, foram criadas as seguintes comarcas: Pailhoça (Lei n. 693, de 19-10-1906); Canoinhas (Lei n. 954, de 2-8-1913); Chapecó, Joaçaba, Mafra e Porto União (Lei n. 1.147, de 25-8-1917); Urussanga (Lei n. 1.516, de 14-11-1925); Rio do Sul (Lei n. 1.708, de 10-10-1930); Bom Retiro (Decreto n. 157, de 19-9-1931); Orleans (Dec.-Lei n. 459, de 17-1-1934); Dalbergia e após Ibirama (Dec. n. 528, de 28-2-1934); Indaial (Dec. n. 529, de 28-2-1934); Jaraguá do Sul (Dec. n. 569, de 4-4-1934); Concórdia (Decreto n. 697, de 5-11-1934); Caçador (Decreto n. 698, de 5-11-1934); Criciúma e Timbó (Lei n. 941, de 31-12-1943); Videira (Lei n. 817, de 20-1-1953); Capinzal, Mondai, Xanxerê, Turvo, Ituporanga e Itaiópolis (Lei n. 1.171, de 10-12-1954); Palmitos (Lei n. 197, de 15-12-1954); Taió, Braço do Norte, Tangará e São Miguel do Oeste (Lei n. 1.948, de 27-12-1958); Xaxim e São Lourenço do Oeste (Lei n. 2.613, de 2-1-1961); Dionísio Cerqueira (Lei n. 2.893, de 26-10-1961); Anita Garibaldi, Balneário Camboriú, Guaramirim, Imaruí, Maravilha, Pomerode, Ponte Serrada, Santa Cecília, São João Batista, Seara, Sombrio, Trombudo Central e Urubici (Lei n. 3.787, de 29-12-1965); Gaspar (Lei n. 1.170, de 2-12-1970); Itapiranga e Pinhalzinho (Res. n. 1/70, de 2-12-1970); Campo Erê, Piçarras, Santo Amaro da Imperatriz e São José do Cedro (Res. 1/75, de 22-12-1975, art. 505, II, g); Abelardo Luz, Imbituba, Rio Negrinho, São Carlos e São Domingos (Lei n. 5.633, de 30-11-1979); Anchieta, Cunha Porã, Fraiburgo, Içara, Papanduva e Quilombo (Lei n. 6.543, de 13-6-1985); Barra Velha (Lei n. 6.899, de 5-12-1986); Coronel Freitas, Correia Pinto, Descanso, Jaguaruna, Lauro Müller, Lebon Régis e Otacílio Costa

(Lei Complementar n. 109, de 7-1-1994); Armazém, Capivari de Baixo, Campo Belo do Sul, Camboriú, Catanduvas, Garopaba, Garuva, Herval do Oeste, Itá, Itapema, Itapoá, Rio do Campo, Rio do Oeste, Modelo, Navegantes, Porto Belo, Presidente Getúlio, Acurra, Santa Rosa do Sul, Forquilha, Araquari, Três Barras e Ipumirim (Lei Complementar n. 181, de 21 de setembro de 1999). Atualmente, são 111 comarcas no Estado de Santa Catarina, classificadas em entrância inicial, entrância intermediária, entrância final e entrância especial. Essas comarcas fazem parte da estrutura organizacional do Poder Judiciário em Santa Catarina, que está definida no artigo 77 da Constituição Estadual. Portanto, fazem parte dos órgãos do Poder Judiciário em Santa Catarina: “I — o Tribunal de Justiça; II — os Tribunais do Júri; III — os Juízes de Direito e os Juízes Substitutos; IV — a Justiça Militar; V — os Juizados Especiais; VI — os Juízes de Paz; VII — outros órgãos instituídos em lei”.

5. Dados atuais sobre a atividade jurisdicional da Justiça Comum no Estado de Santa Catarina

Nesse compasso, é importante demonstrar os dados atuais da atividade jurisdicional da Justiça Comum no Estado de Santa Catarina. Assim vê-se que:

O Estado de Santa Catarina possui 293 municípios⁵¹, população de pouco mais de 6.000.000 de pessoas⁵² e analfabetismo de 5,7% de sua população⁵³. As 111 comarcas judiciais são administradas por 304 juízes de primeiro grau (titulares e substitutos vitalícios e não vitalícios) e o Tribunal de Justiça é composto por 52 juízes de segundo grau (destes 40 são desembargadores e 12 juízes substitutos de segundo grau). Totalizam 356 juízes em atividade e 153 juízes inativos⁵⁴, formando um corpo de 509 juízes

51 www.brasilrepublica.hpg.ig.com.br

52 www.sc.gov.br/conteudo/santacatarina

53 www.brasilrepublica.hpg.ig.com.br

54 Dados fornecidos pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

de direito. No Brasil, segundo dados do Supremo Tribunal Federal⁵⁵, há, aproximadamente, um juiz para cada 25 mil habitantes. É uma média alta comparada com países da Europa. Veja-se, por exemplo, o caso da Alemanha onde a proporção é de um para cada 4.000 habitantes. Em Santa Catarina, a proporção habitantes/juiz é de, aproximadamente, 16.853 habitantes por juiz, ou seja, uma média bem menor do que a média nacional, mas, ainda, distante da média alemã.

Quanto ao número de processos judiciais no Estado, cumpre abordar o movimento forense da Justiça de primeiro grau nos últimos 3 anos e 6 meses, compreendidos os anos de 2001, 2002, 2003, até agosto de 2004 (tabela 1). Esse levantamento revela que o número de processos em andamento aumentou em 523.097 processos, contados do ano de 2001 até agosto de 2004, incluídas as execuções fiscais e excluídos os processos que foram julgados pelos magistrados catarinenses nesses anos. Esse cálculo traduz que, nesse período, houve um aumento de 52% de processos em andamento na Justiça Catarinense. Outro dado importante é que até agosto de 2004 tramitaram na Justiça de primeiro grau catarinense 1.511.078 processos. Somente no ano de 2004 ingressaram 443.534 novos processos e foram julgados 277.905. Esses dados comprovam o levantamento realizado pelo Ministério da Justiça para o Diagnóstico do Poder Judiciário que identifica a 1ª instância da Justiça Comum como o mais importante segmento do Poder Judiciário “em volume de serviços jurídicos”⁵⁶, concentrando 68% dos processos julgados no país em 2003.

55 “Atolada, Justiça vê déficit de magistrados atingir 21%” in Folha de São Paulo, A4, 14 de junho de 2004. Reportagem realizada a partir de levantamento feito pelo STF, com dados referentes a 2003.

56 Diagnóstico do Poder Judiciário, Ministério da Justiça, agosto de 2004, p. 35, in www.mj.gov.br.

Tabela 1

Ano	Processos Iniciados – total	Processos Encerrados – total	Processos Julgados – total	Em andamento Final ano – total*
2001	542.599	412.812	302.947	987.981
2002	616.933	514.959	378.885	1.114.686
2003	668.719	576.983	384.804	1.408.976
2004**	443.534	383.920	277.905	1.511.078

Fonte: Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina/Corregedoria-Geral da Justiça/Divisão Judiciária/Movimento Forense da Justiça de Primeiro Grau.

* No ano de 2003 houve um incremento de 108.380 feitos em andamento, em virtude da adequação do saldo de processos aos mapas gerados a partir do saj/pg.

** Período: janeiro a agosto de 2004.

Para o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, até outubro de 2004, foram distribuídos, julgados e assinados, respectivamente, 35.346, 28.547 e 22.392 processos. No período entre o ano de 2001 até outubro de 2004, aumentaram para 8.349 os processos pendentes de julgamento, ou seja, nos últimos 3 anos e 6 meses houve um incremento em 22% no número de processos pendentes no Tribunal, índice bem menor do que os 63% no número de processos pendentes de julgamento na Justiça Comum de primeiro grau. Dados de outubro de 2004, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, dão conta de que existem 38.438 processos pendentes de julgamento. Em média, para cada juiz de primeiro grau em atividade, existem 4.970 processos para serem julgados, enquanto que para cada juiz de segundo grau, incluídos os substitutos, existem 739 processos pendentes de julgamento (tabela 2).

Tabela 2

Ano	Processos* distribuídos	Processos julgados	Processos assinados	Processos pendentes
2001	28.527	28.422	21.674	30.089
2002	30.658	29.292	21.771	31.275
2003	34.740	33.825	26.746	32.417
2004**	35.346	28.547	22.392	38.438

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina/Diretoria Judiciária.

* Incluiu-se nesse levantamento os processos cíveis e criminais.

**Levantamento realizado até outubro de 2004.

A produtividade dos juízes é outro dado que deve ser analisado. A 1ª instância da Justiça Comum do Estado de Santa Catarina ocupou o segundo lugar no *ranking* nacional⁵⁷, com 1.252 processos julgados por juiz, atrás somente do Estado de São Paulo. A média nacional de produtividade é de 1.207 processos julgados por juiz. Os julgamentos no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ficaram com a terceira posição, sendo julgados a média de 844 processos por Desembargador. Em primeiro lugar ficou o Estado do Rio Grande do Sul, e em segundo o Estado de São Paulo. A média nacional é de 642 processos julgados por Desembargador⁵⁸.

Os dados referentes à proporção habitantes/número de processos, na Justiça Comum, são diferenciados, no contexto nacional do estadual. Dados do Ministério da Justiça⁵⁹ demonstram que, em 2003, foram distribuídos ou deram entrada no Poder Judiciário brasileiro 17,3 milhões de processos. No ano passado, restou comprovado que havia um processo para cada 10,2 brasileiros. Segundo o Diagnóstico do Poder Judiciário, o Estado de Santa Catarina apresenta a segunda mais alta taxa de litigiosidade do país, só perdendo para o Estado de São Paulo. O índice de um processo para cada 8,25 habitantes é superior à média nacional. Para Sérgio Renault⁶⁰, Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, nos Estados em que o Índice de Desenvolvimento Humano — IDH é maior, como São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, o Judiciário é mais procurado, diferentemente de Estados como Alagoas, Pará e Amazonas, em que o IDH é menor e a média de habitantes por processo é de 62, 54 e 61 habitantes para cada processo, respectivamente.

57 O Estado de Santa Catarina, por meio da Justiça Federal de 1ª instância, ocupou a primeira posição nacional, com 1.952 processos julgados por juiz, ou seja, 1,9 vezes a média nacional (Diagnóstico do Poder Judiciário, *op. cit.*, p. 64).

58 Dados extraídos do Diagnóstico do Poder Judiciário, *op. cit.*, p. 64.

59 www.mj.gov.br/noticias/2004/agosto — notícia de 16-8-2004.

60 *Idem*.

5.1. Os custos do Poder Judiciário

O Poder Judiciário exerce função essencial em um Estado de Direito, partindo-se do pressuposto que Estado de Direito é a “autovinculação do Estado ao Direito fundado na lei como expressão da vontade comum da sociedade”⁶¹. Assim, é importante estudar mais a fundo o Poder Judiciário, inclusive seus custos.

Sabe-se que a atividade jurisdicional é algo mais que economia⁶², mas é importante discutir-se, abertamente, esta temática, espelhando-se em Portugal, que, em 2002, realizou Colóquio Internacional intitulado os “Custos da Justiça”. Nesse encontro, foram observados os custos diretos e indiretos do Poder Judiciário português e de vários países da Europa. O Professor João Álvaro Dias, organizador do evento português, assinalou que, pelo menos no sistema português, “em matéria de administração de justiça, mais recursos financeiros e humanos não são garantia segura de um melhor produto judiciário”. Afirmou, ainda, que foi evitada “a tentação, seguramente maniqueísta, de defender um qualquer princípio de proporcionalidade inversa segundo o qual a mais recursos corresponde uma maior ineficiência”. Concluiu que “é preciso, e é possível, com os mesmos recursos materiais e humanos fazer mais e, seguramente, fazer melhor”⁶³. Não se pretende, com isso, comparar a Justiça portuguesa com a brasileira, mas discutir os custos vale para qualquer sistema moderno de justiça. Tratar do Poder Judiciário em termos de “equação custo-benefício”⁶⁴ deve partir da concepção de justiça como serviço e avaliar o lado da oferta, pois a justiça representa “uma prestação de serviço público altamente especializado”⁶⁵.

61 HENKEL. *Introducción a la filosofía del derecho apud* Gusmão, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo de Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 419.

62 POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*, México: Fondo de Cultura Económico, 1998, Trad. Eduardo L. Suárez, p. 33.

63 DIAS, João Álvaro. “Os Custos da Justiça” – Conclusões, *in* Custos da Justiça – *Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 558.

64 CALVETE, Vitor. Equação Custo-Benefício na Administração da Justiça, *in* Os Custos da Justiça – *Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 428.

65 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Pensando os custos da justiça, *in* Os Custos da Justiça – *Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 515.

Mesmo sabendo que o Poder Judiciário, em Santa Catarina, apresenta um dos melhores desempenhos do País, uma vez que “cada juiz costuma julgar em média mais de mil processos por ano, ou que um Estado com apenas 3% da população nacional responde por 5% do total de processos distribuídos nas Cortes de Segunda Instância do país”⁶⁶, é necessário saber que há um custo deste Poder. É importante discorrer sobre o orçamento destinado ao Poder Judiciário em proporção ao número de juízes e desembargadores que nele atuam, para ter-se uma noção do gasto no Estado de Santa Catarina com a sua Justiça. Como demonstrado, existem 304 juízes de primeiro grau (titulares e substitutos vitalícios e não vitalícios) e 52 juízes de segundo grau. Desse modo, totalizam 356 juízes em atividade. A receita do Tribunal de Justiça, encaminhada pelo Estado de Santa Catarina, conforme leis orçamentárias de 2001, 2002, 2003 e 2004, é a seguinte:

Ano	Receita TJSC*	FRJ**	Lei Orçamentária n.
2001	211.053.795	+ 26.972.000	11.705 de 9-1-2001
2002	276.807.455	+ 23.000.000	12.110 de 7-1-2002
2003	326.350.079	+ 29.000.000	12.563 de 15-1-2003
2004	413.231.591	+ 28.800.000	12.872 de 16-1-2004

* Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

** Fundo de Reparelhamento do Judiciário.

Partindo do pressuposto de que o magistrado é o titular do poder jurisdicional do Estado e que, além disso, possui a função administrativa sobre os seus servidores e os serviços que lhe competem, poder-se-ia fazer uma relação entre o orçamento destinado ao Poder Judiciário e os seus magistrados. Sob esse enfoque, sabe-se que, conforme orçamento de 2004, o Judiciário de Santa Catarina recebeu R\$ 413.231.591,00 (quatrocentos e treze milhões, duzentos e trinta e um mil, quinhentos e noventa e um reais) acrescidos de R\$ 28.800.000,00 (vinte e oito milhões e oitocentos mil reais) do Fundo de Reparelhamento do Judiciário, totalizando R\$ 442.031.591,00 (quatrocentos e quarenta e dois

66 AXT, Gunter. *Considerações sobre a autonomia do Poder Judiciário na História Nacional*, palestra proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 1º-10-2001, in www.tj.rs.gov.br/institu/memorial/consideracoes.doc.

milhões, trinta e um mil, quinhentos e noventa e um reais)⁶⁷. Esse valor equivale à satisfação dos gastos do Poder Judiciário Catarinense. Como o juiz é o titular da prestação jurisdicional, dividindo-se o número de juízes, incluídos os de segundo grau e desembargadores, em atividade no Estado de Santa Catarina, ou seja, 356, pelo orçamento, no ano de 2004, ter-se-ia o valor de R\$ 1.241.661,00 (um milhão, duzentos e quarenta e um mil, seiscentos e sessenta e um reais) para cada magistrado administrar, por ano. Esse valor indicado a cada magistrado abrangeria as seguintes despesas: seus vencimentos e os de seus servidores, custos operacionais do cartório e fórum e todas as demais despesas com a estrutura do Poder Judiciário. Vê-se que a justiça tem preço sim, contrariando o provérbio de que a “justiça não tem preço”.

O Primeiro Diagnóstico Geral do Poder Judiciário realizado pelo Ministério da Justiça estima que o custo médio por processo julgado, na Justiça Comum do Brasil, é de R\$ 1.848,00 (um mil, oitocentos e quarenta e oito reais)⁶⁸. Reitera a pesquisa que há uma grande diferença por Estado da Federação e demonstra que este custo varia “desde um mínimo de R\$ 973,00 (novecentos e setenta e três reais), na Paraíba, até um máximo de R\$ 6.839,00 (seis mil, oitocentos e trinta e nove reais), no Amapá. Os maiores custos foram os verificados, pela ordem, no Amapá, Amazonas, Pará e Rio de Janeiro, superiores ao dobro da média nacional. Os menores custos foram registrados, pela ordem, na Paraíba, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Pernambuco, todos abaixo de R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais)”⁶⁹. No Estado de Santa Catarina, o custo estimado por processo é de R\$ 1.242,00 (um mil, duzentos e quarenta e dois reais).

67 Esse valor embora originário das Leis Orçamentárias de 2001, 2002, 2003 e 2004 é diferente do realizado pelo Ministério da Justiça transcrito no Diagnóstico do Poder Judiciário na tabela “Evolução das despesas Estaduais com o Judiciário” (em milhões), página 77, que define o gasto do Poder Judiciário Catarinense em 2002 como sendo R\$ 507.000.000,00 (quinhentos e sete milhões de reais).

68 www.mj.gov.br/noticias/2004/agosto – Notícia de 16-8-2004.

69 Diagnóstico do Poder Judiciário, *op. cit.*, p. 78.

Imprescindível que, ao realizar uma Reforma Constitucional, haja uma avaliação do respectivo impacto econômico-financeiro de alterações no Poder Judiciário dos Estados e da União⁷⁰. Antonio Araújo, jurista português, que trata deste assunto nos tribunais das terras do além-mar, em uma comparação pesada, mas real, afirma que “a maior parte das reformas na área da Justiça são empreendidas sem uma avaliação do respectivo impacto econômico-financeiro. [...] Temos leis iguais às da Alemanha para serem aplicadas em tribunais que, em muitos casos, funcionam como os do Terceiro Mundo”⁷¹. Flávio Galdino⁷², examinando “O custo dos Direitos” de Cass Sunstein e Stephen Holmes, ensina que “os direitos não nascem em árvores” e possuem um custo, por isso não se deve negligenciar a avaliação do impacto econômico-financeiro de qualquer proposta de aprimoramento da atuação do Poder Judiciário.

6. Conclusão

O estudo da história do Poder Judiciário no Estado de Santa Catarina não difere da história do Poder Judiciário brasileiro, claro que com algumas peculiaridades. No século XX, o sistema judicial adotado pela República manteve-se o mesmo, a não ser em épocas de ditadura, quando houve o cerceamento da atividade judiciária pelo Governo. O Poder Judiciário do Brasil, no século XX, “institucionalizou-se, sofreu alterações em seu perfil e em sua estrutura”⁷³. Da mesma forma, como não poderia deixar de ser, a atividade jurisdicional catarinense alterou o seu perfil. A administração do Poder Judiciário evoluiu, mas de forma mais lenta que a do setor privado⁷⁴. Pode-se afirmar, sem sombra de

⁷⁰ ARAÚJO, Antonio. *A “crise” da justiça* (breves considerações) *apud* BARRETO, Antonio. *Justiça em crise? Crises da justiça*. Lisboa: Dom Quixote, 2000, p. 65.

⁷¹ ARAÚJO, Antonio. *Op.cit.*

⁷² GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*, in *Legitimação dos Direitos Humanos*. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202-203.

⁷³ SADEK, Maria Tereza. “Justiça”, in *Estatísticas do Século XX*, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Centro de Documentação e Disseminação de Informações. Rio de Janeiro: 2003, p. 133.

⁷⁴ “A justiça ainda tarda. E falha. O sistema brasileiro se manteve praticamente o

dúvida, que os Tribunais e a Justiça de primeiro grau “são as organizações de meios e pessoas destinadas a realizar um dos serviços mais importantes de toda a administração pública: a administração da justiça”⁷⁵. A jurisdição como serviço público, conforme Humberto Theodoro Júnior⁷⁶, “corresponde a uma das funções inerentes à soberania nacional, de sorte que a prestação jurisdicional interessa não apenas às partes que se envolvem em litígios e buscam no foro a intervenção necessária à respectiva composição”, mas a toda a sociedade.

Para entender os custos do Poder Judiciário, é necessário discutir a administração deste Poder, que é realizada pelo magistrado, técnico em Ciências Jurídicas e não em Finanças Públicas. Com efeito, o magistrado é competente para gerir o dinheiro público destinado a investimentos em toda a estrutura do Poder Judiciário. Além disso, esse mesmo magistrado deverá prestar a jurisdição, ou seja, realizar a justiça, no caso concreto, por meio dos atos processuais que lhe competem: sentença, decisão interlocutória e despachos. Ora, a gestão da administração pública, inclusive a administração da jurisdição, está-se modificando, com o objetivo de uma justiça menos burocrática e mais eficiente. O Poder Judiciário brasileiro e estadual, para prestar melhor o serviço público dentro dos limites, funções e conhecimento dos magistrados, deverá gerir a jurisdição, com um novo modelo de gestão pública: a Administração Gestonária⁷⁷. Esse modelo “é caracterizado pela gestão profissional, pela competição, pela adoção dos modelos de gestão empresarial, pela clara definição dos padrões de *performance*, pela focalização nos resultados, e pela importância dada ao uso eficiente dos meios existentes”⁷⁸.

mesmo no século XX”. *Carta Capital*, Ano X, n. 261, de 8-10-2003, p.42-44; SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Administração e Gestão da Justiça – Análise comparada das tendências de reforma*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2001, p. 9.

75 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 54.

76 THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Pensando os custos da justiça” in *Os Custos da Justiça – Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 515.

77 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 16.

78 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 16.

Em todos os levantamentos de dados realizados pelo Ministério da Justiça sobre o Diagnóstico do Poder Judiciário nacional, a Primeira e a Segunda Instâncias da Justiça Comum do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina estão entre os melhores resultados da República Federativa do Brasil. Contudo, não devem ser esquecidas as palavras do Coordenador do Colóquio Internacional sobre os Custos da Justiça, em Portugal: “[...] nem os edifícios e equipamentos nascem de geração espontânea nem os custos dos diversos operadores judiciários, financiados pelo Estado, podem ser subestimados. [...] Todos somos chamados a dar o nosso contributo em prol da justiça. Todos necessários quando movidos por sadios critérios em que não sejamos ‘juiz em causa própria’! Todos dispensáveis quando ‘encadernamos’ os nossos caprichos, pretensões ou interesses instalados com o manto do interesse colectivo, ou a defesa da Constituição e da lei”⁷⁹.

7. Referências bibliográficas

- AXT, Gunter. *Considerações sobre a autonomia do Poder Judiciário na História Nacional*, palestra proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em 1º-10-2001.
- BALEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, vol. II, 2001.
- BARRETO, Antonio. *Justiça em crise? Crises da justiça*. Lisboa: Dom Quixote, 2000.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. 3. ed., v. I, Brasília: Senado, 2002.
- CALVETE, Vitor. Equação Custo-Benefício na Administração da Justiça, *in Os Custos da Justiça - Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- DIAS, João Álvaro. Os Custos da Justiça — Conclusões, *in Custos da Justiça — Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *História do Judiciário Catarinense*. Florianópolis: Diploma Legal, 1981.

79 DIAS, João Álvaro. *Os custos da Justiça*, *op. cit.*, p. 5.

- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos, in TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- LEITE, Serafim. *Cartas e mais escritos do P. Manuel da Nóbrega (opera omnia)*. Coimbra: s/ed., 1955.
- NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil — Crônica dos tempos coloniais*. Porto Alegre: Coleção Ajuris, v. I, 1975.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Ed. Manole, 2002.
- PEREIRA, Carlos da Costa. *História de São Francisco do Sul*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1984.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e Justiça: Conceito e Evidência Empírica. Judiciário e Economia no Brasil*, São Paulo: Ed. Sumaré, 2000.
- POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económico, 1998, Trad. Eduardo L. Suárez.
- SADEK, Maria Tereza. “Justiça”, in Estatísticas do Século XX, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, Centro de Documentação e Disseminação de Informações. Rio de Janeiro: 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Administração e Gestão da Justiça — Análise comparada das tendências de reforma*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra: Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, 2001.
- SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. Estudos, São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979, Tradução: Maria Helena Pires Martins.
- SILVA, Francisco de Assis. *História do Brasil. Colônia, Império e República*. 2. ed., São Paulo: Ed. Moderna, 1983.
- THEODORO, Humberto Júnior. Pensando os custos da justiça, in Os Custos da Justiça — *Actas do Colóquio internacional*, Coimbra, 25-27 de setembro de 2002, Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- Tribunal de Justiça de Santa Catarina — *Memórias dos 110 anos*. Ed. Comemorativa 1891 – 2001. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 2001.
- VIEIRA, João Alfredo Medeiros. *Notas para a História do Poder Judiciário em Santa Catarina*. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1981.

A DÚVIDA NA PRONÚNCIA

Antonio Hugem Nunes¹

In dubio pro societate, diz-se nas sentenças de pronúncia, para justificá-la, quando as circunstâncias do processo apontam alguma dúvida na interpretação da prova.

Decisões dos Tribunais, aos milhares, proclamam e justificam o aforisma, como se vê na consulta, mesmo que superficial, de qualquer manual de jurisprudência.

Como todos os processos encerram dúvida em algum grau, até pela bipolaridade resultante do conflito de provas inerente ao contraditório, cometem-se, por vezes, em nome da simplicidade do axioma, arrematadas injustiças, levando um cidadão inocente à barra do Tribunal do Júri.

Em razão disso, a pronúncia de alguém exige aprofundada reflexão para abreviar a possibilidade de injustiça, até porque não é toda a dúvida que deve ser resolvida em favor da sociedade.

As presentes anotações restringem-se ao estudo dos artigos 408 e 409 do Código de Processo Penal, porquanto é inquestionável que qualquer dúvida a respeito daquelas outras circunstâncias de que cuida o artigo 411 deve ser resolvida pelo Tribunal do Júri, juiz natural dos delitos dolosos contra a vida.

¹ Advogado.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 69.944-8 de São Paulo, relator o Ministro Celso de Melo, assim definiu a natureza jurídica do decreto de pronúncia:

“A sentença de pronúncia constitui ato decisório de natureza meramente interlocutória. O pronunciamento jurisdicional que nela se consubstancia deixa de operar os efeitos peculiares à coisa julgada em sentido material.

“A sentença de pronúncia — ao veicular um juízo positivo de admissibilidade da imputação penal deduzida pelo Ministério Público — gera efeitos de índole meramente processual, vinculando o magistrado prolator ao conteúdo que dela emerge, em ordem a caracterizar, e sempre no que concerne à autoridade judiciária pronunciante, uma hipótese de preclusão *pro judicato*” (Lex — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 181/295).

Embora tenha natureza interlocutória, produz ela efeitos de suma gravidade, pois estabelece o juízo de admissibilidade da acusação, sujeita o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri e determina os limites acusatórios do libelo.

Em razão de tal conteúdo é que o artigo 408 do Código de Processo Penal é exigente ao traçar os pressupostos da sentença de pronúncia:

“Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos de seu convencimento”.

Da leitura desse dispositivo, evidencia-se que, por primeiro, o juiz deve estar convencido, tanto da existência do crime quanto de indícios (suficientes, diz o artigo 409) da autoria do réu. Essa convicção não pode situar-se apenas na subjetividade do juiz, mas deve resultar da análise das provas produzidas no processo, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Civil. Na apreciação dessas provas é assegurada ao juiz a mais ampla liberdade para formar o seu convencimento, cujos motivos, no entanto, é obrigado a explicitar pela exigência expressa da parte final do artigo 408.

Materialidade

Em sede de pronúncia, pois, o juiz deverá ser convencido por primeiro da existência do crime.

Tal questão — a de ter havido um homicídio — deve ser respondida pela decisão de pronúncia, porquanto a materialidade do crime deve sobejar incontestada. A aparente existência de um crime de homicídio não basta para a pronúncia.

É do magistério de Eduardo Espínola Filho:

“Reclama o art. 408 que, para pronúncia, veja o juiz provado o crime na sua materialidade, ou seja, na sua existência material. Edgard de Moura Bittencourt refere (A Instituição do Júri, 1939, pág. 66), com apoio em decisões judiciais: Em se tratando da própria existência do crime, decidiu o Supremo Tribunal Federal: ‘nenhuma distinção estabeleceram as leis entre a sentença do sumário e a do plenário ou do julgamento’. Para que qualquer delas possa ser regularmente proferida, no sentido da procedência da acusação, o juiz há de ter pleno conhecimento do delito; este a ele se terá de revelar em positiva demonstração como que ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa, irrecusável. Margarino Torres, igualmente; ‘Note-se, de início, que a lei exige, quanto ao fato criminoso, certeza ou convencimento. Não bastam indícios sobre as circunstâncias da ação do acusado, sendo mister verificação plena, quer do fato, quer da sua natureza criminosa’” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 5ª ed. Volume I, p. 243).

Para a pronúncia, pois, o que apenas parece não basta, sendo indispensável, quanto à materialidade, a prova plena. A mera certeza subjetiva não importa para a pronúncia, se não estiver calcada em fatos objetivos. Como já alertava Malatesta, certeza e verdade nem sempre coincidem, pois, algumas vezes estamos certos do que objetivamente é falso e outras vezes duvidamos daquilo que é objetivamente verdadeiro, e que a mesma verdade que parece indubitável para alguém aparenta ser duvidosa para outro e mesmo falsa para um terceiro:

“La verità, in genere, è la conformità della nozione ideologica alla realtà; la creduta percezione di questa conformità è certezza.

La certezza è, quindi, uno stato subbiettivo dell'anima, il quale può non corrispondere alla verità obbiettiva. Certezza e verità non sempre coincidono: talora si è certi di ciò che obbiettivamente è falso; talora si è in dubbio di ciò che obbiettivamente è vero; e la stessa verità che apparisce certa ad uno, apparisce talora dubbia ad un altro, e talora falsa persino, ad un altro ancora” (Nicola Framarino dei Malatesta, *Logica Delle Prove In Criminale*, Terza Edizione, Volume Primo, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912, p. 5)

Não basta, pois, mera certeza subjetiva do julgador. A materialidade deve estar cabalmente provada nos autos para justificar a decisão de pronúncia, pois, na dicção do artigo 408, o juiz deve ser convencido da existência do crime. Na hipótese de dúvida, não cabe invocar o *in dubio pro societate* mas impronunciar o réu, obediente ao comando do artigo 409 do Código de Processo Civil, que reforça os termos do artigo 408:

“Se (o juiz) não se convencer da existência do crime [...] julgará imprecendente a denúncia ou a queixa”.

Igual é a solução se a prova dos autos não determinou a causa da morte da vítima, porque tal definição tem a ver com a materialidade do crime. É o que tem decidido a jurisprudência, nas vezes em que cerceou a invocação fácil de que a dúvida, na fase de pronúncia, deve ser resolvida a favor da sociedade.

“Processo crime — Pronúncia. Prolação com base nos indícios veementes de autoria. *Causa mortis* contudo indeterminada. Inadmissibilidade. Recurso provido. Inteligência do art. 408 do Código de Processo Penal.

“Para a pronúncia não basta a suficiência dos indícios de autoria. A materialidade do delito há de estar cumpridamente demonstrada nos autos. A *causa mortis* não pode ser indeterminada” (Revista dos Tribunais 492/299).

Também o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Indefinição da *causa mortis*. Conseqüente materialidade do delito não provada, embora regularmente realizado exame pericial.

“Impronúncia referente ao crime de homicídio (art. 409 do CPP)” (Recurso Criminal n. 8.613, relator Des. Álvaro Wandelli, publicado em 16-3-89).

Consta do corpo do acórdão verdadeira lição sobre a matéria:

“A primeira questão a ser verificada no processo, portanto diz respeito à materialidade, ou mais especificamente, como quer a lei processual, à existência do crime.

“O laudo de exame cadavérico de fl. 17 não define a causa da morte da vítima, indicando-a prejudicada [...] Procedeu-se à exumação do cadáver, mas a conclusão sobre a *causa mortis* é indeterminada.

“Temos, então, indefinida a *causa mortis*, de tal sorte a não se poder ao menos afirmar se foi ou não provocada. Essa circunstância favorece sobremaneira os acusados, de modo a impedir mesmo, pelo menos neste estágio, a prolação de decisão de pronúncia.

“[...] Em se tratando da própria existência do crime, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ‘nenhuma distinção estabeleceram as leis entre a sentença do sumário e a do plenário ou do julgamento’. Para que qualquer delas possa ser regularmente proferida, no sentido da procedência da acusação, o juiz há de ter pleno conhecimento do delito; este a ele se terá de revelar em positiva demonstração, como que, ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa, irrecusável. Margarino Torres, igualmente: ‘Nota-se, de início, que a lei exige, quanto ao fato criminoso, certeza ou convencimento. Não bastam indícios sobre as circunstâncias da ação do acusado, sendo mister verificação plena, quer do fato, quer da sua natureza criminoso’”.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Criminal n. 2001.002628-2, de 24 de abril de 2001, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão da lavra do Desembargador Torres Marques, decidiu que a prolação da pronúncia, no que se refere à materialidade, exige a íntima convicção do juiz, amparada objetiva e subjetivamente na evidência do contexto probatório:

“O art. 408 do CPP, quando menciona que o juiz deve-se convencer da existência do crime, não exige mais do que sua íntima convicção, amparada objetiva e subjetivamente na evidência do contexto probatório, até como corolário dos princípios da persuasão racional e segurança jurídica, que se sobrepõem, nesta fase, à dúvida que fomenta a decisão de pronúncia”.

Consta do voto do Relator:

“Inicialmente, cumpre salientar que para prolação da decisão de pronúncia são necessários dois requisitos, elencados no art. 408, *caput*, do Código Penal: *convencimento acerca da existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor*.

“Segundo E. Magalhães Noronha, ‘numerosas são as definições de pronúncia: ‘é a decisão pela qual declara o Juiz a realidade do crime e a sua suposição fundada sobre quem seja seu autor’; ‘é a decisão em que se apuram a existência do crime, a certeza provisória da autoria e indícios da responsabilidade do réu’; ‘pronúncia é a decisão pela qual o juiz estabelece a existência de um crime e quem seja o seu autor’; é a sentença em que, julgada procedente a denúncia ou queixa, é o réu considerado indiciado em infração penal, provada na sua materialidade, para o efeito de, com o nome lançado no rol dos culpados e sujeito à prisão imediata, ser submetido ao julgamento definitivo pelo Tribunal do Júri’ (*in* Curso de Direito Processual, 21ª edição, 1992, p. 251 e 252).

“Continua o Mestre por lecionar sempre no sentido do convencimento do magistrado acerca da ‘existência do crime’, ‘indícios da autoria’ e ‘motivos do (referido) convencimento’.

“Culmina citando a *communis opinio doctorum*, no sentido de ‘ser necessária a prova plena da existência do crime e de indícios sérios da autoria [...]’. Mais especificamente quanto à existência do delito, menciona ser necessária ‘prova convincente’, enquanto à autoria bastam os indícios; e finaliza: ‘Numa palavra: a pronúncia exige o *corpus delicti*, isto é, o fato típico demonstrado e a prova indiciária da autoria’ (ob. cit., p. 252).

“Neste contexto, faz-se necessário perquirir a qualificação jurídica do delito cometido (homicídio), a fim de possibilitar a corre-

lação entre a ação (autoria) e o resultado (materialidade), o que se nomina relação de causalidade. Assim, conforme lição doutrinária, o homicídio é delito material, ou seja, aquele deixará necessariamente vestígios externos decorrentes da sua prática, como, por exemplo, um cadáver, o sangue, os instrumentos utilizados etc. Porém, tais fatos não bastam para aferir com razoável e necessária certeza a existência do crime. De fato, não é possível responsabilizar alguém pela morte natural de outrem, citando-se aqui o clássico exemplo do crime impossível por impropriedade do objeto — as facadas desferidas em cadáver. Necessário, sob este prisma, que o agente tenha contribuído de qualquer forma, segundo o art. 29 do Código Penal, na produção do resultado lesivo. A morte da vítima, *v.g.*, tem que decorrer necessariamente das facadas desferidas, como no exemplo citado, ou, pelo menos, o resultado dever-se-á ao desdobramento natural da ação do agente, a teor da interpretação do art. 13 do Código Penal.

“Ainda sobre o crime material, leciona Mirabete que ‘há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da palavra, e não com relação ao seu conteúdo jurídico. Exemplos são o homicídio (morte) [...]’ (Manual de Direito Penal, Atlas, 5ª edição, p. 134).

“Já que o homicídio é delito material, é necessário perquirir se os elementos probatórios acostados nos autos são suficientes para justificar um juízo de certeza acerca da existência do crime na fase de pronúncia, ou seja, se os vestígios do seu cometimento estão suficientemente demonstrados pelas provas produzidas. Fala-se, até aqui, da certeza da materialidade do delito”.

Acrescenta mais à frente do alentado voto:

“A relação de causalidade não diz respeito apenas à autoria do delito, mas à correspondência entre a influência desta e a causa do evento lesivo, chamada materialidade. Não basta, portanto, a presença de um cadáver, é necessário que se demonstre o que causou a morte, se o réu contribuiu, de que forma, com a conduta descrita na exordial acusatória, para o desfecho daquele resultado letal.

“Damásio ensina que o terceiro elemento do fato típico é o nexo de causalidade entre o comportamento humano e modificação do mundo exterior (resultado). Cuida-se de estabelecer quando o resultado é imputável ao sujeito, sem atinência à ilicitude do fato ou à reprovação social que ele mereça (culpabilidade)” (Direito Penal. 1º volume, Saraiva, 1999, p. 249).

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que, para a pronúncia, a materialidade exige comprovação inequívoca, à margem de qualquer dúvida, como consta do voto do Relator Ministro Edson Vidigal, no julgamento do Recurso Especial n. 3829/RJ, que foi acolhido para impronunciar o réu recorrente:

“Assim é que, mormente quanto à materialidade, enxergo mal valorada a prova, *esta que exige comprovação inequívoca, à margem de dúvida qualquer. Na composição do binômio, a materialidade assume papel de relevo, porque requer prova palpável, concreta, estanque de dúvida.* [...] Há que existir o convencimento do julgador quanto à existência real do crime, ao contrário da autoria que reclama apenas indícios. Vale dizer: *a materialidade não se exaure com indícios, veementes, ou não. A prova há que ser completa, não permitindo dúvida*”.

Por último, nesta parte, o Supremo Tribunal Federal conheceu da matéria, em sede de *habeas corpus*, ao anular sentença de pronúncia por falta de justa causa, deixando assente que o brocardo *in dubio pro societate* jamais tem aplicação no que toca à existência do crime:

“I. *Habeas corpus* — Cabimento — Direito probatório — 1. Não é questão de prova, mas de direito probatório — que comporta deslinde em *habeas corpus* —, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime. II. *Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do in dubio pro societate na dúvida quanto à existência do crime.* 2. *O aforismo in dubio pro societate que — malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputado adequado a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia — jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja*

o juiz convencido. 3. O convencimento do juiz, exigido na Lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas convencimento fundado na prova: donde, a exigência — que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, ‘os motivos do seu convencimento’. 4. Caso em que, à frustração da prova pericial — que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada —, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: conseqüente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, pronunciou o réu sob o pálio da invocação do *in dubio pro societate*, descabido no ponto. 5. *Habeas corpus* deferido por falta de justa causa para a pronúncia” (STF – HC n. 81.646/PE – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 9-8-2002 – p. 84).

Segue-se, então, que jamais poderá ser pronunciado o réu quando não houver prova cabal da existência do crime, em cujo âmbito insere-se a determinação definitiva da causa da morte, sem cuja certeza não se poderá falar em delito. Conseqüentemente, qualquer dúvida com relação à materialidade do delito deverá ser resolvida em favor do réu, levando à sua impronúncia.

Autoria

Quanto ao segundo pressuposto, o artigo 408 do CPP exige indícios da autoria. No entanto, indícios não são meras afirmações de terceiros por ouvir dizer, comentários gratuitos, boatos, conjecturas ou ilações. Indício tem definição no artigo 239 do Código de Processo Penal:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e *provada*, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Não há confundir “indício” e “presunção”, segundo a lição sempre atual de Whitaker:

“Presunção é a conseqüência tirada pelo legislador ou pelo juiz, do fato certo para o incerto que depende de prova.

“Na presunção há trabalho de raciocínio guiado pela lógica. De um fato certo, de existência incontestável, é extraída, pela relação de causalidade, a prova do fato incerto. O fato certo chama-se indício. O raciocínio que liga o fato certo ao probando é a presunção.

“Indício e presunção, são, pois, coisas diversas. Basta que se pondere que aquele já exprime a certeza, ao passo que esta é a probabilidade que resulta da ligação desse fato a outro” (O Júri, ns.192 e 193).

Assim também Galdino Siqueira:

“Não se deve, porém, confundir os indícios, que formam a prova chamada relativa ou prova circunstancial, com as presunções, confusão aliás feita por Mittermayer, Bonier e outros tratadistas. Como diz Carrara e vimos acima, indícios são circunstâncias que nos revelam, pela conexão que guardam com o fato probando, a existência deste mesmo fato, ao passo que as presunções exprimem a própria persuasão desta existência. Por outra, os indícios são elementos sensíveis, reais, que indicam um objeto (*index*), ao passo que as presunções são as conjecturas ou juízos formados sobre a existência do fato probando, conjecturas pressupostas pela lei como verdades absolutas (presunções legais) ou induzidas pelo juiz, segundo a ordem natural das coisas (presunções comuns)” (Código de Processo Criminal Brasileiro, 2ª ed., p. 279, n. 320).

Para Hermínio Alberto Marques Porto, os indícios de que cuida o artigo 408 “são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente, na forma descrita pela inicial penal; o indício ‘suficiente’ de autoria oferece uma relativa relação entre um primeiro fato e um segundo advindo da observação inicial, e devem tais indícios, para que motivem a decisão de pronúncia, apresentar expressivo ‘grau de probabilidade que, sem excluir dúvida, tende a aproximar-se da certeza [...]’” (Júri, 6ª ed., 1990, p. 74).

Quanto à valoração dos indícios na sentença de pronúncia, ensina Julio Fabbrini Mirabete:

“Embora para a pronúncia baste a suspeita jurídica derivada de um concurso de indícios, devem estes ser idôneos, convincentes e não vagos, duvidosos, de modo que a impronúncia se impõe quando de modo algum possibilitariam o acolhimento da acusação pelo Júri” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p. 936).

Gravíssimos erros judiciários podem resultar de ligação aparentemente idônea dos indícios, no sentido de apontar a ocorrência de determinada autoria, que, por vezes tarde demais, vem a ser desmentida pelos fatos. É clássico o exemplo do processo dos irmãos Naves em Minas Gerais que foram processados, julgados e condenados por homicídio a partir de indícios corroborados por outras provas arrancadas sob tortura. Quinze anos depois o “morto” reaparece e escancara o terrível erro judiciário.

Por tais razões é que os indícios devem ser convergentes, sérios e graves, como adverte Jorge Henrique Schaefer Martins, ilustre magistrado catarinense:

“Sabendo-se que, na busca da melhor história do fato, utilizam-se inúmeros tipos de prova, e que inexistente no ordenamento jurídico-processual brasileiro uma gradação entre elas, afigura-se serem os indícios elementos probatórios de igual valor aos demais, desde que deles se possa retirar conclusões seguras a permitir a convicção do julgador [...].

“Exige-se, portanto, que se façam presentes indícios graves, precisos e concordantes, dos quais se obtenha a certeza processual do fato imputado, advenha como lógico o raciocínio, sem que, para tanto, seja necessária uma construção intelectual.

“O juiz, conseqüentemente, terá condições de emprestar relevância a indícios quando não surgir outra alternativa plausível, quando o grau de probabilidade seja suficientemente forte, que não resista a dúvidas ou opções diversas, isto é, fique descartada toda possibilidade lógica de erro, e que a conclusão apareça clara, firme e livre de dúvidas razoáveis” (Prova Criminal, Juruá, 1996, p. 72).

A jurisprudência, aqui e ali, tem dado interpretação ao artigo 408 do Código de Processo Penal no que se refere a indícios, afastando a solução simplista do *in dubio pro societate*:

“Pronúncia. Indícios de autoria insuficientes. Aplicação do aforismo *in dubio pro reo* e não *in dubio pro societate*. Impronúncia mantida. Inteligência do artigo 409 do CPP.

“Para a pronúncia não são suficientes indícios duvidosos, vagos ou incertos sem conexão com o fato da autoria” (RT 534/416).

[...] A pronúncia exige uma suposição fundada da responsabilidade criminal do acusado. A lei fala em indícios de autoria, os quais não se confundem com a mera conjectura, *porque indícios são elementos sensíveis, reais, ao passo que a conjectura, muitas vezes, funda-se em criações da imaginação ou de possíveis antipatias, não provadas. O indício, bem contrário, deve ser necessariamente provado*” (RT 546/334).

Também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Pronúncia. Decretação com base em elementos colhidos no inquérito. *Autoria imputada ao acusado decorrente de meras conjecturas. Inadmissibilidade*. Ausência de indícios de autoria. Recurso provido para despronunciar o acusado.

“Em tema de pronúncia, os indícios de autoria, a autorizá-la, devem ser sérios, seguros e veementes, não bastando, para tanto, *meras conjecturas* extraídas de peças do inquérito policial, colhidas sem as garantias constitucionais do contraditório e não reproduzidas em Juízo” (JC 67/326, rel. Des. Márcio Batista).

“Pronúncia. Requisito. Existência do crime e indícios de autoria. Falta. Recurso provido.

“Para que alguém possa ser pronunciado é necessária a existência simultânea de prova indubitosa da existência do crime e de indícios a ela pertinentes.

“A só suspeita acerca do fato típico, notadamente quando inexistentes indícios acerca da autoria, não autoriza a pronúncia” (JC 14/347, rel. Des. Tycho Brahe).

Por outra, embora o artigo 408 não contenha qualquer qualificação dos indícios a serem sopesados pelo julgador, o artigo 409, ao tratar da impronúncia, assim estabelece:

“Se não se convencer da existência do crime ou de indício *suficiente* de que seja o réu o seu autor, o juiz julgará improcedente a denúncia ou a queixa”.

Segue-se, então, do próprio texto da lei de que os indícios da autoria devem ser suficientes para embasar a convicção do magistrado. Em tal sentido, já decidiu a Corte de Justiça catarinense:

“Processual penal — Impronúncia — Pressupostos atendidos.

“Para a pronúncia exige-se indícios suficientes da autoria, não bastando, por isso, simples indícios, que por vagos, imprecisos e frágeis, implicariam em absolvição certa no Tribunal do Júri.

“Para a pronúncia é indispensável a presença de indícios que convençam da probabilidade de haver o réu praticado o crime, por isso é que são denominados suficientes” (Recurso Criminal n. 1997.015817-3, rel. Des. Amaral e Silva).

Também do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Processual. Pronúncia. Ausência de indícios de autoria. Despronúncia. CPP, art. 408.

“1. É exigência legal que os indícios sejam suficientes, sérios, para que se possa pronunciar um acusado de crime doloso contra a vida [...]” (REsp n. 46.884/RJ, rel. Min. Edson Vidigal).

Não há, pois, pronunciar um acusado sem a presença de indícios suficientes da autoria. Nem poderá o juiz da pronúncia abrigar-se sob a dúvida para fazê-lo, ou inverter o sentido do artigo 409 do Código de Processo Penal, como consta em alguns julgados, exigindo para a impronúncia “prova escorreta da inexistência do crime ou de que (não) haja indício da autoria”, aduzindo que a dúvida, por menor que seja, submete o acusado ao Tribunal do Júri. O que a lei exige é exatamente o contrário, ou seja, prova escorreta da existência do crime aliada a indícios suficientes da autoria.

Não se compadece com os termos do artigo 409 do CPP, a decisão que decretou pronúncia na qual o julgador deixou exarado textualmente: “Caso fosse um tipo de crime do juízo singular, fatalmente o acusado seria absolvido [...]” e mais adiante: “Caso consiga a Promotoria provar, num Júri — o que será um trabalho difícilíssimo — a participação do acusado [...]” (Processo Crime n. 1.957, de São Joaquim). Se o juiz assim estava convencido era caso de impronúncia, até para evitar que um cidadão, nessas condições, fosse submetido aos azares do Tribunal do Júri, com o risco de condenação, eventualmente confirmada em segundo grau em respeito à soberania dos vereditos emanados do Conselho de Sentença.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Desembargador Nilo Wolff, condensa, em preciosa síntese, a forma de solução da dúvida na sentença de pronúncia:

“Réu pronunciado, com outro, por homicídio qualificado. Interposição de recurso em sentido estrito, visando à despronúncia, por insuficiência de prova de co-autoria ou de participação. *Em sede de pronúncia, ao contrário da simplificação representada pelo brocardo in dubio pro reo, a dúvida resolve-se de acordo com a matéria sub examen. Quando a dúvida envolve a existência do crime ou a autoria/co-autoria/participação, resolve-se pro reo. Quando a dúvida envolve excludentes ou justificativas penais, resolve-se pro societate. Provitamento do recurso. Despronúncia do réu. Unânime*” (RJTJRGS 171/123).

Acresce ainda que, enquanto não extinta a punibilidade, a impronúncia não impede a renovação do processo contra o réu, em surgindo novas provas, como dispõe o parágrafo único do artigo 409.

Para arrematar, portanto, do cotejo dos artigos 408 e 409 do Código de Processo Penal, conclui-se que a dúvida quanto à existência do crime (materialidade) ou quanto à autoria (indícios insuficientes) resolve-se pela impronúncia. Aplicar-se-á, nesta fase, e em relação a esses dois pressupostos, o *in dubio pro reo*, sendo ilegal, além de injusta, a invocação do *in dubio pro societate*.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: REGRA DE JULGAMENTO OU DE PROCEDIMENTO

Domingos Afonso Kriger Filho*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Hipóteses a serem analisadas; 3. Objeto da prova judiciária; 4. Conteúdo protetivo contido no Código do Consumidor; 5. Sistema adotado pelo Código do Consumidor em matéria de responsabilidade civil; 6. A inversão do ônus probatório; 7. Solução dos problemas apontados à luz do exposto; 8. Considerações finais; 9. Bibliografia.

1. Introdução

No que tange à aferição da prova, nosso direito processual adotou o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento, segundo o qual cabe ao juiz decidir com base nos elementos existentes nos autos, analisando-os segundo critérios racionais, nos moldes previstos nos artigos 131, 165, 436 e 458, II, do nosso *Codex*.

Em geral, toda pretensão se prende a um fato pretérito e a afirmação desse fato, feita pelas partes, pode ou não corresponder à verdade. Exatamente para trazer ao presente os fatos passa-

* Advogado. Mestre em Direito. Professor.

dos, é que o direito confere aos interessados a possibilidade de realizarem as provas necessárias à sustentação de suas alegações, o que auxiliará o juiz na formação de sua convicção. Por isso que é comum afirmar ser a prova a alma do processo, o instrumento necessário à realização do direito e da justiça ou, no dizer das Ordenações Filipinas, “o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões”¹.

Não há um consenso acerca da definição da prova, razão pela qual prefere o direito moderno expor-lhe os princípios, finalidade e forma de sua produção do que simplesmente conceituá-la. Em nosso ordenamento atual, a materialização da prova encontra-se subordinada ao princípio do devido processo legal (*due process of law*) contido no artigo 5º, LVI, da Constituição, abrangendo, de forma compreensiva, entre outras coisas, o direito à sua realização e o de ser julgado mediante provas e evidência legal legitimamente obtidas².

No que se refere ao processo civil propriamente dito, a produção da prova encontra-se assim disciplinada: a) ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito; b) ao réu, a prova acerca da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Todavia, com o advento da Lei n. 8.078/90, dita sistemática teve relativizada sua eficácia quando, ao enumerar os direitos básicos dos consumidores, em seu artigo 6º, VIII, previu a facilitação da sua defesa, *inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência*.

Nesse diapasão, uma das maiores dificuldades encontradas pelos operadores do direito quanto à inversão do ônus da prova reside precisamente em saber se esta constitui uma *regra de julgamento* ou de *procedimento*. A respeito, nota-se dissenso tanto na doutrina como na jurisprudência, a exemplo de Kazuo Watanabe³ e dos Tribunais Paulista e 1º Tribunal de Alçada de

1 Liv. III, Tit. 63.

2 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1, p. 174.

3 Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 714.

São Paulo (8ª Câmara)⁴ que a entendem como regra de julgamento e Rizzato Nunes⁵ e aquele mesmo Tribunal de Alçada (4ª Câmara)⁶, que nela vislumbram regra de procedimento.

A questão possui grande importância tanto para a compreensão didática da matéria quanto para aplicação do direito aos inúmeros casos concretos que chegam diariamente aos tribunais e, em nosso modesto entender, *data venia* as opiniões expendidas, tem-se discorrido sobre o tema de forma estanque, isto é, não considerando outros princípios e institutos jurídicos a ela relacionados, o que tem contribuído para o surgimento das discrepâncias apontadas.

O presente ensaio tem, pois, por objetivo analisar a inversão do ônus da prova em face desses outros elementos correlatos, a fim de contribuir para o esclarecimento de tão importante assunto e dar sustentáculo à nossa conclusão final.

2. Hipóteses a serem analisadas

No cotidiano forense, inúmeros são os casos em que se discute problemas decorrentes de relações de consumo. Como é impossível relacionar todos com suas especificidades, tomaremos por base cinco hipóteses genéricas que acreditamos abranger a maioria das lides instauradas. São elas:

2.1 — pessoa adquire um veículo zero quilômetro, vindo a sofrer um acidente em decorrência de defeito em alguma de suas peças;

2.2 — cliente de determinada instituição financeira ou de administradora de cartão de crédito recebe em seus extratos ou faturas débitos por ele não realizados;

2.3 — segurador nega cobertura securitária, alegando causa excludente de responsabilidade;

2.4 — certo fornecedor promove publicidade enganosa em relação a certo produto;

4 Revista dos Tribunais 823/199; 808/276.

5 *Curso de Direito do Consumidor*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 734.

6 Revista dos Tribunais 798/287.

2.5 — paciente submetido a procedimento cirúrgico alega ter sido vítima de erro médico.

As perguntas a serem respondidas nesses casos e que servirão de apoio ao nosso trabalho são: a) em todos eles será necessário ao juiz inverter o ônus da prova para concluir acerca da pretensão do consumidor que se diz lesado? b) que tipo de controvérsia admite a inversão?

3. Objeto da prova judiciária

A prova tem por finalidade gerar a convicção no juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide. Esses, portanto, constituem o seu objeto. Entretanto, para que não se perca tempo e energia processuais para resolver questões desnecessárias ou inúteis, nem todos os fatos devem ser admitidos à prova, mas somente aqueles que realmente interessam ao senso do julgador. Ainda assim, nem todos eles carecem de prova, a exemplo do que ocorre com os fatos notórios, os confessados pela outra parte, os admitidos como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de veracidade, nos moldes previstos pelo artigo 334 do CPC. Somente os fatos *controvertidos, relevantes e determinados* é que são suscetíveis de serem provados.

Levando em consideração a definição da doutrina moderna⁷, controvertidos são aqueles fatos sobre os quais pairam dúvida no processo ou, em linguagem jurídica, os contestados e não admitidos como verdadeiros pela parte contrária à que os alega. Da regra de que são objeto de prova os fatos controvertidos, tem-se como corolário que independem de prova os fatos evidentes, aqueles reputados verdadeiros em virtude de uma presunção legal.

Relevantes são aqueles fatos que tenham relação ou conexão com causa ajuizada, isto é, os que possuem condições de

7 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 337 a 339; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 316-319.

influir na sua decisão. Fatos dissociados da causa ou que não influam no seu julgamento são inúteis, donde inútil sua prova: *frustra probatur quod probatum non relevat*. Consideram-se irrelevantes os fatos impossíveis e também os de prova impossível por disposição de lei ou pela sua própria natureza, a exemplo dos fatos alegados ao encontro de uma presunção *iusuris et de jure* e da prova exclusivamente testemunhal em negócios que ultrapassem o décuplo do maior salário mínimo vigente no país ao tempo em que foram celebrados.

Por fim, os fatos determinados são aqueles que possuem características, limites e qualidades suficientes que os distinguem e separam de outros que se lhes assemelham, donde resulta serem insustentáveis os fatos indeterminados ou indefinidos.

Dessa forma, se a prova civil traduz-se naquela concepção de Couture⁸ como a “demonstração, corroboração da verdade ou falsidade nas proposições formuladas em juízo”, transpondo-se aquelas hipóteses enumeradas no item anterior ao que foi aqui exposto, temos que nos processos em que se discutem questões atinentes a consumo, poderão ser admitidas à prova a própria relação negocial havida entre as partes, o defeito e os vícios de impropriedade e inadequação dos produtos e serviços, o dano, os fatores de exoneração de responsabilidade, os dados técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária, as práticas abusivas e as características das anotações em bancos de dados e cadastros. Por outro lado, considerando a disciplina jurídica adotada pela nossa lei de consumo, não se poderá permitir prova relativa à alegação de ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços, bem como acerca dos prejuízos causados à esfera dos consumidores em virtude de publicidade abusiva ou de cobrança indevida de dívida, dado que presumidos.

8 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215.

4. Conteúdo protetivo contido no Código do Consumidor

Por ter reconhecido a evidente vulnerabilidade do consumidor no mercado, sempre sujeito aos mais variados riscos e às mais diversas práticas, nem sempre pautadas na boa-fé e lealdade, nosso legislador, dando cumprimento ao mandamento constitucional previsto no artigo 5º, XXXII, promulgou a Lei n. 8.078/90, o Código do Consumidor, norma que se reveste de *ordem pública e interesse social* em razão dos valores que visa a resguardar.

Foi exatamente em prol desses valores que referida lei enumerou em seu artigo 6º os direitos básicos dos consumidores, desdobrados em materiais e instrumentais, em que os primeiros encontram-se voltados à proteção de sua estrutura jurídico-patrimonial e os demais dirigidos à obtenção da satisfação efetiva desses direitos. Como já explicitou Carlos Alberto Bittar⁹, esses direitos básicos podem resumir-se em “proteção à vida, à saúde e segurança; proteção dos interesses econômicos, direito à informação e à educação; direito à participação e à consulta e o direito a tutela concreta”.

No ensinamento do citado autor, no âmbito da proteção dos interesses econômicos, reconhece-se direito à proteção contra a publicidade enganosa, métodos desleais e práticas e cláusulas abusivas no fornecimento de bens e serviços, a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais e sua revisão por fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, além da efetiva prevenção e reparação de danos individuais, coletivos e difusos, ao passo que quanto à tutela concreta são assegurados, entre outros, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados e a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão, a seu favor, do ônus da prova, quando verossímil a alegação do consumidor ou for ele hipossuficiente segundo as regras ordinárias da experiência.

Como se observa de toda a sua textura, o nosso Código do Consumidor caracteriza-se como um avançado instrumento jurí-

9 *Direitos do Consumidor*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 31.

dico a serviço da cidadania e dos mais fracos no seio das relações humanas, tendo definido novos objetivos, situações e finalidades sociais.

Nesse contexto, assume papel relevante em nosso estudo a análise acerca da espécie de responsabilidade civil adotada pela nossa lei do consumidor e a forma com que foi enunciada a inversão do ônus da prova nos processos em que esta é aplicada.

5. Sistema adotado pelo Código do Consumidor em matéria de responsabilidade civil

Um dos principais fatores que ensejaram a adoção de um sistema de responsabilização diferenciado, em matéria de consumo, foi a constatação de que a sociedade moderna depende da produção e comercialização em massa de produtos e serviços, gerada, num primeiro momento, pela revolução industrial e, mais recentemente, pela denominada revolução tecnológica. Numa tal realidade, impossível não se vislumbrar o potencial lesivo a que estão sujeitos os direitos e interesses dos consumidores em geral que, por não participarem diretamente do ciclo produtivo-distributivo, ficam subjugados aos ditames da chamada lei de mercado, assumindo um papel meramente passivo, que se resume em adquirir os bens e serviços que são colocados no mercado.

Como certa vez disse Henry Ford, “o consumidor é o elo mais fraco da economia e nenhuma corrente pode ser mais forte que o seu elo mais fraco”, razão pela qual, se os desejos de harmonia e equilíbrio nas relações de consumo almejados pelos movimentos consumeiristas realmente quisessem imperar, necessário se fazia repensar o sistema de garantias outorgadas pelo direito tradicional, pois se continuassem sendo empregadas numa época totalmente diversa e transformada daquela na qual foram criadas, o máximo que os consumidores poderiam almejar seria uma proteção imperfeita e que, por ser imperfeita, continuaria a ser recheada de injustiças.

A preocupação ampliada com todos esses aspectos desembocou no desenvolvimento da chamada *teoria da qualidade*,

também adotada pelo nosso Código, criada com o objetivo de reestruturar o sistema das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa de bens e serviços que, sem se perder em discussões estéreis, volta seus olhos para a ampla responsabilidade dos fornecedores, irradiando seus efeitos nas áreas civil, penal e administrativa.

Pela teoria da qualidade, dois deveres inarredáveis são impostos a todos os fornecedores que queiram colocar em circulação qualquer produto ou serviço: *diligência* e *informação*. Entre nós, esses deveres encontram-se inseridos nos artigos 8º a 10 do Código do Consumidor, e podem ser resumidos na vedação de se colocar no mercado produtos ou serviços que tragam riscos e prejuízos à saúde e à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis, obrigando-se os fornecedores sempre a prestarem as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Qualquer falha na observância desses deveres enseja, ao fornecedor negligente, independentemente da fase produtiva em que ocorrer, a sua responsabilização, que, no campo civil, abrange a proteção da saúde do consumidor, por meio do tratamento dos *vícios de qualidade por insegurança*; e do seu patrimônio, com a regulação dos *vícios de qualidade por inadequação*.

A principal característica do vício de qualidade por insegurança é a inaptidão do produto ou serviço para com a incolumidade do consumidor, ao passo que a do vício de qualidade por inadequação é o desrespeito à sua integridade patrimonial, atingida pela falta de equivalência entre a sua prestação e a contraprestação que recebe. Como decorrência lógica dessa preocupação ampla com todos os valores que integram a estrutura jurídica dos consumidores que a teoria da qualidade visou a resguardar, outra não poderia ser a solução que não a previsão da chamada *responsabilidade civil objetiva* para resolver todos os problemas decorrentes das relações de consumo, contida expressamente nos artigos 12, 14 e, implicitamente, nos artigos 18 e 19 do Código. A única exceção a essa regra geral é a relativa à responsabilização civil dos profissionais liberais que, por desenvolverem atividades tipicamente de *meio*, receberam do legisla-

dor tratamento diferenciado, somente podendo ser responsabilizados mediante a verificação de sua *culpa* (artigo 14, parágrafo 4º).

Sob a ótica do lesado, não se duvida que no âmbito da reparação a responsabilidade civil dita objetiva é a que melhor se adapta aos demais instrumentos legais colocados à disposição dos consumidores, pois os libera de investigar certos aspectos ligados à conduta do fornecedor responsável pelo dano. Assim, em matéria de consumo, para se impor a responsabilização do agente, salvo nos casos que envolvam serviços prestados por profissionais liberais, bastará ao prejudicado evidenciar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o prejuízo, pouco importando indagar o grau de influência que a culpa teve na materialização do evento danoso.

Com isso, filiou-se nosso Código à *teoria do risco*, alimentada pela idéia de que a pessoa que cria uma situação de perigo deve reparar os danos advindos de seu empreendimento.

6. A inversão do ônus probatório

A questão relativa ao *onus probandi* sempre recebeu tratamentos diversos no tempo e no espaço, porque em todos os tempos e lugares as noções de justiça e de igualdade inspiraram as regras práticas de direito. Tanto isso é verdade que muitas máximas do direito antigo atravessaram os séculos, amoldando-se às novas realidades, e chegaram até nós sob a forma de axiomas tais como, entre outros, *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; semper necessitas probandi incumbit illi que agit; actori potius credendum erit; actore non probante, réus absolvitur*.

Como se viu, a atual sistemática da produção da prova no processo civil teve relativizada a sua eficácia com o advento do Código do Consumidor que, para fazer frente a uma nova realidade socioeconômica global, em que os mecanismos de tutela conferidos pelo direito tradicional não mais ofereciam a proteção e respostas satisfatórias aos lesados, instituiu a facilitação da defesa dos consumidores em juízo, na qual se insere a *inversão do ônus da prova*.

Um detalhe importante que merece a atenção do intérprete é o fato de que a inversão do ônus da prova preconizada pela nossa lei de consumo não se apresenta como um instituto autônomo e isolado, mas encontra-se ligada e faz parte do contexto da *ampla proteção* outorgada aos consumidores em geral, que abrange o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado, a facilitação de acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção e reparação de danos, à possibilidade de sua defesa individual e coletiva e à própria responsabilização objetiva dos fornecedores.

Isso é o que se nota, de forma até mesmo literal, da redação do próprio dispositivo em que a inversão está prevista, quando se observa ter o legislador nele feito constar intencionalmente a locução *inclusive*, que exprime a idéia “de estar compreendido, fazer parte, figurar ou pertencer juntamente com outros”.

“Art. 6º — São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Como bem asseverou Tupinambá Castro do Nascimento¹⁰, “o Código do Consumidor facilitou consideravelmente a defesa de seus direitos. Adotou a figura possibilidade da inversão do ônus probatório. Inverte-se o ônus da prova para se igualarem as partes diante do processo. Mas deve ficar claro que o juiz está autorizado a se utilizar desse critério em duas situações: quando o consumidor for economicamente hipossuficiente ou quando a alegação for verossímil”.

Realmente, para que o juiz se utilize da faculdade de inverter o ônus probatório, necessário analisar se os seus pressupostos básicos — *verossimilhança da alegação e hipossuficiência* —

10 *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 28.

encontram-se presentes no caso concreto, segundo as regras ordinárias da experiência.

Por verossimilhança entende-se a alegação que parece ser verdadeira ou que não repugna à verdade. Nesse sentido, não há necessidade de o consumidor dizer a verdade absoluta, mesmo porque, se assim fosse, o fato narrado sempre dependeria de ser confirmado pela prova, bastando, portanto, a crença de que seja faticamente real. A hipossuficiência, por sua vez, está ligada com a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de o consumidor produzir a prova, seja por incapacidade econômica, seja por deficiência técnica ou ambas¹¹.

Uma vez deliberada a inversão, o seu principal efeito é transferir para o fornecedor toda a carga probatória do processo, passando ser sua a obrigação de provar ou a inexistência do fato constitutivo alegado pelo consumidor ou, se admiti-lo, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele.

7. Solução dos problemas apontados à luz do exposto

Considerando a estruturação jurídica adotada pelo Código do Consumidor e os demais argumentos até aqui expendidos, é chegado o momento de responder: a) se em todas as hipóteses arroladas no item 2 é realmente indispensável ao juiz inverter o ônus da prova a favor do consumidor; e b) que tipo de controvérsia admite a inversão?

Para se responder referidas indagações, inicialmente necessário se faz precisar em que consiste o ponto controvertido ou parcela *non liquet* em matéria fática a ser objeto de prova. Nesse contexto, nos casos postos, pode-se perceber que a controvérsia residiria nos seguintes pontos:

— subitem 2.1 — na existência do defeito invocado pelo consumidor

11 A respeito, vários são os julgados que admitem a inversão tanto por motivos econômicos quanto técnicos, sob o prisma de possibilitar ao consumidor o seu direito de acesso à justiça e ampla defesa previstos no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal, a exemplo dos julgados publicados na *Revista dos Tribunais* 775/274; 789/275.

- subitem 2.2 — na utilização do serviço pelo usuário
- subitem 2.3 — na inclusão do evento danoso na cobertura securitária
- subitem 2.4 — na veracidade da mensagem publicitária
- subitem 2.5 — no comportamento culposo do profissional médico

Se isso corresponde à realidade, pode-se afirmar que nem sempre estará o juiz compelido a inverter o ônus da prova para fazer operar a proteção legal outorgada a favor do consumidor, mas ao contrário, na maioria das vezes, o manejo indiscriminado do instituto mostra-se desnecessário e tecnicamente inadequado, como se infere da própria lei de consumo. Senão vejamos:

No caso retratado no subitem 2.1, em que a pretensão do consumidor funda-se na alegação de defeito numa das peças do veículo (fato por si só dotado de grande grau de verossimilhança), o fornecedor somente alcançará a exoneração de sua responsabilidade se provar que não colocou o veículo no mercado ou, se o colocou, que o defeito inexistiu ou culpa do próprio consumidor ou de terceiro na materialização do evento danoso (artigo 12, § 3º). Ou seja, fora do âmbito desses fatos relevantes que a lei lhe autoriza alegar, sua responsabilização será inevitável como consectário direto da *teoria do risco* adotada pelo legislador em matéria de consumo.

A pergunta que o operador do direito deve formular diante de tal situação é: qual a necessidade de se inverter o ônus probatório se ao fornecedor é imposto pelo Código, de forma explícita, o dever de demonstrar um daqueles fatores de exclusão de sua responsabilidade, que se constituem em verdadeiras *regras de julgamento* a serem operadas pelo juiz em questões que envolvam risco advindo da atividade empresarial?

O mesmo ocorre com o exemplo contido no subitem 2.2: se o cliente alega não ter-se utilizado do serviço que ensejou o débito impugnado, caberá à instituição demandada provar que o serviço foi prestado sem qualquer defeito ou, ainda, culpa de quem se utilizou do serviço ou de terceiro (artigo 14, § 3º). Fora isso, a

razão assistirá ao consumidor que se disse prejudicado, devendo ser vedada, por irrelevante, a prova de quaisquer outros fatos que não estes enumerados pela lei.

Quanto à negativa de cobertura securitária (subitem 2.3) a solução se apresenta mais simples ainda, pois se o segurador alega isenção da sua responsabilidade contratual, inexoravelmente deverá demonstrá-la, a teor do que emana do artigo 333, II, do CPC e o que há muito se consolidou na jurisprudência. Nesse caso, nem é preciso socorrer-se da lei de consumo para dar solução à lide posta, sendo suficientes os princípios gerais contidos no direito comum. Mas caso se prefira apego a *lex specialis*, o seu artigo 51, I, serve como excelente parâmetro de julgamento.

No que tange à promoção de publicidade dita enganosa (subitem 2.4), a inversão já se encontra automaticamente determinada pela lei, nos termos do que claramente dispõe o artigo 38 do Código do Consumidor, não havendo lugar, portanto, para qualquer ingerência do magistrado a respeito, pois, se o anunciante não fizer prova da veracidade da informação veiculada, presume-se-a enganosa *ope legis*.

De todas as hipóteses aventadas parece que somente em relação ao alegado erro médico (subitem 2.5) é que tem cabimento a providência de inverter o ônus da prova, haja vista haver em tal situação a ruptura do sistema legal de responsabilidade estruturado pelo Código, em que se transmuda de objetiva para subjetiva, pressupondo a demonstração da culpa do profissional liberal prestador de serviços em qualquer de suas modalidades (imprudência, negligência e imperícia) para se lhe impor a condenação.

Ora, à luz do nosso ordenamento, a culpa não se presume, mas tem de ser provada e, como as obrigações assumidas pelos profissionais liberais são de meio, a responsabilização oriunda de sua atividade apenas advirá se o processo cabalmente demonstrar algum comportamento culposos seu na utilização desses meios. Isso não ocorrendo, a absolvição deve socorrer ao demandado.

Todavia, como o vínculo firmado com os profissionais liberais (dentre os quais se incluem os médicos) envolve uma relação de consumo, surge a possibilidade de se inverter o ônus da prova a favor dos usuários de tais serviços, sempre que estiverem presentes os requisitos legais que ensejam tal providência, no sentido de lhes atribuir a prova da utilização de todos os meios adequados na relação de serviço contratada, mesmo porque a lei não impõe qualquer vedação à sua imposição em desfavor de tais fornecedores.

Um outro exemplo de alteração da sistemática autorizador da inversão seria a prova relativa à *autoria* do dano. Como se viu, em matéria de reparação, nossa lei de consumo adotou como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor, cujo principal efeito é liberar o ofendido da prova da culpa do agente, bastando-lhe evidenciar o nexo entre a ação ou omissão e o prejuízo para exercer a sua pretensão ressarcitória. Mas, apesar dessa forma de responsabilidade apenas dispensar a indagação acerca do grau de influência que a culpa teve na materialização do dano, à luz dos princípios que a informam, continua o ofendido obrigado a demonstrar os prejuízos sofridos e a sua autoria.

Ocorre que em certas relações de consumo pode haver extrema dificuldade de se identificar o causador do dano, tal como se dá com a pessoa que consome vários tipos de medicamentos, sendo que somente um deles vem a lhe afetar seriamente a saúde. Em tal situação, perfeitamente plausível se ordenar a inversão probatória para que todos os fabricantes envolvidos venham a demonstrar a exoneração de sua responsabilidade, de modo que o processo, ao final, identifique o verdadeiro causador do dano, dando assim cumprimento à diretriz fundamental de facilitação da defesa do consumidor em juízo.

Do exposto, respondendo às indagações formuladas, permite-se concluir que: a) não é em todo e qualquer caso que o juiz deve ordenar a inversão do ônus da prova para dar efetivo amparo ao consumidor lesado, uma vez que o próprio código enumera na maioria deles as regras de julgamento que deverão orientá-lo na condução do processo; b) dentro da técnica jurídica, somente aquelas controvérsias que envolvam alteração ou quebra da sis-

temática legal posta é que admitem a inversão, não sendo esta necessária quando a própria lei apresenta as diretrizes a serem seguidas nas hipóteses que enumera.

8. Considerações finais

A inversão do ônus da prova constitui uma inovação adotada pelo legislador como meio de promover a justiça e de propiciar a igualdade em processos que envolvam relações de consumo.

Integra ela o contexto da ampla proteção outorgada aos consumidores em geral e, uma vez ordenada, produz como efeito a transferência de toda a carga probatória ao fornecedor, impondo-lhe o ônus de demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do demandante ou, se admiti-lo, apresentar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele.

Exatamente por compreender e perceber a vulnerabilidade do consumidor no mercado, sujeito às mais diversas práticas e ações prejudiciais, nossa lei adotou um sistema de responsabilização rígido, baseado no *risco empresarial*, que presuppõe o dever de indenizar sempre que o produto ou serviço comercializado prejudicar ou acarretar riscos anormais a quem os adquirir.

Com vistas a isso, nosso Código do Consumidor formula uma série de enunciados que permitem ao operador jurídico tecer um raciocínio dedutivo, no qual os problemas concretos surgidos são subsumidos ao modelo abstrato posto a fim de alcançar a solução almejada pelo legislador.

Tais enunciados representam verdadeiras *regras de julgamento* a serem aplicadas aos casos indicados e que se traduzem naqueles fatos relevantes capazes de influir na decisão da causa.

Nesse contexto, a inversão do ônus da prova transpõe como uma *regra de procedimento* colocada à disposição do juiz naqueles casos em que a solução preconizada para o caso concreto não se encontra explicitamente inserida no modelo abstrato concebido.

Por consistir numa regra de procedimento com força capaz de alterar a distribuição usual da carga probatória, e em respeito ao princípio maior da ampla defesa, imprescindível que sua aplicação seja previamente anunciada, inclusive dando ciência ao demandado do ponto controvertido sobre o qual o ônus será invertido.

9. Referências bibliográficas

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1985.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- CASTRO DO NASCIMENTO, Tupinambá. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed., Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal Civil*. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson e DANARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no código de proteção e defesa do consumidor*. 2. ed., Porto Alegre: Editora Síntese, 2000.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

MILHOMENS, Jônatas. *A prova no processo*. 1. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ULHOA COELHO, Fábio. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI N. 9.503/97) COMO INSTRUMENTO PUNITIVO

Elizete Lanzoni Alves*

INTRODUÇÃO

O presente artigo constitui-se de um estudo sobre o Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, como instrumento de controle da violência no trânsito, no sentido da redução de acidentalidade, e a melhoria do alcance da segurança.

A análise está direcionada, por um lado, às limitações do Código de Trânsito Brasileiro como instrumento punitivo e sua perspectiva como agente controlador da violência já que a segurança no trânsito é motivo de relevante preocupação social em razão do crescente índice de mortalidade advindo de acidentes dessa natureza.

Por outro lado, aborda o aspecto pedagógico da nova lei, legando à educação a finalidade preventiva no controle do nível

* *Mestre e doutoranda em Direito pela Univali. Graduada em Pedagogia, Universidade de Santa Catarina — Udesc. Coordenadora do Curso de Direito e Professora de Direito Penal da Faculdade Estácio de Sá, Santa Catarina, Professora de Instituições de Direito Público e Privado da Universidade de Santa Catarina — Udesc, Membro Especial da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SC.*

de acidentalidade, por meio de programas a serem implantados e desenvolvidos nas escolas e na comunidade pelas autoridades de trânsito educacionais e administrativas, numa ação conjunta, objetivando a mudança de pensamento e comportamento para o alcance da segurança almejada.

O aumento da repressão de que se vale o Código de Trânsito Brasileiro, daqui por diante referenciado como CTB, em relação ao anterior, para combater a acidentalidade de trânsito, não é o meio mais eficaz para fazê-lo, pois encontra limites estruturais que cingem essa eficácia como instrumento punitivo.

A abordagem temática abrange, nesse sentido, a política criminal adotada pelo Código, apontando inicialmente a influência do Movimento de Lei e Ordem como fonte inspiradora da nova lei trazida a público, principalmente pela mídia, a qual exerce uma força significativa na formação da opinião pública, e sua intermediação por meio do Poder Legislativo, desde antes da entrada em vigor da Lei n. 9.503/97 até a atualidade.

Importante esclarecer o posicionamento, na sociedade, de uma legislação rígida caracterizada pela severidade, tendo em vista a criação de novas figuras penais e outras já existentes a exemplo da lesão corporal culposa e homicídio culposo e o efetivo cumprimento de seu objetivo como instrumento de alcance de segurança no trânsito com a conseqüente diminuição do grau de acidentalidade.

O excesso repressivo não implica, obrigatoriamente, na diminuição do índice de acidentalidade de trânsito, considerando que representa um artifício de efeito momentâneo sobre a população, tendo em vista que o aspecto financeiro, pelas pesadas multas cominadas pelas infrações administrativas, revela-se mais expressivo do que o *quantum* da pena aplicado aos crimes descritos no Código de Trânsito Brasileiro.

A dimensão do problema do trânsito como problema é maior do que aquela que o Código deu a ele. O que importa dizer que o universo que envolve o problema do trânsito não faz parte do objeto do presente trabalho, mas, sim, o tratamento que foi conferido pelo Código Brasileiro de Trânsito, enfocando, assim, o binômio repressão e educação.

1. A política criminal inspiradora do Código de Trânsito Brasileiro

No início de 1993, a Presidência da República encaminhou à Câmara dos Deputados, em Brasília, projeto de lei sobre o *Novo Código de Trânsito Brasileiro*, objetivando atualizar nossa legislação, introduzindo conceitos inovadores e que acompanhassem as modernas tendências mundiais. O projeto de lei tramitou pela Câmara por nove meses e foi para o Senado, lá permanecendo, praticamente, por três anos, sendo amplamente discutido, retornando à Câmara no começo de 1997. Nesse período foram apreciadas as alterações propostas pelo Senado e aprovado em sessão de 3-9-97, seguindo para a sanção do Presidente da República.

Alguns foram os pontos de destaque na proposta do Poder Executivo para a criação de um Código de Trânsito que respondesse às necessidades emergenciais da sociedade. Os principais referem-se à segurança no trânsito, como núcleos do projeto que gerou o CTB, visto como elemento de cidadania.

O anteprojeto não somente se preocupou com as regras de circulação, mas também introduziu normas concernentes ao comportamento e à segurança de condutores e pedestres. Trouxe algumas regras e procedimentos a respeito da habilitação e formação de condutores, adotadas internacionalmente pela Convenção de Viena, em 1968, sobre trânsito viário. No que tange às infrações de trânsito propriamente ditas, estabeleceu regras e penalidades, visando a reprimir as condutas que se oponham à segurança do trânsito.

A nova lei exige para os infratores a freqüência em curso de reciclagem de trânsito. Cuidou, também, dos procedimentos administrativos relativos à aplicação de penalidade e de julgamento de recursos, respeitando o direito constitucional da ampla defesa com ciência prévia por parte do infrator.

A celeridade de tais procedimentos visa a evitar a impunidade. Para tanto, criou rito próprio e prazos estreitos para o julgamento das autuações e dos recursos efetuados.

O projeto destacou, de forma especial, a educação para o trânsito, prevendo campanhas educativas em trabalho concorrente entre as administrações federal, estadual e municipal. Trouxe, também, regras especiais para identificação, registro e licenciamento de veículos, envolvendo a responsabilidade do fabricante quanto à qualidade e rigor relativos à segurança, incluindo também os serviços prestados por oficinas.

A versão original encaminhada à Câmara dos Deputados sofreu a intervenção do Ministério da Justiça, por meio de sugestões, tanto do público como de entidades, no sentido de aprimorar o texto, e, após inúmeras sugestões e ajustes, chegou-se à redação final do corpo normativo: o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), sendo encaminhado conforme os trâmites legais para votação, aprovação e finalmente entrada em vigor.

2. Trânsito: conceito e abrangência no CTB

O trânsito, de fato, é um problema mundial. No Brasil, deve ser tratado com a maior urgência, posto que o aumento de acidentes desta natureza assim o exige.

O século XX foi marcado por acontecimentos importantes para a humanidade: desenvolvimento social, industrial, científico e político. Foram transformações intensas, aceleradas, que deixaram como conseqüências não somente os benefícios advindos das necessidades sociais estabelecidas pelo próprio desenvolvimento, mas, também, os problemas de difíceis soluções.

O trânsito representa uma das marcas profundas deste período. O grande número de veículos, o sistema viário precário, o descaso das autoridades e a ausência de uma consciência preventiva por parte dos usuários fazem do trânsito um dos maiores problemas da atualidade.

As autoridades, por meio dos Departamentos de Engenharia de Tráfego, os quais têm como objetivo a realização e o desenvolvimento de trabalhos na área de operação, voltados à segurança dos usuários nas vias terrestres, com o propósito de garantir a fluidez no trânsito, procuram minimizar o problema e investem na prevenção.

Todavia, vê-se que essa política preventiva foi trabalhada tardiamente, já que a Lei n. 9.503/97, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, veio a socorrer uma situação já extremamente caótica, impondo uma legislação mais rígida e abrangente.

Importante frisar que a problemática do trânsito é bem maior do que a dimensão que o CTB deu a ela, pois envolve fatores, como, por exemplo, o sistema viário, o crescente aumento de frota, dentre outros.

O trânsito é um problema globalizado, não se restringindo somente à realidade brasileira. Diz respeito, também, às estratégias de aumento de eficiência de sistema viário, de medidas de fiscalização e, sobretudo, do alto índice de mortalidade, resultante de acidentes automobilísticos, o que reflete, inegavelmente, no discurso sobre a segurança no trânsito.

A dimensão é ampliada quando o assunto é trazido para a realidade brasileira pelo destaque negativo, infelizmente, do nosso país, diante dos demais, quanto ao índice de acidentalidade no trânsito. Não se vislumbra um fator isolado da problemática, o que seria até ingênuo imaginar, pois há de se ter uma visão multifocal dos motivos desencadeadores da falência da segurança no trânsito.

Vera Regina Pereira de Andrade, ao escrever sobre o tema¹, cita alguns desses fatores, assinalando não serem exaustivos:

“a) estruturas e mudanças sociais e tecnológicas (crescimento da frota e consumo de veículos em razão muito mais do que proporcional ao crescimento da malha viária, por sua vez em processo de deterioração, principalmente nos grandes centros urbanos e rodovias de grande circulação veicular; incremento da potência dos veículos convivendo com a deterioração da frota mais antiga; deterioração ou deficiência do sistema de sinalização;

1 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *O novo código brasileiro de trânsito: desafio vital para o terceiro milênio*. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *O Direito no Terceiro Milênio*, p. 153.

“b) relações sociais e institucionais e interesses econômicos ou políticos localizados (relações de poder entre os usuários do trânsito e as autoridades policiais e administrativas, tráfico de influências, corporativismo, corrupções e outras ilegalidades permeando a burocracia do trânsito, interesses de mercado, profissionais, partidários etc.);

“c) condição física e mental e comportamento dos condutores e pedestres”.

O trânsito, no limiar do novo século, enseja por parte das autoridades uma atenção especial, como prioridade que é, tendo em vista toda a problemática que gera na sociedade; afinal o trânsito, atualmente, retrata uma cifra de acidentalidade que resulta em mortes e mutilações em números superiores aos registrados por homicídios e a Aids, como se observa em matéria veiculada em 7 de junho de 1998, no jornal “Diário Catarinense”.

Após três décadas em vigor, o antigo Código (Lei n. 5.108/66) não mais condizia com a realidade do trânsito brasileiro. O avanço tecnológico na fabricação de veículos cada vez mais potentes, a construção de vias expressas, estradas e veículos em péssimas condições de conservação e o crescente aumento de frota são alguns dos fatores concretos que fizeram do trânsito brasileiro um verdadeiro caos. A crescente imprudência, o excesso de velocidade e a ingestão de bebidas alcoólicas pelos condutores de automóveis contribuíram para as constantes tragédias que assistimos na atualidade.

A crítica voltada ao CTB não reside na não aceitação de uma norma regulamentadora do trânsito, mais moderna e atual, tampouco se rechaça a idéia de punir as atitudes abusivas que comprometam a segurança das pessoas, sejam motoristas ou pedestres. Trata-se, a bem da verdade, de uma análise que envolve a intenção do legislador, o conteúdo do CTB, a realidade brasileira e a eficácia punitiva, já que o CTB descreve figuras penais em capítulo específico destinado aos “crimes de trânsito”.

Inegável a importância de sua abordagem, tanto por representar o objeto central do novo código como por traduzir uma necessidade diante da situação insustentável, o que influenciou,

sobremaneira, a decisão do legislador em apressar a introdução de uma nova codificação.

Necessário faz-se discorrer sobre o significado da categoria “Trânsito” para um melhor entendimento de sua dimensão.

O significado de “Trânsito” extrapola um conceito simples de entendimento lingüístico, é necessário um acordo semântico. Ao instituir um conceito operacional de trânsito, em muito contribuiu o legislador para a interpretação da *novatio legis*:

“Art. 1º. O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

“§ 1º. Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

Trata-se de um conceito técnico de trânsito e abrange todas as pessoas que, como pedestres ou como condutores de veículos ou animais, utilizam as vias públicas.

A anterior legislação de trânsito referia-se somente às vias abertas à circulação pública, o que deixava de alcançar as pequenas ruelas de circulação destinadas a particulares ou acesso restrito ao público. A legislação atual estendeu as regras a qualquer via em que possam circular pessoas, animais ou veículos.

Entende Arnaldo Rizzardo²:

“Todos que se locomovem, seja simplesmente caminhando, seja por meio de veículos, ou através de animais, e mesmo servindo-se das vias para conduzir animais de um local para o outro, estão abrangidos no conteúdo da lei. Não interessam o tipo de via e a forma de utilização. A movimentação constitui o trânsito, independentemente da qualificação do local destinado ao deslocamento, e até por mais remotos, íngremes e afastados que sejam os pontos onde se dê a utilização”.

2 RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*, p. 34.

É importante observar que a severidade do conteúdo da nova lei não alcançou a relação entre pessoas no trânsito, mas somente a relação entre pessoas e veículos, automotores ou não. Isso nos alerta para a necessidade de um trabalho sólido de conscientização do público para o exercício da cidadania. Não é missão fácil, tendo em vista a ausência de um trabalho pedagógico preventivo com relação aos problemas do trânsito.

Contextualizando a promessa de minimizar a situação de urgência que se instalou nos últimos tempos, edificou o Código sua estrutura num eixo caracterizado pela repressão, criando tipos penais e elevando a pena daqueles já existentes no Código Penal.

Essa característica repressiva do Código de Trânsito foi um legado da linha ideológica do Movimento de Lei e Ordem, que, por meio desse perfil, passou a travar uma batalha contra a acidentalidade decorrente do trânsito.

3. O movimento de lei e ordem como política inspiradora do CTB

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consigna a instituição do Estado Democrático, tendo por objetivo, dentre outros, a segurança e o bem estar da sociedade.

Para tanto, definiu um Direito Penal Democrático, objetivando a defesa dos Direitos Humanos. Entretanto, o que se observa, desde a promulgação da Magna Carta, é que o novo modelo instituído cedeu lugar a um padrão administrativo que deflagrou uma inflação legislativa jamais vista na história do nosso país. Tais leis entram na sociedade com objetivo de reprimir o infrator e desincentivar condutas transgressoras, instituindo figuras penais e majorando a penalidade das já existentes. No entanto, o que se vê é o aumento da criminalidade e do temor da sociedade, na mesma proporção da criação dessas leis.

Dentro desses parâmetros surgiu o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), que teve como política inspiradora o Movimento de Lei e Ordem, contrariando a proposta moderna do Direito Penal Mínimo, com características de menor intervencionismo por parte do Estado.

Os adeptos das linhas de condutas adotadas pelo Movimento de Lei e Ordem acreditam que com o aumento das penas a sociedade estará melhor protegida contra a prática de crimes.

O caráter repressor e intervencionista que norteia o Movimento de Lei e Ordem, e fomenta a adoção de uma linha de pensamento e comportamento, inspira-se na resposta do Direito Penal ao transgressor, de forma imediata e severa para que seu comportamento seja coibido.

É um apelo exagerado à pena, fundamentado num rigor muitas vezes desnecessário, porquanto o Sistema Penal, como se apresenta, atualmente, não é o meio mais eficaz de controlar a criminalidade.

No entendimento de Alberto da Silva Franco³, o Movimento de Lei e Ordem adota uma política criminal sustentada por pontos fundamentais como:

“a) A pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido não se confundindo esta expressão com o que hoje se denomina por ‘retribuição jurídica’; b) Os chamados delitos graves hão de castigar-se com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração); c) As penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos hão de cumprir-se em estabelecimentos penitenciários de máxima segurança, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade distinto ao dos demais condenados; d) O âmbito de prisão provisória deve ampliar-se de forma que suponha uma imediata resposta ao delito; e) Deve haver uma diminuição dos poderes individuais do juiz e um menor controle judicial na execução que ficará a cargo, quase exclusivamente, das autoridades penitenciárias”.

Existe por detrás dessa tendência que motiva a existência do Movimento de Lei e Ordem a falsa idéia de que a repressão demasiada é a forma eficiente de diminuição da criminalidade.

3 FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes hediondos*. p. 34-35.

Esse discurso tem como promessa um controle de criminalidade que não poderá ser realizado dentro dos moldes que o movimento propõe, pois a criminalidade é construída pelo próprio sistema, que define o que é crime, por meio de tipos penais, etiqueta e estigmatiza⁴. Nesse sentido a “criminalidade não é uma quantidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos formais e informais de definição e seleção”⁵.

Alberto Silva Franco⁶ mostra como o Movimento de Lei e Ordem influencia e cria uma tendência da sociedade em buscar a segurança por meio da repressão:

Essa idéia, que reduz violência a crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves — como a miséria, a fome, o desemprego — cria um clima de pânico, de alarme social, a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas. A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como a forma de fazer crer que o problema está sendo solucionado”.

Com a visão voltada a esse discurso, o legislador, sob influência da mídia, ao elaborar o CTB, promoveu uma “ampla revisão da sistemática de tipificação das infrações de trânsito estabelecendo-se penalidades que realmente alcancem o objetivo de reprimir o infrator e desincentivar condutas transgressoras”.

4 Para o Movimento de Lei e Ordem, a criminalidade é um produto, uma consequência de outros problemas sociais, como a desigualdade, a falta de acesso à educação, condições dignas de vida, dentre outras. No entanto, ao se tratar aqui do Código Brasileiro de Trânsito, esta clientela visada pelo Sistema Penal, vista sob a ótica do paradigma etiológico, não representa a realidade, tendo em vista que a clientela sobre rodas não se encontra dentro dos parâmetros dos excluídos como aquele preconiza. Sobre o assunto ver ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*.

5 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, p. 28.

6 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, p 36.

Demonstrada, assim, a função ou disfunção retribuidora e intimidadora do Código, como forma de controle da accidentalidade no trânsito. Sob o impacto da repressão, e longe de ser um método eficaz, o CTB é apresentado à sociedade com um efeito simbólico de tal controle.

Diferente do pensamento mais atualizado, sob a ótica de uma criminologia mais contemporânea baseada na reação social, que culmina com a criminologia crítica, tem a sociedade clamado por providências referentes à segurança pública em geral, a qual se mostra cada vez mais frágil diante da falência do sistema penitenciário, da política criminal atual e das notícias veiculadas sobre o aumento da criminalidade.

Na realidade, o que ocorre não configura surpresa para ninguém, tendo em vista que o problema da segurança existe e precisa, aos olhos da sociedade, ser solucionado. Não se pode esperar do povo um entendimento erudito e teórico, pois o que se busca é “remédio” para um mal presente.

O movimento de Lei e Ordem é um dos caminhos que levam à solução. Pelo menos esse é o entendimento dos que precinizam a idéia de que a pena representa um castigo, uma retribuição e um exemplo para os demais (retribuição no sentido de castigo).

O que se observa, no entanto, é antagônico ao doutrinado, porquanto, se assim o fosse, os índices de criminalidade deveriam ter sofrido uma diminuição a partir da edição de leis como a dos Crimes Hediondos (8.072/90), Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034/95), Lei de Armas (9.437/97) e o próprio Código de Trânsito (9.053/98), dentre outras.

Não faltam indagações a respeito da ineficácia do sistema punitivo, diante do aumento incessante dos índices de criminalidade e violência, não sendo difícil de verificar, bastando, para isso, acompanhar o noticiário na televisão, ouvir o rádio ou ler o jornal.

Ao mesmo tempo em que a população se sente desprotegida, quanto à segurança, e clama por providências, se

regozija com notícias sobre violência ou que envolvem desgraça alheia. Sem sombra de dúvidas, a mídia faz parte desse processo.

Diz Jackson de Azevêdo⁷, que complementa seu posicionamento com a lição de Alberto Silva Franco:

“As estatísticas da violência criminalizada, exagerada pela mídia, e seus reflexos econômicos para os segmentos sociais até então livres de seus ataques, o agigantamento do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins são fatores desencadeantes das campanhas de ‘Lei e Ordem’, cujo discurso pode ser assim resumido: É preciso restabelecer a lei e a ordem em favor das pessoas decentes, dos homens de bem, dos cidadãos honestos. O crime é patológico, o criminoso um ser daninho e a sociedade deve destruí-los”.

É nessa esteira de raciocínio que vemos se desenvolver o Direito Penal atual, traduzindo as penas como forma de vingança social e fator inibidor de novos crimes.

Colocadas sob análise, o que se verifica é que a tentativa de diminuição da criminalidade, por meio de penas mais severas, tem sido esperada há muito tempo, e os resultados efetivos não aparecem. Ora, é de se concluir que esse não é o caminho correto, embora, aparentemente, possa parecer uma resposta rápida a um problema de difícil solução: a segurança.

As promessas sobre segurança são ilusórias, e a estrutura penal está comprometida quanto ao exercício de sua função punitiva.

A tendência, hoje, salvo aqueles que insistem na ideologia do Movimento de Lei e Ordem, é no sentido de racionalizar as penas, modificando a forma da privação de liberdade àqueles que cometem crimes de maior potencial ofensivo e tendo a reintegração social como finalidade primária.

Dessa forma, verifica-se que é mais coerente a criação de mecanismos jurídicos penais voltados à criação de penas alter-

7 AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Reforma e “contra” reforma penal no Brasil*, p. 83.

nativas, tendo por beneficiárias instituições sociais que auxiliarão na própria prevenção da criminalidade, melhorando as condições de vida da população por meio de educação, saúde e cultura.

Embora coerentes tais mecanismos jurídicos podem tornar-se tão inoperantes quanto todo o Sistema Penal atual, se não houver um acompanhamento por parte do Estado sobre o alcance do objetivo proposto, ou seja, um *feedback* da pena alternativa imposta. Exemplo disso e bem perto de nossa realidade, vimos surgir a Lei n. 9.714/98, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal. No entanto, os destinatários do pseudobenefício, trazidos pela lei, são aqueles que normalmente já a teriam como perspectiva, porquanto a lei timidamente alcança os crimes cometidos com violência ou grave ameaça⁸.

A validade de uma norma produzida com o intuito de atender às necessidades sociais é inegável. Todavia, os mecanismos de criação de seu conteúdo e sua implantação têm de ser objeto

8 “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

“I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

“II — o réu não for reincidente em crime doloso;

“III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

“§ 1º (VETADO).

“§ 2º. Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

“§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

“§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

“§ 5º. Sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior”.

de um comprometimento maior do Estado para com a comunidade, alvo da norma, e o maior deles é a sua eficácia quanto ao objetivo proposto e conseqüentemente a sua forma de aplicação. Isso deverá ocorrer somente quando necessário, ou seja, intervenção mínima por parte do Estado, procurando adotar medidas substitutivas ou alternativas à pena privativa de liberdade, de natureza penal.

Todavia, mesmo uma política criminal menos intervencionista pode ser mascarada por normas de grande expressão repressiva que descumram de valores de segurança e justiça, acabando por refletir negativamente no mundo jurídico, diminuindo ainda mais a credibilidade do Estado e, conseqüentemente, do Direito Penal, pois o que o sistema penal declara como função preventiva não corresponde ao que ele realmente cumpre como função instrumental.

A exemplo disso temos o próprio Código de Trânsito Brasileiro, que criou novas figuras penais e renovou mais severamente as já existentes, sem levar em conta que o caráter preventivo da pena não atinge seus objetivos, pois não faz o que efetivamente declara, tendo em vista que “A incapacidade/inversão preventiva consiste, a sua vez, em que as funções reais da pena e do sistema penal não apenas têm descumprido mas sido opostas às funções instrumentais e socialmente úteis às declaradas pelo discurso oficial”⁹.

O argumento utilizado na exposição de motivos do Código, no sentido de “tratar com mais rigor as infrações de trânsito, de sorte a pôr termo à impunidade que, a cada dia, aflige um número cada vez maior de famílias em nosso País” (item 18), não está harmonizado com o discurso educacional proposto (item 17 da Exposição de Motivos), cujo objetivo é o de “reverter o caos do trânsito brasileiro responsável por um número de vítimas maior que o de todas as doenças mortais do País”, conforme item 16 do mesmo documento. O discurso implícito é o da educação pelo medo e não pela conscientização.

9 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal*, p. 87.

A urgência em solucionar o problema da segurança gera, lamentavelmente, uma angústia profunda na sociedade, que exige das autoridades um combate mais assente e um poder repressivo reforçado.

Longe de ser a solução adequada e eficiente, essa prática deve ser combatida dando lugar a instrumentos que visem à conscientização da população sobre os problemas do trânsito, uma vez que todos fazem parte, de uma forma ou de outra, deste pequeno universo.

Em se tratando de problemas relacionados ao trânsito, em nada muda a ótica abordada, mesmo com a existência de legislação anterior sobre o tema pertinente.

A inadequação da legislação anterior e o discurso referente à contenção da violência e impunidade foram decisivos para implantação na nova ordem. Porém, há um outro fator de influência capaz de mexer com os brios da mais alta cúpula governamental a ponto de fazer com que os “gritos” da sociedade sejam logo transformados em lei, principalmente quando essa lei se torna causadora de grande impacto na sociedade, a mídia.

A mídia tem um papel de grande importância em todos os setores das atividades humanas, sociais e científicas, sendo responsável pela celeridade de informações. As equipes jornalísticas são plurilocais, e a distância não representa um obstáculo, ainda mais tendo a seu favor a facilidade do acesso à informática para a realização eficaz do trabalho de divulgação de acontecimentos em todas as partes do globo terrestre.

É por meio da mídia que a opinião pública vem à tona em tempo recorde, que se oportuniza tomar conhecimento do movimento político do país, ou mesmo de participar das notícias de pouca informação útil (colunas sociais).

Como exerce influência em todos os setores, não poderia ser diferente com relação ao Direito, principalmente quando se refere à divulgação de uma lei que, como dito anteriormente, causa um grande impacto na sociedade, o que ocorreu, e já era esperado, com o Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, mostrou-se, a mídia, como um instrumento, representando o seu papel de condutora de opinião até a materialização do “clamor público” o Código de Trânsito Brasileiro, o qual teve sua implantação moldada em razão da construção de uma opinião pública favorável à sua linha comportamental.

A mídia posicionou-se em três momentos históricos com relação à transição legislativa referente ao trânsito:

No período em que antecedeu a entrada em vigor da lei, retratando as necessidades de uma norma mais moderna que acompanhasse o desenvolvimento das cidades, o crescimento das frotas e os problemas viários, assim como também os índices de acidentalidade nas estradas de todo o país.

Num segundo momento, ao mostrar o impacto da lei na sociedade que se viu em polvorosa em face do despreparo na recepção da nova norma. Embora o desconhecimento da lei seja “inescusável”, em se tratando de um país com o índice de analfabetismo e as dimensões territoriais que tem o Brasil, é mais um preceito inócuo dentro da legislação pátria.

No terceiro momento, ao referir-se ao período subsequente ao primeiro impacto, e para situar melhor esse período, toma-se por base os dois primeiros anos de vigência do CTB¹⁰.

4. O sistema punitivo e o Código de Trânsito Brasileiro

A base teórica para análise do CTB, como instrumento punitivo tem fundamento no Direito Penal e na Criminologia desenvolvida sob o paradigma da Reação Social, que vai desde a teoria do *labelling approach*¹¹, ou teoria da rotulação, até a da Criminologia Crítica.

10 Como base de dados na verificação do impacto do primeiro ano de vigência do CTB, no discurso da mídia, foi efetuada uma pesquisa no jornal “Diário Catarinense” com sede na cidade de Florianópolis, no período de dezembro de 1997 a janeiro de 2000, cujos dados serão utilizados no decorrer deste capítulo.

11 A criminologia crítica tem fundamento na teoria da rotulação, também chamada de *labelling approach* (*reação social*), o que significa que as condutas consideradas marginais ou delitivas são aquelas assim etiquetadas e seus realizadores estigmatizados pela sociedade que na realidade é quem estabelece as normas de conduta a serem seguidas. Sobre o assunto ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 198-212.

Para situar melhor a base teórica apresentada, importante conceituar a categoria “Sistema Punitivo” o qual deve ser entendido como sinônimo de Sistema Penal, compreendendo um conjunto de atividades oriundas das instituições detentoras do poder de controle social desde o momento em que um fato considerado delito ocorre, ou supostamente ocorre, até o momento da execução da punição imposta¹².

Esse conjunto de instituições envolve o legislador, como produtor normativo (agência criadora de norma), a polícia, o ministério público, o judiciário, o sistema de execução penal (agências operacionalizadoras), as escolas de ensino jurídico, as ideologias (Ciências Penais) e a opinião pública, que se encontra na periferia do sistema, interagindo ativamente com ele.

Nesse sentido manifesta-se Vera Regina P. de Andrade¹³:

“[...] complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) ao qual concorre a atividade das diversas agências do controle social formal (lei, polícia, justiça e sistema penitenciário) e os mecanismos do controle social (ou reação social) informal, isto é, o senso comum. O Sistema Penal é uma espécie do controle social (controle socio-penal ou penal)”.

Para verificar as limitações do Código de Trânsito Brasileiro, como instrumento punitivo, dentro do Sistema Penal no qual ele se insere, torna-se fundamental recorrer ao paradigma da Reação Social, porque este, ao tomar o Sistema Penal como objeto contemporâneo de análise, tem dado uma contribuição decisiva para compreensão do seu funcionamento.

A partir dos anos 60, a Criminologia e o Sistema Penal passaram a sofrer transformações provocadas por “críticas, visões, ideologias, movimentos de reforma – como se formassem parte de um profundo *impulso desestruturador*”¹⁴.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, p. 69-70.

13 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal*, p. 91.

14 COEHEN, Stanley. *Visões del control social*, p. 56.

Dentre esses movimentos críticos, um dos mais destacados foi o *labelling approach* ou criminologia da Reação Social, responsável pela transformação do “paradigma etiológico”¹⁵ da criminalidade, também designado por teoria do interacionismo simbólico, etiquetamento ou rotulação.

Portanto, para o *labelling approach* “o desvio — e a criminalidade — não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos [...]”¹⁶.

Desempenha, dessa forma, um papel questionador dos “comportamentos desviantes”¹⁷ que rotulam e etiquetam o indivíduo, bem como dos meios de controle social, traduzido como formas de controle comportamental dos indivíduos, adequando-os às normas estabelecidas pelo Sistema Penal como controle formal, não esquecendo que o controle informal também é reconhecido nessa perspectiva, como “a família e a escola (por exemplo, o filho estigmatizado como ‘ovelha negra’ pela família, o aluno como ‘difícil’ pelo professor [...]”¹⁸.

É do entendimento de Juarez Cirino dos Santos¹⁹:

“A grande transformação teórica da criminologia contemporânea é representada pela transposição de uma *criminologia do autor* para uma criminologia das *condições objetivas estruturais e superestruturais de existência do indivíduo-autor [...]*”.

Comparando a criminologia tradicional com a criminologia crítica, assevera Alessandro Barata²⁰:

“Para a criminologia tradicional o sistema penal existente e a prática oficial são os *destinatários* beneficiários de seu saber,

15 Sobre o assunto ver: ANDRADE, Vera Regina P. de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 183-233.

16 ANDRADE, Vera Regina P. de. *Ob. cit.*, p. 205.

17 ANDRADE, Vera Regina P. de. *Ob. cit.*, p. 207.

18 ANDRADE, Vera Regina P. de. *Ob. cit.*, p. 210.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*, p. 59.

20 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 215.

em outras palavras, o príncipe para o qual é chamada a ser conselheira. Para a criminologia crítica o sistema positivo e a prática oficial são, antes de tudo, o objeto de seu saber. A relação com o sistema é *crítica*; sua tarefa imediata não é realizar as receitas da política criminal, mas examinar de forma científica a gênese do sistema, sua estrutura, seus mecanismos de seleção, as funções que realmente exerce, seus custos econômicos e sociais e avaliar, sem preconceitos, o tipo de resposta que está em condições de dar, e que efetivamente dá, aos problemas sociais e reais”.

Essa Criminologia tem como núcleo de observação o Sistema Penal, visto como um conjunto de instituições que formam uma engrenagem que precisa ser reparada ou até mesmo reconstruída. Essa reconstrução passa pela análise dos problemas sociais, desembocando na questão criminal.

O crime visto sob a ótica dessa Criminologia passa a ser um produto da reação social e não o seu objeto.

Isso significa que a função real do Sistema Penal é construir a criminalidade seletivamente, e estigmatizar sua eficácia passa a ser vista ao revés, ou seja, de forma invertida.

Para Vera Regina P. de Andrade²¹:

“A eficácia invertida significa, pois, que a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça)”.

A rotulação ou estigmatização do indivíduo encontra-se, pois, no centro do pensamento interacionista, ou *labelling approach*, para o qual o crime origina-se da etiquetagem ou rotulação do indivíduo como delinqüente, criminoso ou marginal. Entende ser o desvio de conduta não um adjetivo da ação, mas o resultado de

21 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção social dos conflitos agrários*, p. 31.

uma reação social, em que o delinqüente se distingue do indivíduo normal em razão dessa estigmatização que lhe é atribuída.

A seletividade provocada pelo Sistema Penal depende da estrutura do próprio sistema, que envolve as relações de poder, as relações sociais e de igualdade, a intervenção estatal e os mecanismos de controle.

Verifica-se, assim, a partir desse enfoque, que o indivíduo transgressor da lei penal sofre uma “rotulação”, tornando-se diferente socialmente. É o que o *labelling approach* mostra, porquanto “afirma que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentua o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva”²² além de deslocar “o interesse cognoscitivo e a investigação das ‘causas’ do crime, pois, da pessoa do autor e seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal”²³.

O Sistema Penal apresenta-se como fator intrínseco na construção “social da criminalidade, que se revela como uma realidade socialmente construída através do processo de criminalização seletivo por ele acionado”²⁴.

Esse processo de seleção acionado pelo Sistema Penal é resultado de um processo de criminalização que ocorre mediante a concorrência de fatores que, no entender de Vera Regina P. de Andrade, advêm da “própria intervenção do sistema (autêntico exercício de poder, controle e domínio), que ao reagir constrói, co-constitui o universo da criminalidade”²⁵. Complementa a autora que esse fenômeno ocorre por meio de fatores como²⁶:

“a) a definição legal de crimes pelo Legislativo, que atribui à conduta o caráter criminal, definindo-a (e, com ela, o bem jurídico a ser protegido) e apenando-a qualitativamente e quantitativamente;

22 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*. p. 29.

23 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Ob. cit., p. 29.

24 ANDRADE, Vera Regina P. de. Ob. cit., p. 23.

25 ANDRADE, Vera Regina P. de. Ob. cit., p. 26.

26 ANDRADE, Vera Regina P. de. Ob. cit., p. 26.

“b) a seleção das pessoas que serão etiquetadas, num *continuum* pela Polícia-Ministério Público e Justiça; e

“c) estigmatizadas (especialmente na prisão), como criminosos entre todos aqueles que praticam tais condutas”.

A contextualização da seletividade é orientada pelo controle social, exercido pelo poder institucional do Estado, por meio de mecanismos de força legal e ideologicamente utilizados que agem sobre as pessoas, geralmente, pertencentes às camadas socialmente mais baixas.

Nessa perspectiva, o que se vê é que o controle de condutas delitivas, pelo Sistema Penal, tem como fonte o Estado, que disciplina as relações sociais e as controla por meio de aparelhos de força como a polícia, a justiça, a prisão e outros, dos quais decorre a própria violência institucional²⁷, porquanto “quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre *contra* alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado”²⁸.

Para Louk Hulsman²⁹ além de deflagrar a violência institucional, o Sistema Penal:

“a) fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apóia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação;

“b) [...] produz no condenado um estigma que pode se tornar profundo;

“c) [...] endurece o condenado, jogando-o contra a ‘ordem social’ na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele *uma outra vítima*;

“d) [...] provoca a experiência da marginalização;

“e) [...] rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Não permitindo cessar a ação pública, de modo a inviabilizar um procedimento conciliatório;

27 SANTOS, Juarez Cirino dos. *As raízes do crime*, p. 96.

28 HULSMANN, Louk. *Penas perdidas*, p. 67.

29 HULSMANN, Louk. *Ob. cit.*, p. 67-91.

“f) [...] não leva em conta as pessoas em que sua singularidade. Operando em abstrato, causa danos inclusive àqueles que diz querer proteger, tendo em vista que não permite à vítima um encontro frente a frente com seu agressor de modo a compreender os motivos da agressão;

“g) [...] opera fora da realidade, condenando seres concretos a enormes sofrimentos *por razões impessoais e fictícias*;

“h) [...] produz violência, na medida em que, independente da vontade das pessoas que o acionam, ele é *estigmatizante*, ou seja, gera uma *perda de dignidade*”.

Analisando sob esse aspecto, verifica-se que as condições estruturais de todo o Sistema Penal originam-se do desenvolvimento socioeconômico, ou seja, da sociedade baseada no capitalismo. A desigualdade parte do desequilíbrio dessas condições, e o Direito Penal acompanha essa linha comportamental, pois dá às classes sociais tratamentos diferenciados.

Alessandro Baratta³⁰, ao formular crítica ao Direito Penal como “direito igual” diz que:

“A crítica se dirige, portanto, ao mito do Direito penal como um direito igual por excelência. Ela mostra que o Direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”.

As condutas rotuladas como criminais ou delitivas, bem como a estigmatização de seus realizadores, são, geralmente, direcionadas aos indivíduos pertencentes aos mais baixos estratos sociais.

“A contraposição entre o discurso e a prática leva ao raciocínio de que o sistema, como se apresenta, é incoerente. Nega, portanto, a eficácia de sua própria estratégia punitiva, pois as funções declaradas da pena (socialmente úteis) são contrárias às reais (produção da criminalidade e estigmatização)”³¹.

30 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, p. 162.

31 Sobre o assunto, ver ANDRADE, Vera Regina P. de. *Ilusão de segurança jurídica*, p. 291 e seguintes.

“Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total às quais se qualifica como criminosos. E não se pretende o discurso penal oficial, uma incriminação igualitária de condutas qualificadas como tais. O direito penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações legalmente definidas como crime”³².

Essa estigmatização pode, também, gerar um efeito de autorotulação, que por tornar conhecida a pessoa por determinada prática criminosa, poderá ela assumir um papel identificador de tal forma com sua nova identidade social, voltando a delinquir. Dessa forma, é que se verifica a construção, também, da reincidência.

Esses aspectos, os quais se encontram entrelaçados a estudos sociológicos, têm influenciado, sobremaneira, o enfoque da nova criminologia. O que se busca atualmente, dentro de uma visão moderna do Direito Penal, e que vem sendo fortemente defendida por doutrinadores adeptos da criminologia crítica, é afastar o infrator da rotulação e do estigma da criminalização.

Ainda não foi encontrada uma resposta satisfatória para o problema da criminalidade, diante da ineficácia do Sistema Penal que gira, incansavelmente, em torno do combate à criminalidade e não da construção de uma política criminal potencializada pela consciência de cidadania³³, como deveria ser.

Assim explica, Vera Regina P. de Andrade³⁴:

32 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social*, p. 32.

33 Um estudo muito interessante sobre cidadania pode ser encontrado em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do Direito aos direitos humanos*, 1993.

34 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência sexual e sistema penal*. p. 93.

“Ao demonstrar, sobre bases teóricas e empiricamente fundamentadas, a estrutura, operacionalidade e funções do sistema penal na modernidade capitalista, as Ciências Sociais contemporâneas têm promovido uma verdadeira radiografia interna mostrando que não há apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) como o cumprimento de funções inversas às declaradas. As Ciências Sociais contemporâneas evidenciam que há, para além das intervenções contingentes, uma lógica estrutural de operacionalização do sistema penal, comum às sociedades capitalistas centrais e periféricas, que não apenas viola os princípios constitucionais do Estado de Direito e do Direito Penal e Processual Penal liberais e os fins atribuídos ao Direito Penal e à pena mas é, num plano mais profundo, oposta a ambas. O sistema penal cumpre funções latentes opostas às declaradas”.

A moderna orientação referente à política criminal, enveredada-se pelos campos do minimalismo e do abolicionismo, que: “[...] baseada em meio século de investigações criminológica, teórica e empírica, consubstancia conclusões científicas irreversíveis no campo da criminalidade e da resposta punitiva”³⁵.

Uma nova consciência vem-se desenvolvendo a partir de uma concepção diferente com referência ao Direito Penal.

Sua expansão no mundo jurídico ocorre a partir de estudos efetuados por alguns operadores do Direito que não vislumbram um futuro promissor nos moldes atuais, preconizando a necessidade de um intervencionismo mínimo por parte do Estado, bem como de uma nova configuração para a legislação penal ou qualquer outra que ela possa subsidiar.

É da opinião de Luis Wanderley Gazotto³⁶:

“A despeito de nossa nacional e peculiar necessidade de adotar caminhos que conduzam à racionalização das forças do serviço judiciário, é na doutrina alienígena onde vamos encontrar

35 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Desafio vital para o terceiro milênio*, p.161.

36 GAZOTTO, Luis Wanderley. *O sistema punitivo brasileiro e os anseios populares*.

a *Teoria do Direito Penal Mínimo*, capitaneada por Zaffaroni, Baratta e Cervini, cujos ensinamentos têm influenciado enormemente os penalistas modernos e que, apesar de sua base doutrinária ser humanista e não ter como ponto central a incapacidade punitiva estatal, reflexamente, alivia, com justiça, a sobrecarga do Judiciário”.

O Direito Penal Mínimo repudia o Sistema Penal da forma como se apresenta hoje. Teoriza-se no pensamento da mínima intervenção do Estado, no que concerne ao *jus puniendi*, posto que evidente é o fracasso da função das penas nos moldes atuais, dada a situação emergencial em que se encontra todo o sistema carcerário, bem como pelo caráter seletivo que lhe é atribuído, tendo em vista a estigmatização das pessoas colocadas sob sua égide (transgressor da norma posta).

No entender de Denival Francisco da Silva³⁷, para evitar a criminalização é necessário criar novas figuras penais que descrevam condutas de baixo teor ofensivo à sociedade; o fomento à descriminalização, abolindo os tipos penais de pequeno potencial ofensivo; a despenalização, suprimindo a aplicação de penas que em nada podem contribuir para com a mudança comportamental e a consciência do infrator quanto à prática do delito; e a desinstitucionalização, retirando da esfera penal e estatal a solução de pequenos embates de interesse somente das partes envolvidas.

Já a visão da orientação abolicionista é assim interpretada nas palavras de Zaffaroni³⁸:

“O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas formais”.

37 SILVA, Denival Francisco. *Em busca de um novo Direito Penal*.

38 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, p. 89.

Os adeptos do abolicionismo não necessariamente “partilham de uma total coincidência de métodos e pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os seus objetivos, uma vez que provêm de diferentes vertentes de pensamento³⁹”.

Diz Zaffaroni⁴⁰ que:

“[...] neste sentido deve ser assinalada a preferência marxista de Thomas Mathiesen, a fenomenológica de Louk Hulsmann, a estruturalista de Michel Foucault e, poderia ainda ser acrescentada, a fenomenológico-historicista de Nils Christie”.

Em razão de o tema central da pesquisa não ter como escopo o aprofundamento do assunto em destaque, serão abordados somente os aspectos do abolicionismo sob a ótica de Louk Hulsmann, tendo em vista a repercussão de seu estudo sobre o tema.

O abolicionismo, para Hulsmann, deve abranger a abolição da cultura punitiva, até o vocabulário concernente ao sistema punitivo, como crime, criminoso, criminalidade, dentre outros⁴¹.

Zaffaroni⁴², interpretando o entendimento de Louk Hulsmann, afirma que:

“Entre outras razões, Hulsmann afirma que há três motivos fundamentais a favor da abolição do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle”.

No entender de Louk Hulsmann⁴³, “a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade”.

39 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ob. cit.*, p. 98.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Ob. cit.*, p 98.

41 HULSMANN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas*, p 95.

42 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Ob. cit.*, p 98.

43 HULSMANN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. *Ob. cit.*, p 66.

Afirma ainda que o “sistema penal visivelmente *cria e reforça as desigualdades sociais*⁴⁴”, tanto pela seletividade, abrangendo somente os que praticam pequenos delitos, como também pela exclusão que a prisão representa.

Há muito tempo se sustenta o pensamento de que a segregação física e a prevenção pelo temor, moldes repressores do Direito Penal como se apresenta atualmente, não geram os efeitos declarados e, ao contrário do que se pretende com os discursos de aumento da severidade do Sistema Penal, deflagra ainda mais o descrédito do Estado perante a sociedade.

No entendimento de Louk Hulsmann, a prevenção só poderá ocorrer a partir de uma visão renovada do “próprio ato punível”.

Hulsmann⁴⁵ inovou, materializando a sua reflexão na obra “Penas Perdidas”, na qual explica:

“Rejeitar a noção de crime implica também em repensar a noção conexas de ‘prevenção’. ‘Prevenir a delinqüência’ não faz sentido, quando se tenta repensar a realidade numa lógica diferente da do ‘ato punível’.

Sobre a prevenção continua Hulsmann:⁴⁶

“Criminólogos e governantes falam em *prevenir a delinqüência*, através do combate às origens econômicas, urbanísticas, culturais e sociais determinados atos negativos. É interessante notar que, assim admitem implicitamente que os atos hoje definidos como crimes e delitos — e, pelos quais, em nossas prisões, indivíduos determinados são aviltados e estigmatizados por toda a vida — constituem, na realidade, fatos imputáveis a causas complexas e coletivas. No entanto, é preciso ir mais além. Para sermos mais exatos, o que se trata é de ter uma outra atitude. Convém voltar à origem mesma do discurso penal. Uma visão nova dá nova luz aos problemas de sempre e enseja uma mudança na própria apreensão da realidade”.

44 HULSMANN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. *Ob. cit.*, p 75.

45 HULSMANN, Louk, CELIS, Jacqueline de Bernart. *Ob. cit.*, p. 139.

46 HULSMANN, Louk, CELIS, Jacqueline de Bernart. *Ob. cit.*, p. 139.

O Direito Penal, no Brasil, dos anos 80 em diante, é marcado pelo discurso da intervenção mínima. No entanto, recentemente, segundo Fernando Capez⁴⁷, “[...] tem apresentado uma característica bem mais intervencionista e preventiva, objetivando aplacar a sensação coletiva de insegurança decorrente da escalada da criminalidade e proporcionar uma maior garantia de tranquilidade social. Essa nova corrente está sendo denominada por seus críticos, Movimento da Lei e da Ordem, em virtude de postular medidas repressivas de maior severidade, ‘com um certo exagero’”.

Observa-se, portanto, que os elementos da Criminologia Positivista são reconhecidos na ideologia do próprio Movimento da Lei e da Ordem, que inspirou a política criminal adotada pelo legislador, com referência ao Código de Trânsito Brasileiro, como foi visto anteriormente (1.4).

Considerações finais

Apontar o recrudescimento do Direito Penal no que se refere ao aspecto repressivo, por si só, não representa matéria de análise fácil, tornando-se ainda mais árdua quando incursa em legislação de natureza educativa como o Código de Trânsito Brasileiro. Todavia, o desafio faz-se necessário e edificante.

Impõe-se de pronto uma reflexão profunda por parte dos operadores jurídicos, dos governantes, dos legisladores e da comunidade em geral sobre o verdadeiro significado de segurança no trânsito, porquanto ele representa um dos problemas cruciais da atualidade a ser solucionado; e a educação é ponto de fundamental importância no processo que envolve o comportamento e a conscientização.

47 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*, p. 6.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ernane Fidelis dos Santos*

SUMÁRIO: 1. Atos de improbidade administrativa; 2. Sanções patrimoniais a atos de improbidade, autonomia e aplicação; 3. Sanções secundárias; 4. Legitimação de pessoa jurídica prejudicada e Fazenda Pública para ação de responsabilidade; 5. Ação popular; 6. Medidas cautelares gerais e específicas: indisponibilidade de bens, seqüestro e afastamento de agente público; 7. Ação civil pública, Ministério Público, atuação prévia; 8. Ação principal, prazo de propositura e decadência; 9. Abandono ou desistência do autor, assunção do Ministério Público; 10. Litisconsórcio ativo da entidade prejudicada: não obrigatoriedade; 11. Petição inicial, procedimento, competência da ação civil; 12. Coisa julgada.

1. Cada vez mais, até como eloqüente expressão do regime democrático, tem-se procurado a moralização dos serviços públicos, a ponto mesmo de se estabelecerem normas de conduta, cuja inobservância, há pouco tempo, era ignorada e mesmo tolerada como normalidade da própria função.

* *Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.*

A Lei n. 8.429, de 2-6-92, considerou os atos de improbidade administrativa divididos em três grupos: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII); os que causam prejuízo ao Erário (art. 10, I a XII); os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, I a VII).

Em linha de princípio, pelo menos de forma imediata, o enriquecimento ilícito não causa dano ao patrimônio público, caracterizando-se por simples proveito próprio, em razão de desvio de função ou atividade pública, ou de intromissão indevida ou abusiva em atos da Administração Pública.

Na segunda hipótese, haja ou não proveito do agente, o ato de improbidade enseja perda patrimonial do Erário, considerado no amplo sentido do art. 1º da Lei n. 8.429/92.

Na terceira hipótese, há simples violação de dever funcional contra os princípios básicos da Administração Pública, sem qualquer proveito patrimonial efetivo, mas, esporadicamente, podendo causar danos ao Erário.

2. A Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu sistema de sanções específicas, sendo clara no sentido de que serão aplicadas, independentemente de outras de qualquer natureza, previstas na legislação nacional, bem lembrando Fernando Rodrigues Martins que, ainda que haja penas de aplicação correlata em outros setores, não configura duplicidade alguma a autônoma penalidade da referida lei, formulando interessante exemplo: “Veja-se, por exemplo, que o art. 71, § 3º, da CF outorga eficácia de título executivo às decisões do Tribunal de Contas que resultem em imputação de débito ou multa. Ocorrendo imputação de multa a determinado administrador e se o fato que levou a Corte de Contas a assim decidir configura, igualmente, ato de improbidade administrativa, a esse administrador serão justapostas as penalidades em ambas as instâncias. Assim tanto responde judicialmente pela multa, com eficácia de título executivo, emanado do Tribunal de Contas, quanto pela multa civil (e demais sanções) de que tratam os três incisos do art. 12, dependendo da modalidade” (Controle do Patrimônio Público, Ed. RT, 2000, p. 103 e 104).

Não compete ao Poder Judiciário, a não ser como efeito secundário, mesmo havendo condenação autônoma prevista em lei, aplicar sanções administrativas. Nesse caso, pelas hipóteses do art. 11, a violação de deveres funcionais fica na órbita de exclusivo julgamento da Administração, com controle jurisdicional, certamente, por meio de procedimentos adequados.

No que se refere ao enriquecimento ilícito, comprovado pela prática de qualquer dos atos do art. 9º, a lei prevê perda de bens e valores, bem como ressarcimento integral do dano, se houver (n. I).

Bem se vê que o preceito sancionatório patrimonial reclama específica ação civil para sua aplicação, a fim de que não se frustre o preceito do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, e, neste caso, o objeto mediato da sanção informará a natureza do provimento jurisdicional respectivo, ou seja, se o ilícito acréscimo estiver, concretamente, representado por bens, a sentença será constitutiva, revertendo-os para o patrimônio da entidade de que se serviu o infrator para a prática da infração; se por valores tão-somente, assim como para o ressarcimento de danos, se houver, a sentença há de ser condenatória (art. 18).

Na hipótese de danos ao Erário, considerou também a lei, além da indenização por eles, a possibilidade de perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do infrator (n. II), admitindo a diversidade do provimento constitutivo e condenatório, mas, certamente, na primeira hipótese, quando sejam decorrência imediata do acréscimo patrimonial, como seria, por exemplo, a apropriação indébita de bens da entidade pública.

No caso de improbidade por violação de dever funcional, o ressarcimento do dano dar-se-á sempre por sentença condenatória.

A perda de bens e a condenação em valores estendem-se ao terceiro beneficiário (art. 6º), bem como o ressarcimento de danos (art. 5º), desde que, evidentemente, participe do processo como parte ou litisconsorte, sendo, no entanto, no caso concreto, a ele permitido livrar-se da última condenação, com prova convincente de boa-fé.

3. Para as infrações de improbidade, prevê o art. 12 sanções outras de caráter não ressarcitório ou de perda de bens e valores recebidos. Tais sanções, previstas cumulativamente, não podem ser aplicadas judicialmente, senão como efeito de sentença de procedência da penalidade por enriquecimento ilícito ou ressarcimento de dano, e não autonomamente.

4. Legitimada para a ação de reconhecimento de improbidade administrativa, e respectiva responsabilidade, é a pessoa jurídica interessada, como tal definida no art. 1º e seu parágrafo da Lei n. 8.429/92, mas também o será, concorrentemente, a Fazenda Pública interessada, seja por interesse direto, seja em razão das entidades com as quais tenham relação, nos termos do artigo acima citado (art. 17, § 2º).

5. É possível que, principalmente com relação aos efeitos, questione-se, por meio de *ação popular*, a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, quando seu objeto confundir-se com as hipóteses ali previstas. “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 [...]” e a sentença que pode desconstituir atos lesivos, com a volta ao *statu quo*, e condenar ao ressarcimento de danos (art. 11 da Lei n. 4.717/65), pode, nas mesmas condições, aplicar as sanções secundárias, previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

O legitimado a qualquer ação tem também legitimidade para a propositura de medidas cautelares que, atendidos os princípios de sua própria estrutura, como o de ser sempre um *minus* ou um *aliud* com relação ao pedido principal, não tem necessariamente de ser nominadas. Nesse caso, ao autor da ação popular são perfeitamente viáveis também aquelas que estão na Lei de Improbidade Administrativa.

6. Foram previstas na Lei n. 8.429/92 duas medidas cautelares constritivas típicas: a indisponibilidade de bens (art. 7º) e o seqüestro (art. 16); e uma de preservação de eficácia da prova, afastamento do agente público do cargo, emprego ou função (art. 20, parágrafo único).

A indisponibilidade de bens não é nenhuma novidade no sistema processual brasileiro, criada pela Lei de Improbidade

Administrativa, já existindo, como forma de medida cautelar fiscal, na Lei n. 8.397/92. Ali, a indisponibilidade, que pode incidir sobre todo o patrimônio do devedor ou apenas sobre parte dele, tem, em sua estrutura, a mesma causalidade necessária para o arresto comum, ou seja, prova literal de constituição do crédito fiscal e os requisitos específicos caracterizadores do *periculum in mora* (art. 3º). A diferença, pois, da medida fiscal para o simples arresto estaria apenas na específica forma de execução: o arresto prevendo a apreensão, e a indisponibilidade, somente a proibição de disposição. Como medida típica, porém, em razão de sua executória, a *indisponibilidade* da Lei de Improbidade Administrativa não tem, como o arresto e a medida cautelar fiscal, requisitos causais específicos, ficando os pressupostos apenas nos comuns das medidas cautelares: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O art. 7º da Lei n. 8.429/92 ainda fala que a indisponibilidade deverá partir de representação da autoridade administrativa responsável pelo inquérito ao Ministério Público. No entanto, se o Ministério Público é titular da ação civil pública, não dependerá de representação para a medida cautelar. Daí, deve ser entendido tal preceito como dever funcional da autoridade, quando, no inquérito, sentir a necessidade de provocar a cautela.

Quanto ao seqüestro, manda a lei que se atendam aos arts. 822 a 825 do CPC (art. 16, § 1º), mas é de se observar, por seus próprios termos, que a referência é quanto ao *processamento*, ou seja, não há exigência, para sua concessão, dos requisitos do seqüestro comum, mas apenas que, para a efetivação da cautela, observe-se o procedimento ali previsto. Isso importa em dizer que para os efeitos da Lei de Improbidade o seqüestro é medida típica, sem qualquer relação, a não ser de mera semelhança — apreensão de bens — com outras de previsão legal.

Na Itália, o *Codice di Procedura Civile* cuida do seqüestro de maneira genérica, como medida de cautela, que consiste em apreensão de bens, para prevenção de litígios em que se controverte sobre posse ou propriedade (*sequestro giudiziario* — art. 670, 1 e 2), ou para garantia de crédito (*sequestro conservativo* — art. 671), que se aproxima de nosso arresto (art. 813 do CPC).

Quanto ao *sequestro conservativo*, há observação no final da norma de que será concedido “[...] *nei limit in cui la legge ne*

permette il pignoramento”. Comentando a respeito, V. Andrioli não identifica a referência com a existência do título executivo, por se falar em penhora, para a execução, e sim com a simples habilidade do bem para a penhora, isto é, concede-se o *seqüestro conservativo* apenas sobre bens penhoráveis “[...] *perchè al creditore munito di titolo esecutivo l’art. 482 concede il rimedio di pignoramento immediato [...]*” (*Comento al Codice di Procedura Civile*, 2ª ed. Editrice, 1947, vol. III, p. 340), e Chiovenda afasta expressamente a necessidade de crédito líquido para a concessão: “Além disso, deve o credor justificar-se ao menos com sua aparência de crédito (*fumus boni iuris*) e pode tratar-se de crédito ainda ilíquido, ainda sujeito à condição ou a termo” (Instituições, Saraiva, 1965, vol. 1, p. 276).

Há certa tendência entre os doutrinadores em considerarem engano da lei ao falar em *seqüestro* e não em *arresto*, conforme se afirma no substancial trabalho do Prof. Juarez de Freitas: “Não se trata de seqüestro senão que *arresto*, apesar do equívoco nominal da Lei” (Do Princípio da Proibidade Administrativa e de Sua Máxima Efetivação, Rev. Dir. Adm., abril/junho 1996, p. 81). No entanto, há razões de sobra para interpretações diversas.

A medida cautelar, conforme disciplinada na Lei n. 8.429/92, não tem qualquer vinculação com outras previstas na legislação brasileira. Nesse caso, assim como na Itália o termo *seqüestro* é usado, genericamente, como apreensão de bens para finalidades diversas, pode-se tipificar, com as mesmas características, medida cautelar distinta e específica, sem importarem os fins a que se destina, apenas atendendo aos princípios gerais das referidas medidas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Como sanções patrimoniais da improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/92 estabelece a possibilidade de sentença constitutiva, pela qual opera-se a transferência de propriedade de bens determinados para pessoa jurídica lesada, bem como a de sentença para devolução de valores provocadores de aumento de patrimônio e para ressarcimento de danos. Na primeira hipótese, por sua estrutura peculiar, a medida seria análoga ao nosso seqüestro comum, enquanto na segunda, a hipótese seria

de simples arresto, conforme se denomina a medida no Código de Processo Civil. Daí, em boa hora a generalização, cuidando a lei de criar medida de cautela, caracterizada exclusivamente por sua forma de realização, englobando as funções de asseguramento e conservação, para, respectivamente, garantir a entrega ou devolução do bem a se transferir, ou a eficácia do pagamento de dinheiro em razão do acréscimo patrimonial ou do dano causado, atendendo-se apenas, sem maiores exigências, aos requisitos comuns da cautela.

Para a garantia da eficácia probatória, tanto a autoridade judicial quanto a administrativa podem determinar o afastamento do agente público do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração (art. 20 parágrafo único da Lei n. 8.429/92). O ato da autoridade administrativa fica naturalmente sujeito, quanto à sua forma, ao controle judicial e ao procedimento jurisdicional; o juiz, de ofício ou provocado, pode usar a medida como forma de acautelar a instrução do processo.

7. A defesa do patrimônio público pelo Ministério Público é atribuição constitucional, cabendo a ele o exercício da ação civil pública (art. 129, inc. III, da CF). Em sentido amplo, as ações civis públicas podem preceder-se de inquérito civil como preparação para a ação respectiva (art. 8º da Lei n. 7.347/85).

No que se refere aos atos de improbidade administrativa, a participação do Ministério Público é efetiva, desde o início do procedimento administrativo. Qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa contra atos de improbidade, e se rejeitada a representação poderá dirigir-se ao Ministério Público (art. 14 e seus parágrafos da Lei n. 8.429/92).

Tudo fica a parecer que o Ministério Público só teria atuação prévia quando informado pela Comissão Processante, que se encarrega da apuração da prática de atos de improbidade (art. 15), mas, na verdade, tal comunicação tem objetivo exclusivo de permitir que o Órgão acompanhe o procedimento administrativo, mesmo porque além de poder determinar a abertura de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/85) poderá, de ofício, a requerimento da autoridade administrativa ou por representação de qualquer pessoa, requisitar instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22 da Lei n. 8.429/92).

É dever funcional do Ministério Público a instauração de todos os procedimentos previstos para a apuração de fatos e processamento da ação civil pública. Inclusive, se por parte do membro ministerial encarregado for determinado o arquivamento do inquérito e, *ipso facto*, de qualquer participação investigatória do Ministério Público, a extinção do procedimento só se dará sob censura do Conselho Superior respectivo (art. 9º e parágrafos da Lei n. 7.347/85).

8. Concedida qualquer medida cautelar, a ação principal, seja proposta pelo Ministério Público, seja por qualquer outro legitimado, deverá ser instaurada em trinta dias, sob pena de perda de eficácia da cautela (art. 17 da Lei n. 8.429/92), sendo vedada a transação, o acordo e a conciliação (§ 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92).

As ações destinadas à aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa têm prazo decadencial de cinco anos após o término do exercício do mandato de cargo em comissão ou de função de confiança (art. 23, I, da Lei n. 8.429/92). Tratando-se, todavia, de faltas disciplinares, puníveis com demissão a bem do serviço público nos cargos efetivos ou emprego, o prazo decadencial será o previsto em lei específica, desde que, evidentemente, não sejam efeitos secundários de condenação judicial.

9. Se houver abandono ou desistência da ação por parte de outro legitimado, o Ministério Público, no caso, atua como fiscal da lei, obrigatoriamente (art. 17, § 4º, da Lei n. 8.429/92) assumirá a titularidade ativa (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85).

10. Não há obrigar, no sistema processual brasileiro, a formação de litisconsórcio ativo. Daí, quando o § 3º do art. 17 afirmar que a pessoa jurídica interessada deve integrar o pólo ativo da ação, na qualidade de litisconsorte, está dizendo que poderá assim fazê-lo, oportunidade da qual se deduz, aqui sim, a obrigatoriedade de sua intimação para o respectivo exercício do direito, se quiser.

11. Particularidade específica da ação referente à improbidade administrativa quanto a seu procedimento, no momento, que sujeita o autor, inclusive, às sanções da litigância de

má-fé, previstas no CPC (§ 6º do art. 17 da Lei n. 8.429/92 com redação da MP n. 2.225-45/01), é a de que a inicial só será recebida após a notificação do requerido no prazo de quinze dias, podendo o juiz rejeitar de plano a ação, o que importa, em princípio, em efetivo julgamento de mérito (§§ do referido art. 17, com redação da mesma MP).

Recebida a inicial, o processo segue o procedimento ordinário (art. 17, *caput*, da Lei n. 8.429/92), com citação para defesa, cabendo contra o recebimento agravo de instrumento (§§ 9º e 10 do art. 17, com redação da mesma MP).

Dá-se a prevenção de competência para outras ações propostas posteriormente com a mesma causa de pedir e o mesmo objeto (§ 5º do art. 17, com redação da mesma MP), dentro dos princípios próprios da conexão, certamente, o que não importa em prevenir feito quando o primeiro já estiver sentenciado.

De forma inócua a MP n. 2.225-45/01 determinou a aplicação do CPP nos depoimentos e inquirições, pois a colheita de provas e os princípios que informam a busca da verdade real não se discrepam em razão da matéria.

12. Na ação popular e na ação civil pública, em princípio, a coisa julgada é *erga omnes*, havendo, nesse particular, aproximação muito íntima entre ambos os institutos, em razão de suas próprias finalidades, a ponto de se considerar, em doutrina, a última apenas espécie da primeira, em sentido geral. O autor, no caso, atua como substituto processual, mas todos, indistintamente, mantêm-se como partes no sentido material, sujeita a coletividade, portanto, à coisa julgada.

Tanto o dispositivo referente à ação popular quanto às ações civis públicas falam que haverá coisa julgada contra todos, a não ser que o fundamento de improcedência seja *por insuficiência de prova*. Se a coisa julgada, porém, é a definitividade da disciplina da relação jurídica, esta, com prova ou sem prova, é realidade jurídica, alcançando, portanto, a todos aqueles que normalmente são alcançados. Nesses termos, portanto, a *insuficiência de prova* jamais poderá justificar a reabertura da causa para indagar-se se houve prova boa ou não, mas, sim, para certificar que, formal-

mente, deixou de ser apresentado elemento concreto e essencial, geralmente documento, sem o qual não se poderia dar solução sobre o mérito. A essencialidade da peça que faltou, na verdade, seria causa de julgamento por falta de pressuposto processual (art. 284 do CPC) e não de improcedência.

FUNÇÃO SOCIAL E TUTELAS COLETIVAS: CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO A UM NOVO PARADIGMA

José Isaac Pilati¹

1. Introdução: o discurso atual da função social e sua ineficácia

Um dos maiores desafios ao civilista de hoje é, sem dúvida, a questão da função social. A baixa eficácia da norma — que a garante, mas a relega ao voluntarismo estatal — revela um descompasso da teoria do direito perante a realidade normada, ou mais precisamente, um erro histórico (e nada ingênuo) de funestas conseqüências. Cumpre resgatá-la teoricamente, e este é o problema.

Basta observar o discurso da doutrina a respeito do assunto: o constitucionalismo moderno impõe à propriedade um novo conceito, que inclui a função social; o proprietário já não é aquele

1 Texto elaborado para discussão em aula no Curso de Doutorado do CPGD da Universidade Federal de Santa Catarina, no primeiro trimestre de 2005. O autor agradece, especialmente, aos doutorandos Fernando Coruja Agustini e Nelson Nones, cujas pesquisas de elaboração de tese contribuíram à construção do pensamento aqui esposado. As citações de obras de língua estrangeira são com tradução livre do próprio autor do texto.

proprietário quiritário² do velho direito romano; ele deve utilizar a coisa não mais de forma absoluta e egoística, como se estivesse sozinho no mundo, mas de acordo com a finalidade econômica e social; pesa sobre a propriedade uma hipoteca em favor do bem comum. E continua: não se trata de simples limitações ou restrições ao exercício do direito, ou de simples obrigações negativas, mas de imposição de *deveres positivos*, que integram a própria essência do direito subjetivo. O não cumprimento da função social legitima a intervenção do Estado, que pode, inclusive, desapropriar a coisa, por interesse social, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (arts. 5º, XXIII, 170, III, 182 e 191).

A expressão “função social” denota, de um lado, o direito subjetivo, poder de que dispõe o titular ao seu alvedrio e no seu interesse individual, sob o amparo da ordem jurídica; e, de outro, a idéia de função – poder que se exerce não no interesse próprio, mas como um funcionário público, no interesse da coletividade e na forma da lei: função social.

Resumidamente, e *mutatis mutandis*, este é o discurso mais comum, quando se trata da propriedade³. No Brasil⁴, além disso,

-
- 2 Quiritário vem de *quiris* (lança), que era o símbolo primitivo da força e do direito usado pelos primeiros romanos. Servia, o nome quirite, *para significar o romano, puro, verdadeiro. Domínio por direito dos quirites queria exprimir que estava sancionado pelo direito civil romano, oposição a outras formas menos perfeitas de propriedade, como por exemplo a propriedade dos estrangeiros, a propriedade das províncias, a propriedade bonitária ou pretoriana.* HENRIQUE, João. *Direito romano*. Porto Alegre: Globo, 1938. t. 2, p. 14-15.
 - 3 Seria uma injustiça citar um ou outro autor, a título de ilustração; é uma síntese do que se observa em geral.
 - 4 Art. 182, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil: *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.* E no § 4º do mesmo artigo: *É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica [...] exigir [...] do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:* (parcelamento compulsório, imposto progressivo, desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública). Art. 184: *Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social [...]* São requisitos ao atendimento da função social do imóvel rural, pelo art. 186:

há enfoque especial na dicotomia: propriedade urbana/propriedade rural, arts. 182 e 191 da Constituição (como bens de produção!). A função social só teria pertinência no caso dos bens de produção (aí incluída a empresa), e não nos de simples uso ou consumo.

Com este diapasão, de sermão ético, ou político, ou moral, a função social continuará, indefinidamente, uma idéia muito difícil de ser colocada em prática. A norma parece feita para ter baixa eficácia, perante o vórtice individualista do direito subjetivo⁵, perante a dependência do voluntarismo estatal, e a própria conveniência do paradigma hegemônico.

O desalento pode ser percebido na seguinte afirmação de um dos melhores civilistas do Brasil, que é Orlando Gomes:⁶

“Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista por isso que, para os socialis-

aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Do que se transcreve dá para perceber que não há autonomia do conceito de função social; ainda que fixando deveres positivos ao proprietário, o constituinte mantém a função social estritamente nas mãos do legislador; e os dispositivos citados, especificamente, estão voltados aos casos de desapropriação por interesse social. A construção do conceito, autônomo, é tarefa da doutrina.

- 5 ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica italiana*, art. 42, alínea 2: *La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo dei assicurarne l funzione sociale e di renderla accessibile a tutti* (834 c.c.). A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e torná-la acessível a todos (art. 834 c.c.). ITÁLIA. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz, art. 834: “Ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, dos bens de sua propriedade, a não ser por causa de interesse público, legalmente declarado, e contra o pagamento de uma justa indenização. As regras relativas à desapropriação por causa de utilidade pública são estabelecidas por leis especiais”. Como se observa, o poder de delimitar o alcance das limitações ficou nas mãos do legislador. Não há autonomia do conceito de função social.
- 6 Pensamento exposto por GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 98, ao relatar idéias de respeitáveis autores, como, por exemplo, Perlingere (Introduzione alla problematica della proprietà).

tas autênticos, a fórmula função social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois ‘mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística’”.

Vale dizer, a grande propriedade (financeira, intelectual e empresarial) permanece intangível, e do fato de a propriedade imóvel *poder ser desapropriada com maior facilidade e de poder ser nacionalizada com maior desenvoltura não resulta que a sua substância estaria deteriorando*⁷.

A pergunta não é só: o que é função social? A questão é: como torná-la eficaz?

De nada adianta ficar admoestando e ameaçando o proprietário com apelos à ética e à solidariedade, com perdão da insistência, se o Estado trata o proprietário complacentemente, como um filho malcriado e incorrigível que faz tudo o que quer. Cumpre dar à função social eficácia jurídica e efetividade social. Esse é o desafio da esfinge ao civilista contemporâneo: cumpre-lhe dar à função social autonomia conceitual e *status* jurídico, que a coloquem no mesmo plano em que é tratado o direito subjetivo individual; colocando os interesses da Sociedade em tempo real, *no agora*, como diz Bobbio⁸ (ao verberar contra as normas programáticas, a propósito de outra mazelas que são os direitos sociais⁹).

7 GOMES, Orlando. *Direitos reais*, p. 98.

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, p.77-78. Diz Bobbio: “O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. [...] na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*? [...] Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas moral ou, no máximo, política?”

9 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*, 3. ed., p. 491 *et seq.*, trata dos *Deveres Fundamentais*, como capítulo dos próprios direitos Fundamentais. E diz: “Há apenas deveres fundamentais de natureza pontual necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autori-

A reação deve começar, inevitavelmente, pelo resgate do Direito Romano, perante acusações infundadas, que apenas mascaram e camuflam a verdadeira dimensão do problema; ao contrário, é nele — no Direito Romano clássico — que está o elo perdido da função social. Sem voltar ao Direito Romano não há resgatar a autonomia do conceito de função social, e colocá-lo em plano de igualdade (em tempo real, conforme dito), ante o direito subjetivo.

De fato, o equívoco de culpar o Direito Romano é um lugar comum, nem mesmo Orlando Gomes¹⁰ foge do paradigma reinante, quando afirma:

“Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se destinam as funções sociais desse direito”.

Tomando a Roma clássica como parâmetro, pode-se demonstrar a falta que faz uma correta classificação dos bens jurídicos nos códigos civis, um conceito de propriedade mais consentâneo à realidade hodierna, e uma solução mais adequada às tutelas coletivas. O sistema romano não cogitava de função social, é evidente, mas tinha solução jurídica para problemas que hoje são discutidos na dimensão da função social.

2. A classificação dos bens em Roma: um passo à eficácia

Os modernos códigos do mundo sofrem de um aleijo na classificação dos bens jurídicos, em decorrência de um erro que os romanos não cometeram. Para o código brasileiro e o código

zação constitucional”. O mesmo autor, em *Direito constitucional*, 6. ed., p. 511 *et seq.*, refere-se também à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, no que é acompanhado por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 161: *não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos*, podendo ser opostos contra e entre particulares.

10 GOMES, Orlando. ob. cit., p.100.

italiano¹¹, por exemplo, os bens são públicos ou privados. Os públicos são do Estado e os demais, dos particulares. Não está prevista a terceira categoria, dos bens que pertencem a toda a Sociedade, ou seja, a cada um e a todos os indivíduos, coletivamente, e dos quais ninguém pode dispor individualmente. Nem o Estado! É o caso do ambiente, por exemplo. O ambiente não é do Estado e não é do dono do imóvel: nem o Estado nem o particular podem dispor do ambiente, e cada cidadão, como co-proprietário desse patrimônio coletivo, está legitimado a defendê-lo.

Na Roma clássica, havia essa classe de bens, os que eram de propriedade de todo o povo, de forma que ninguém podia deles dispor individualmente, só coletivamente; qualquer cidadão podia sair em sua defesa, acionando o magistrado, que inclusive, aceitava o preito do postulante mais habilitado a fazer prosperar a demanda de interesse coletivo.

É que os romanos não conheceram essa ficção jurídica a que se denomina *pessoa jurídica*¹². O povo romano era uma *corporação*, e, como tal, todos os seus membros, constituindo um corpo (*cives Romani*), eram co-proprietários do patrimônio comum (*res publicae*), patrimônio ao qual se aplicavam regras diferentes daquelas a que eram submetidos os bens particulares. A cidade era uma corporação. O município era uma corporação. O *princeps* era uma corporação (corporação única). O *aerarium populi Romani* (os impostos arrecadados) era uma corporação.

O conceito e a expressão *pessoa jurídica* foi criação de Mommsen no final do século XIX, idéia essa, segundo Schulz¹³,

11 ITÁLIA. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz, art. 822 e 823. Art. 822: *Pertencem ao Estado e fazem parte do domínio público as costas marítimas, as praias, os ancoradouros etc. Alínea 1: Fazem igualmente parte do domínio público, se pertencerem ao Estado, as estradas, as auto-estradas e as estradas de ferro; os aquedutos; os imóveis reconhecidos de interesse histórico, arqueológico e artístico de acordo com as leis sobre a matéria etc.* Art. 823: *Os bens que fazem parte do domínio público, são inalienáveis e não podem constituir objeto de direito a favor de terceiros etc. Alínea 1: Cabe à autoridade administrativa a tutela dos bens que fazem parte do domínio público etc.*

12 SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clasico*, p. 83 et seq.

13 SCHULZ, Fritz. *Ob. cit.*, p. 84.

não só supérflua, como prejudicial, pois cria um sem número de dificuldades, que têm dado azo a abundantíssima e absurda bibliografia.

Com a elevação do Estado à condição de *pessoa jurídica*, criou-se um buraco negro na classificação dos bens, pois o novo ente usurpou a categoria dos bens jurídicos coletivos, criando um vazio jurídico, que abre caminho ao novo modelo histórico, da propriedade moderna¹⁴. Sem isso não teria sido possível, aos interesses privados, apoderar-se daqueles espaços que não se coadunam com a apropriação privada. O modelo dos códigos civis consistiu, nesse passo, em retirar a tutela coletiva das mãos corporativas da Sociedade, para confiá-la aos órgãos estatais e seu poder de polícia, quase sempre ineficaz, mas bem ao gosto e feição do sistema.

Na verdade, a classificação dos bens, nos códigos, deveria estar assim estabelecida: os bens são públicos (os do Estado como pessoa jurídica), privados e coletivos ou sociais¹⁵.

A criação (posterior e relativamente recente) da categoria dos interesses difusos¹⁶ seria um remendo, ao lado do velho poder de polícia pouco menos que inoperante; com isso, o tratamento da função social surgiu em forma dúbia, confusa, e a tutela jurídica coletiva, prejudicada na sua eficácia.

-
- 14 A idéia é de GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*, p. 105 *et seq.* A propriedade moderna é uma construção histórica de cinco séculos, que começa no XIV, recebe contribuições de teólogos e filósofos, e se aperfeiçoa no XIX, com a reflexão jurídica pandectista, *quando sobre o calco do modelo antropológico há muito definido se desenha um acabado e rigoroso modelo jurídico*, que se caracteriza pelos atributos de *simplicidade e abstração*.
- 15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional: e teoria da constituição*, p. 1.192, ao tratar de colisão entre direitos e bens jurídicos, fala de conflito entre direitos fundamentais e *bens jurídicos da comunidade: Não se trataria de qualquer valor, interesse, exigência ou imperativo da comunidade: Exige-se, pois, um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de proteção jurídica e constitucionalmente garantido*. Seriam bens como saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, integridade territorial e família.
- 16 Introduzidos no Brasil pela Lei n. 7.347/84, cuja ementa é a seguinte: "Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico turístico e paisagístico".

No Direito brasileiro, o velho modelo está sacramentado na Parte Geral do Código Civil, Livro II, que no art. 98 diz, simplesmente:

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às *peças jurídicas* de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

É evidente a omissão quanto àqueles bens que não pertencem às pessoas jurídicas de direito público, nem aos particulares individualmente, mas a toda a coletividade, como é o caso do bem ambiental e dos direitos sociais previstos a partir do art. 6º da CRFB, *v.g.*, a saúde¹⁷, que é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196).

A mesma omissão está presente no art. 92 do CC, que ao dispor sobre os bens reciprocamente considerados deveria contemplar: bens principais, acessórios e sociais. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal; social é o bem que pertence a toda a coletividade, não podendo o proprietário da coisa, ou qualquer outra pessoa, pública ou privada, ou o detentor de qualquer poder, dispor dele individualmente ao exercer o direito de propriedade ou outro poder.

Não se pode cogitar, portanto, de eficácia da função social sem dar autonomia aos bens coletivos em que incide, e sem os devolver à legítima dona, a Sociedade (de quem foram usurpados pelo ente estatal, na configuração jurídica da propriedade moderna).

3. A propriedade em sentido amplo: segundo passo

O outro obstáculo à definição do verdadeiro perfil da função social está na versão que os códigos dão à propriedade, restringindo o seu âmbito aos bens corpóreos e aos chamados direitos reais. O contexto romano era bem diferente.

17 Art. 6º da CRFB: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Fritz Schulz¹⁸ destaca: “*são os autores modernos que propendem incluir a propriedade e os direitos que modificam esta em um conceito [...] de iura in re*”. E complementa: “*os juristas clássicos nunca denominaram a propriedade ius in re ou in rem, nem conheceram o termo iura in re aliena*”.

Talvez seja muito difícil aos padrões e valores de hoje, trabalhar com a idéia de que não havia *direito das coisas* em Roma, e não havia um tratamento *separado* da propriedade ante os direitos patrimoniais gerais (para restringi-la a bens corpóreos). É certo que os romanos faziam distinção entre *actio in rem* e *actio in personam*, mas isso é outra coisa e outro contexto.

Mackeldey¹⁹, romanista de escol, ao expor a noção de propriedade, com base em fontes gerais, como Gaio, Ulpiano, Institutas de Justiniano e Código (VII, 25), percebe a sutileza e diz com todas as letras:

“A propriedade, no sentido amplo da palavra, é tudo o que forma parte de nossa fortuna, tudo o que nos pertence, seja corpóreo ou incorpóreo”. E arremata: “Desta noção geral de propriedade, aplicada às coisas corpóreas, nasce a idéia de propriedade em sentido estrito (*dominium*)”.

O tratamento das ações, nas suas diversas classificações (pessoais/reais, civis/honorárias) não interfere nesse sentido amplo de propriedade, nem permite projetar naquele sistema um *ramo* pertinente ou semelhante ao que conhecemos hoje por direito das coisas.

Não custa lembrar que os modernos ramos do direito, agasalhados pela moderna ciência jurídica, foram esboçados a partir do século XVI, com Connan (falecido em 1551) e Hugo Doneau (1527-1591)²⁰, e não pelos romanos, e muito menos pelo direito quiritário.

O direito quiritário pertence e corresponde a um período escravista agrário, em que as terras, nas mãos da família patriar-

18 SCHULZ, Fritz. ob. cit., p. 321-322.

19 MACKELDEY, F. *Elementos del derecho romano*, p. 151.

20 STEIN, Peter. *El derecho romano em la historia de Europa*, p. 111-112.

cal, ainda nem sequer sonhavam alcançar o *status* de mercadoria. Tanto é verdade, que no auge do direito quiritário, no período das ações da lei e da *actio per sacramentum*, lembra Petit,²¹ “o objeto da condenação era *pecuniário*”. E continua: “Ainda nas ações reais, como a reivindicatória, quando o demandado que perde o processo recusa-se a devolver a coisa litigiosa, o demandante só obtém uma indenização em dinheiro”. Como falar, portanto, em absolutismo no sentido moderno, a propósito do *dominium* romano clássico?

O direito quiritário não era um direito absoluto no sentido burguês e codificado do termo; ele afirmava poder incondicional do *paterfamilias* sobre a família (*fâmulos*), sobre os filhos (pátrio poder), sobre a mulher (*in manu*); mas perante os pares, a ação ganhava foros de aposta em torno do direito, vale dizer, um reparo *pelo desaforo*. Há um fosso, um degrau dialético entre o direito quiritário e a propriedade como mercadoria.

Por outro lado, não deixa de ser apressada e infundada a afirmação de que o direito romano não impunha limites ao domínio, como esclarece o mesmo Schulz²²:

“O domínio clássico não implica um direito ilimitado sobre a coisa. Os poderes que correspondem ao dono de um escravo foram restringidos por constituições imperiais. A propriedade da terra foi também limitada, não só tendo em conta os interesses dos vizinhos, senão também por imperativo do direito público”.

Portanto, a contradição fundamental da função social não é com o direito romano, mas com a propriedade moderna, dos códigos; é o método *científico* de distribuição de matérias, nas codificações, que dificulta, confunde e atrapalha uma visão mais abrangente da propriedade, e, bem assim, a clareza teórica da função social.

Se tomar a propriedade em sentido amplo, e não no campo estrito do direito das coisas, e equacionar corretamente a questão dos bens da coletividade, pode-se falar de função social da

21 PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*, p. 645.

22 SCHULZ, Fritz. *ob. cit.*, p. 322.

propriedade intelectual, função social da empresa, função social do sistema financeiro, função social do contrato, pois a Constituição da República Federativa do Brasil diz que *a propriedade atenderá a sua função social* (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

Assim, a título de exemplo, se uma empresa produz baterias ou pilhas, é responsável pelo seu recolhimento e pela lesão ao ambiente; não apenas em face do Código de Defesa do Consumidor ou da lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/84), mas em decorrência da função social: a empresa não é dona do ambiente e não tem o direito de prejudicá-lo com sua atividade empresarial. Outro exemplo: a empresa que fabrica leite em pó, e com propaganda maciça deseduca o povo quanto ao aleitamento materno, não está cumprindo a função social e pode ser chamada a reparar a ofensa ao direito coletivo fundamental, à educação e à saúde. Se a empresa ganhou dinheiro às custas da deseducação ou da produção de doença, não cumpriu a função social. Se não cumpriu a função social, independentemente da responsabilidade criminal ou da atuação do poder de polícia do Estado, deve responder perante a Sociedade (toda a coletividade), que é a legítima dona desses bens sociais.

Mas não é só isso. Nessa linha de pensamento, ao admitir o conceito amplo de propriedade, comprova-se no reverso que o Estado também tem função social. Nesse sentido, Pasold²³ defende que o Estado é uma criatura da Sociedade e, como tal, “deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade”, perseguindo o bem comum, e com justiça social. Priorizará, o Estado Contemporâneo, a realização dos valores fundamentais do Homem e atuará com legitimidade²⁴. Vale dizer, quando o Estado não prioriza os valores fundamentais, não está cumprindo a sua função social.

Assim, quando elege uma política não condizente com os bens coletivos fundamentais, ou firma um termo de ajustamento de conduta lesando o ambiente, o Estado está dispondo de bem

23 PASOLD, César Luiz. *Função social do Estado Contemporâneo*, p. 21.

24 PASOLD, César Luiz. *Ob. cit.*, p. 111.

que não lhe pertence; não está cumprindo a função social, e é passível da intervenção reparadora da Sociedade, mediante os instrumentos de tutela coletiva.

4. A tutela coletiva: terceiro passo

O ponto crítico da função social, no Brasil, está na falta de uma tutela jurídica adequada aos interesses coletivos, que foi usurpada da Sociedade e confinada, pelas codificações, no âmbito do poder de polícia do Estado, de sorte que de nada adiantaria consagrar os direitos coletivos ou sociais, na forma aqui preconizada, e bem assim reconhecer um conceito amplo de propriedade — para estender a função social a poderes e direitos patrimoniais — se a tutela jurídica permanecesse afeta ao voluntarismo do Estado e a seus agentes.

Mais uma vez, a posição romana é uma lição indefectível: os interesses coletivos, em Roma, podiam ser defendidos por qualquer cidadão, mediante as chamadas ações populares²⁵.

Diz Charles Maynz²⁶:

“*Actiones populares*. É o nome com que se designam certas ações penais que apresentam a particularidade de poderem ser intentadas por todo o cidadão, ainda que não tenha nenhum interesse pessoal. Estas ações se referem principalmente às questões de interesse geral que nós consideramos hoje como sendo do domínio da polícia”.

Trata-se das *res publicae* (pertencente a todo o povo, em regime corporativo) e assim agindo, perante o pretor, o cidadão

25 Num contexto bem diferente do da Lei brasileira n. 4.717/65, evidentemente.

26 MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, p. 531. No mesmo sentido, GARRIDO, Manuel J. Garcia. *Derecho privado romano*, p. 184: “*Estas ações, contidas no edito, estão voltadas à repressão de condutas ilícitas que o direito civil não havia sancionado. Os fatos que dão lugar a estas ações afetam, em princípio, a qualquer dos possíveis interessados que estaria legitimado para o exercício da ação*”. Exemplos: caso de animais perigosos, violação de túmulos, magistrados prevaricadores, associações criminosas, especuladores de víveres, atentados contra edifícios públicos, entre outros. Na mesma linha, MAY, Gaston, p. 644 e 354.

salvaguarda os interesses de todos, os direitos da comunidade, do Estado.

E continua Maynz²⁷:

“Assim, encontramos, ao tempo dos juriconsultos clássicos, diversos interditos e outras ações pretorianas populares, acessíveis a todo cidadão de reputação ilibada, com a nuance de, no caso de diversos indivíduos se apresentarem como demandantes, o pretor dar preferência ao que tivesse um *interesse pessoal e subsidiariamente àquele que parecesse o mais apto a perseguir a instância*”.

Não se acuse, portanto, o direito romano daquilo que ele não fez e não era. Por detrás da engenhosa construção que embaraça a função social, está, na verdade, o que Paolo Grossi²⁸ chama de *singular arquétipo jurídico — napoleônico-pandetístico*: uma noção de propriedade que vai além da apropriação individual, incluindo *conteúdos particularmente potestativos*, entre o ético, o social e o jurídico, numa visão antropocêntrica que legitima *dominar a terra e exercitar o domínio sobre as coisas e sobre as criaturas inferiores*. A apropriação do social-coletivo, pelas mãos do Estado, em favor do modelo individualista, é o traço do modelo; a função social corre o risco de ficar no plano do remendo, como denunciou Gomes linhas atrás, se não for convenientemente resgatada pela teoria.

A visão individualista e potestativa desta propriedade, “que nos acostumamos a chamar de *propriedade moderna*”, continua Grossi²⁹, tem sido inteligentemente camuflada por seus inteligentíssimos criadores. No plano do Direito ganhou a correspondente versão jurídica, para depois se deformar *em conceito e valor*, ou

27 MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, p. 531. Interessante lembrar, também, que o direito penal romano do período clássico não constituía um ramo à parte, distinto do que hoje se tem na esfera civil. PUGLIESE, G. Diritto penale romano. In: ARANGIO-RUIZ, V.; GUARINO A.; PUGLIESE, G. *Il diritto romano: la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto cimininale*. Roma: Jouvence, 1980, p. 247-341.

28 GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: um análisis histórico*, p. 31 *et seq.*

29 GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: um análisis histórico*, p. 33.

precisamente: em vez de sofrer os efeitos da realidade mutável, esse arcabouço conceitual transformou-se, cristalizado, no próprio cânon com que se mede a mudança da realidade.

É por isso que o conceito de função social, como uma crisálida, luta tanto para desembaraçar-se do casulo, cercado de predadores e de falsas verdades, como essa de acusar o direito romano e não o verdadeiro vilão da história, que é a propriedade moderna, das codificações.

5. Revisão teórica da função social: quarto passo à eficácia

A lição romana, como se percebe, abre caminho para uma reviravolta na concepção teórica da função social, pois oferece a chave para desatar o nó que amarra os braços da Sociedade perante os excessos do individualismo renitente.

De fato, de tudo o que se levantou até aqui, pode-se concluir que a função social, sob o constitucionalismo, é um princípio muito mais importante do que vem dizendo a doutrina. É um princípio que afeta e vincula todo e qualquer poder que se exerça sob a égide da Constituição: privado (econômico, patrimonial e financeiro) ou público (político, administrativo, incluído o jurisdicional).

É princípio que atua na colisão de uns e outros desses poderes com os bens coletivos, ou seja, aqueles bens que não são do Estado, nem do particular, mas de todos e de cada um de nós, em regime de co-propriedade e co-responsabilidade (saúde, educação, ambiente e assim por diante).

Reconhecidos e elevados tais bens da Sociedade à condição do direito subjetivo, fica claro que a função social não está no interior do direito de propriedade, que é onde a vê, erroneamente, o senso comum dos juristas. Está fora dele, constitui direito autônomo, que desrespeitado pode ser exigido por qualquer cidadão idôneo (sem prejuízo da necessária intervenção policial ou do Ministério Público)³⁰.

30 O fato de o Ministério Público intervir num caso desses, não afasta a legitimidade de qualquer cidadão, co-titular da comunhão social. É o mesmo que o Código Civil

Quando alguém, exercitando poder econômico ou político assegurado pelo ordenamento jurídico, vai além do seu direito e apropria-se daquilo que não é dele, do bem coletivo fundamental — do qual não pode dispor individualmente — incide o princípio da função social; incide como princípio harmonizador, e legitima qualquer pessoa idônea da Sociedade a agir, seja administrativamente, seja em juízo. Não pode ela ficar à mercê da boa vontade das autoridades, nem mesmo do Ministério Público.

O problema do pensamento reinante está em não superar o paradigma tradicional da propriedade moderna; ele admite a função social, mas como componente interno do direito do proprietário, e por isso mesmo, sem força própria de atuação, atrelada ao voluntarismo estatal e ao poder de polícia. Nesta concepção, retira-se da função social quase toda a validade. No modelo romano é diferente: rearma-se a Sociedade, a verdadeira titular do direito lesado para que se possa defender.

Para ter eficácia jurídica, a concepção de função social deve romper esse casulo da propriedade potestativa — nas mãos e à mercê do proprietário — e exteriorizar-se como bem jurídico autônomo coletivo, que é ou representa, diante do particular e do próprio Estado (pessoa jurídica).

Com outras palavras: a autonomia do bem coletivo e sua equiparação ao direito subjetivo do proprietário são vitais e importam no reconhecimento da tutela respectiva, que se desloca do monopólio dos agentes estatais para a Sociedade.

Deve-se ter claro, portanto, que a função social pode incidir sobre qualquer bem patrimonial e não apenas sobre a propriedade corpórea do Código Civil; não decorre do direito particular, mas da interferência deste em valores e interesses sociais fundamentais, dos quais o titular é também co-proprietário. A empresa tem função social; o capital tem função social; a propriedade intelectual tem função social — justamente por isso: por afetarem ou

confere a qualquer condômino para atuar em defesa do condomínio, a teor do art. 1.314: “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação [...] reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse [...]”.

poderem afetar direitos da coletividade, referentes a bens sociais que têm supremacia sobre quaisquer outros bens, incluindo os do próprio Estado.

Por outro lado e por isso, a função social afeta qualquer tipo de poder, até mesmo o do Estado. O Estado não pode dispor dos bens coletivos fundamentais, em benefício de interesses privados, ou mesmo dele próprio, pelo simples fato de que não lhe pertencem. Assim, por exemplo, se a autoridade pública ordenasse a destruição de um acervo histórico importante, estaria atentando contra a função social do poder que exerce, e, conseqüentemente, estaria legitimando a reação do direito subjetivo lesado.

A função social é, finalmente, um princípio que tem raiz constitucional nos direitos sociais como direitos coletivos fundamentais (especialmente os do art. 6º da CRFB), contrapostos aos direitos individuais e aos poderes do Estado. E em face disso, como de todo o exposto, pode-se concluir, dizendo que: a função social é o princípio informador da tutela coletiva dos interesses ou valores sociais fundamentais, como direitos subjetivos da Sociedade.

Considerações finais

Em síntese final, pode-se dizer que a idéia de função social é uma reação ao esgotamento do arquétipo da chamada propriedade moderna e seu modelo jurídico. Um modelo antropocêntrico, que desqualifica a natureza, como objeto de apropriação e exploração, e que erige o Estado — em detrimento da Sociedade — à condição de pessoa jurídica, dona dos bens públicos, monopolizadora do bem comum e detentora do poder de polícia.

No presente artigo procurou-se eximir o direito romano de culpa nessa versão histórica da propriedade, obra das codificações século XIX, coroando uma evolução que se iniciara no século XIV; e buscou-se justamente nele, no direito romano, subsídios para ajudar a resolver o problema da baixa eficácia da função social no direito contemporâneo.

Comprovou-se, à luz do direito romano, que o resgate da função social na teoria do direito começa pelo retorno dos bens coletivos à esfera jurídica da Sociedade; vale dizer, aqueles valores sociais fundamentais do art. 6º da Constituição da República

Federativa do Brasil (saúde, ambiente e educação), usurpados pelo Estado nos códigos civis.

O próprio conceito de propriedade, como propriedade corpórea, é obra das codificações burguesas e constitui um elemento complicador a mais do sistema: impede ou dificulta que a idéia de função social estenda-se a todos os direitos patrimoniais (empresa, direitos autorais e ativos financeiros) e possa determinar nova escala de valores ante a realidade não humana (que deve ser biocêntrica). Impõe-se a necessidade teórica de trabalhar, também, com um conceito amplo de propriedade, a par do conceito estrito, pertinente aos bens corpóreos.

O obstáculo teórico mais significativo a remover consiste no errôneo pensamento de que a função social é um componente do direito subjetivo de propriedade. Não é. A função social diz respeito a outros bens autônomos, específicos, exteriores à esfera do proprietário individual e que pertencem a todas as pessoas, como co-proprietárias. Bens constitucionalmente assegurados como valores sociais fundamentais e dos quais ninguém pode dispor individualmente, nem mesmo o Estado, que, aliás, também tem função social no poder que exerce (todo poder emana do povo).

A função social é um princípio informador, perante essa colisão de interesses entre a esfera individual e a coletiva, interesses que em princípio não se tocam, a não ser no conflito. Por isso, outro ponto decisivo, corolário de todo o arcabouço estrutural da função social, é o reconhecimento da tutela coletiva dos direitos sociais fundamentais, legitimando-se a exercitá-la todo e qualquer cidadão idôneo (sem prejuízo da ação dos agentes públicos, do poder de polícia e do próprio Ministério Público).

Com isso, eleva-se a função social ao mesmo plano e força do direito subjetivo individual, outorgando-lhe o mesmo dinamismo criativo da propriedade, ou seja, eficácia.

Com esse perfil da função social, consciência jurídica dos operadores, e um Judiciário consciente, pode-se pensar em reverter o quadro ameaçador, de destruição da vida, das culturas, da biodiversidade e do próprio planeta.

Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Código civil: Lei n. 10.406, de 10-1-2002 acompanhada de legislação complementar, súmulas e índices*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 27 de jan. de 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- GARRIDO, Manuel Jesus Garcia. *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Dykinson, 2000.
- GROSSI, Paolo. *La propiedad e las propiedades: un análisis histórico*. Trad. Angel M. López y López. Madrid: Cuadernos Civitas, 1992.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- HENRIQUE, João. *Direito romano*. Porto Alegre: Globo, 1938.
- ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*.
- _____. *Código civil italiano*. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961.
- MACKELDEY, F. *Elementos del derecho romano*. Trad. do editor. 4. ed. Madrid: Leocadio López, 1886.
- MAY, Gastón. *Éléments de droit romain*. 9. ed. Paris: J. B. Sirey, 1907.
- MAYNZ, Charles. *Cours de droit remain*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. v. 1-3.
- PASOLD, César Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. ver., atual. e amp., Florianópolis: OAB/SC, 2003.

- PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de derecho romano*. Trad. José Ferrández González. Madrid: Saturnino Calleja, 1926.
- PUGLIESE, G. Diritto penale romano. In: ARANGIO-RUIZ, V. et al. *Il diritto romano: la costituzione, caratteri, fonti diritto privato, diritto cimininale*. Roma: Jouvence, 1980, p. 247-341.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clasico*. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960. Tradução da edição inglesa: *Classical Roman Law*.
- STEIN, Peter. *El derecho romano em la historia de Europa: historia de una cultura jurídica*. Trad. César Hornero Méndez e Armando Romanos Rodríguez. Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

A PROPRIEDADE RELATIVIZADA POR SUA FUNÇÃO SOCIAL

Luiz Antônio Zanini Fornerolli¹

I. Introdução

O direito de propriedade, desde os mais recônditos dos tempos, sempre foi visto como direito absoluto. Contudo a evolução da sociedade em face do reconhecimento de seus interesses fez arrefecer o absolutismo desse dogma.

O Brasil, alimentado que foi pela doutrina passada pelo direito romano, absorveu, inicialmente, o conceito menos elástico do direito de propriedade. A propriedade no seio do contexto legislativo pátrio sempre foi caracterizada como direito absoluto, exclusivo e perpétuo de seu proprietário, subordinando-se as conhecidas limitações de ordem civil e administrativa.

A feição desse direito foi assim até o raiar da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, inaugurou no ordenamento constitucional brasileiro uma verdadeira revolução social no que toca ao conceito de propriedade.

¹ Juiz de Direito, Especialista em Direito Processual Civil (Univali/UnC) e Mestre em Administração, na área de concentração de Gestão Estratégica das Organizações, com ênfase em Gestão Tributária (Esag/Udesc).

Com o advento da nova ordem constitucional observou-se que a propriedade privada restou mais uma vez garantida, mas, ao seu lado, quer como cláusula pétrea ou como princípio da ordem econômica, o constituinte fez inserir que ela deva cumprir sua função social.

II. Escorço histórico

Não é desconhecido que nos primórdios inexistia a cultura da propriedade privada, até por desnecessidade, ante a vasta dimensão de terra e sua pouca utilização como reserva de riqueza. A terra era coletiva², pertencendo a todos. Havia, na verdade, a ocupação³ da coisa com o fim de subsistência e sobrevivência.

Com o fluir da evolução da sociedade humana, percebeu-se que a tendência do que era coletivo por desnecessidade de acumulação de riqueza transmutou-se em privado. A singularização da propriedade alcançou seu apogeu na clássica visão do direito romano, ao qual era dado ao proprietário o direito de usar, fruir e dispor da coisa, havendo o caráter absoluto, exclusivo e perpétuo sobre o bem que detinha, respeitando pequenas limitações ante o confronto com outras propriedades (*v.g.*: direito de vizinhança).

A propriedade vestida de seu atributo personalíssimo e individualista⁴ restou, inicialmente, tangida pela Lei das XII Tábuas⁵, o que fez arrefecer a concepção de caráter absoluto do direito de propriedade.

Na Idade Média⁶, a propriedade sobre terras teve papel preponderante, prevalecendo o brocardo *nulle terre sans seigneur*. Nessa época, auge dos feudos, a propriedade antes privada pas-

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 4, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 81. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. vol. 3, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 85.

3 MONTEIRO, Washington de Barros. *Ob. cit.*, p. 82.

4 CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 170.

5 *Ibidem*, p. 171.

6 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 82.

sou para uma titularidade concorrente: senhor feudal e vassalo. O território era sinônimo de poder. Os vassalos serviam ao senhor⁷. O senhor feudal concedia o direito de utilização econômica do bem e recebia prestação de serviços, inclusive militares.⁸

O Direito Canônico incute a idéia de que o homem está legitimado a adquirir coisas, pois a propriedade é garantia de liberdade individual. No entanto, por influência de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, difunde-se que a propriedade privada é imanente à própria natureza do homem que, no entanto, deve fazer justo uso dela (Câmara, 1981: 79)⁹.

Em face da desigualdade da era medieval e do conseqüente conflito entre senhores e servos, tem-se a eclosão da Revolução Francesa (1789). O Código Napoleônico, tido como o Código da Propriedade¹⁰, nutrido pelo concebido no Direito Romano, restabeleceu o princípio quase que absoluto do direito de propriedade, regendo que a *propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos* (art. 544).

A propriedade, enfim, era soerguida à condição de incontestabilidade, restaurada que foi a idéia individualista. Esta idéia foi seguida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte francesa, em 26 de agosto daquele ano, somente admitindo que o titular fosse dela despedido em caso de interesse público e após justa indenização¹¹.

Na mesma trilha, seguiu a 5ª Emenda à Constituição americana, que compõe a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) que, na mesma época, enunciou que ninguém seria privado da propriedade, salvo por interesse público, mas assim compensado.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. vol. 5, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 151.

8 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 82.

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Ob. cit.*, p. 151.

10 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 4, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 66.

11 SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 59.

A Revolução Industrial seguida da cultural determinou a reordenação do alcance do caráter ilimitado do direito de propriedade. Novas ideologias surgiram a partir da segunda metade do século XIX, propiciando uma nova ótica a esse direito, partindo-se do ângulo de visão de novos matizes político-econômicos.

O regime socialista, à guisa de giz, rasgava o conceito de propriedade, em especial a imóvel. Por outro lado, em países de regime capitalista, a propriedade continuava na orla da ordem privada, havendo, porém, as restrições de lei. Entrementes, mesmo nesses Estados, a compreensão do instituto da propriedade passou a ser relativizada em face da adoção de uma nova visão de Estado, em que o interesse social se sobrepõe ao caráter individualista.

As guerras e os movimentos sociais determinaram na sociedade uma nova forma de encarar certas realidades antes inalábeis, como, por exemplo, a propriedade. Os distúrbios sociais e os movimentos de insatisfação popular compeliavam a sociedade a um reordenamento de postura, sobretudo legislativa, pois a vetusta já não se comprazia com a história de sofrimento, de lutas e de perdas.

A movimentação social, em resposta à opressão a que estava sujeita, viu abrigados no ordenamento certos direitos antes sequer imaginados. A massa popular organizada fez-se ouvir e inserir no plexo de direitos os seus interesses.

Diante desse jacto social, amparado pela doutrina tomista, percebeu-se que o conceito de propriedade deixou de ter o caráter privatista e passou a ser concebido mais largamente. Esta revisão da concepção veio a vestir o sentido de que a propriedade, mesmo privada, deveria ter em mira sua adequada utilização, quando não, deveria servir ao bem comum, numa dimensão bem mais avançada.

A movimentação social emprestou auxílio na formação do Estado social¹². Este Estado social surgiu a partir do modelo ado-

12 PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988, p. 43.

tado pela Constituição mexicana de 1917 e pela da Alemanha (Constituição de Weimar) de 1919.

Dos ensinamentos de León Duguit, tem-se os novos rumos dados ao direito de propriedade, sustentados pela idéia de que esta deve cumprir sua função social. Duguit foi o precedente desta nova concepção do direito de propriedade. Defendendo-a em Buenos Aires, em 1911, exalta que o proprietário não é titular de um direito subjetivo, mas apenas o detentor da riqueza, uma espécie de gestor da coisa que devia ser socialmente útil¹³.

Segue-se a abordagem servida pelo clero. A igreja católica, com as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, e *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, veiculou no mundo cristão o entendimento de que a propriedade tinha de ser bem utilizada.

Tem-se em voga com tais concepções o socialismo cristão. Aliás, Edward Macnoll Burns¹⁴ tributa que este entendimento partiu da encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XXIII.

Antônio de Sanctis¹⁵ calçado pela encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, desfiou que é preciso precaver-se contra o individualismo que chegaria ao ponto de negar o “aspecto social e público do direito de propriedade”.

Jean Philippe Lévy¹⁶ observa que pela encíclica *Mater et Magistra*, o Papa João XXIII conta o quão é grave a questão da propriedade privada.

Como se percebe, o encaminhamento dado ao direito de propriedade passou a ter outro rumo. Mais e mais pensadores

13 LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade. *RT*, São Paulo, n. 770, p. 731, 1999.

14 BURNS, Edward Macnoll. *História da civilização ocidental*. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 21. ed., Porto Alegre: Globo, 1978, p. 706.

15 SANCTIS, Antônio de. *Encíclicas e documentos sociais: Quadragesimo Anno*. São Paulo: LTR, 1971, p. 65.

16 LÉVY, Jean Philippe. *História da propriedade*. Tradução de Fernando Trigueiro. Lisboa: Estampa, 1973, p. 125.

passaram a defender a idéia de que a propriedade privada deveria vestir um papel social, afastando-se da velha concepção individualista. Todas as idéias partiam da concepção de que o proprietário não é um titular de um direito subjetivo, mas apenas o detentor da riqueza, mero administrador da coisa que deveria ser socialmente útil.

Observa-se, nesse pensar, que a propriedade continua a ser privada, porém condicionada ao interesse da comunidade¹⁷. A propriedade foi relativizada¹⁸, otimizada na sua compreensão. Tem que atender um fim social que, a princípio e de forma geral, é o bem-estar social¹⁹.

A idéia de propriedade individualista se espalhou por diversas codificações, até mesmo a nossa (Código Civil de 1916, art. 524). Entretanto, este apego ao privatismo começou a perder força com as revoluções sociais e o desenvolvimento industrial que buscavam um sentido social para propriedade privada.

Décadas atrás viu-se ruir alguns regimes políticos que tinham o sentido de que a propriedade era do Estado e sua utilização era permitida. Sentido oposto tinha-se o exalto da propriedade privada, ainda que sujeita a restrições, apoiada no contexto que estimula o trabalho e as faculdades do indivíduo, fomentando a produção de riquezas.

Nos dias atuais, como se observa, o conceito de social avulta nos países de regimes políticos não marxistas. Consoante a conclusão de Washington de Barros Monteiro²⁰, há muito tempo não se sabe aonde chegaremos, pois os movimentos vindos do povo estão cada vez mais organizados e começam a ser ouvidos e tolerados, sendo que seus ideais já repercutem nas ordenações legais.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 508.

18 Josserand, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 67.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 101.

20 MONTEIRO, Washington de Barros. *Ob. cit.*, p. 87.

III. Fundamentação Teórica

A Constituição Federal de 1988, a exemplo das anteriores, no art. 5º, inc. XXII, garantiu o direito de propriedade em geral, estabelecendo outras formas ou modalidades de propriedade no corpo de seu texto e deixando antever a importância com a qual distingue a matéria, à medida que dá tratamento diferenciado a cada uma delas.

O texto constitucional criou vários tipos de propriedades que especificam a teoria clássica do direito de propriedade. Assim é como se vê: nos arts. 184, 185, 186, a propriedade rural; no art. 182, § 2º, a propriedade urbana; no art. 176, a propriedade de recursos minerais; no art. 222, a propriedade da empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de imagens; no art. 5º, inc. XXVII, a propriedade do direito autoral, e no inc. XXIX, a propriedade das marcas.

De efeito, diante desse exposto tratamento diferenciado, percebe-se que não há somente uma ordem de propriedade, mas, sim, de várias modalidades de propriedade, cada qual possuindo seu dístico diferenciador, assumindo o seu aspecto característico e, de consequência, uma função social destacada.

José Afonso da Silva²¹ leciona que a Constituição consagra a tese que se desenvolveu especialmente na doutrina italiana, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades.

Dessa feita, conforme o padrão a ser considerado, a propriedade pode ser considerada: pública, privada ou social; urbana ou rural; de bens ou de consumo; de uso pessoal ou de capital etc., estando todas, contudo, submetidas a tratamento específico em decorrência da destinação do bem objeto da propriedade.

Esta leitura leva-nos a constatar que a propriedade saiu das raízes do direito civil, mas que atualmente encontra uma teia de

21 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 64.

normas (administrativa, consumerista, comercial, tributária etc.) que abrangem e tem por fundamento as premissas insculpidas na Constituição Federal. Positivou-se, assim, um novo regime jurídico para o entendimento do instituto da propriedade.

A Constituição Federal, como dispõe o art. 5º, inc. XXII, garantiu a propriedade privada, mantendo íntegra toda a teoria civilista a respeito dela. A Constituição, observe-se bem, a garantiu, contudo não a definiu nem a conceituou, deixando pairar sobre ela uma concepção jurídica já há muito nutrida. Contudo, instalou no inc. XXIII um inciso após a garantia da propriedade, a intenção socializante de que a propriedade deverá atender a sua função social.

A Carta de 1988 inovou a respeito conforme evidenciado anteriormente, uma vez que trouxe intimamente ligada à garantia de propriedade a observância da função social. Ao encostar a adjetivação à propriedade, ainda mais destacando-a como cláusula constitucional imutável, deu o Constituinte sinal de quanto considerava aquilo que queria distinguir.

Tanto é assim que em momentos distintos do texto constitucional previu expressamente que a inobservância de conferir à propriedade a sua função social sujeitaria a propriedade à expropriação, conforme disposição tachada no art. 182, § 4º, e art. 184.

Convém verificar, ainda, que a importância dada à propriedade e sua destinação social foi de tal magnitude que o constituinte fez inseri-la como princípio da atividade econômica, no capítulo que trata sobre a ordem econômica e financeira, garantindo a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (CF, art. 170, incs. II e III).

A teoria civilista do direito de propriedade não mudou em face da nova postura constitucional. O que mudou foi a interpretação dada à propriedade privada diante dos novos rumos conotados pela Constituição Federal.

É de se observar que o assento constitucional determinou novos rumos e amplitudes à teoria puramente civilista a respeito do direito de propriedade, uma vez que distendeu consideráveis limitações à utilização da propriedade como um todo.

Maria Clara Motta²² enfatiza que existem limitações em função do objeto e limites impostos em função do sujeito, pelos quais o acesso à propriedade é vedado por força de nacionalidade, dependendo de critérios estritamente ligados a diretrizes de política migratória.

A propriedade tal qual modulada na teoria civilista é um direito absoluto, ou quase absoluto, conforme a herança provinda do Direito Romano e do Código Napoleônico. A Constituição Federal, neste particular, veio a quebrantar esse entendimento, arrefecendo-o, porquanto impôs, ao lado de outras já existentes, mais uma séria restrição — a função social.

Há de se abrir aqui uma lacuna para enfatizar que, da forma que fora construído o texto constitucional, *ex vi* do art. 5º, inc. XXII e XXIII, e art. 170, inc. II e III, a função social passou a fazer parte do conceito de propriedade.

Esta visão repulsa a simples leitura de ser a função social uma restrição ao direito de propriedade. A restrição não é um limitador, mas um adjetivo que dilarga a compreensão, permitindo-se crer que o proprietário só estará resguardado pela Constituição se der a sua propriedade uma função social. A função social condiciona o direito de propriedade, não sendo mera complicadora deste.

Na doutrina, José Afonso da Silva²³ defende a idéia de que a função social está a fazer parte da estrutura do direito, não sendo por isso uma limitação ao direito de propriedade.

A posição de José Afonso da Silva não é isolada. Fábio Konder Comparato²⁴ o acompanha e textualmente expõe: a chamada função social da propriedade representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, inconfundível, como tal, com as restrições tradicionais ao uso dos bens próprios.

22 MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 56.

23 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 254.

24 COMPARATO, Fábio Konder. Título. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. *Anais [...]* Salvador, 1986, p. 60.

Na mesma trilha segue Orlando Gomes²⁵ ao disseminar que o princípio da função social da propriedade atinge a substância do direito de propriedade, dando origem a uma nova concepção do instituto.

Mesmo presa a esta novel concepção, a propriedade, antes larga (absoluta, ou quase), passou a contar com um contundente condicionador que lhe empresta um caráter não visto, embaraçando os atos de usar, gozar e dispor da propriedade, o que, ressalta-se, é uma limitação antes não conhecida. Dê-se o sentido que se queira dar, a mudança impõe uma redução, pois, se antes o direito não estava condicionado e agora está, é inarredável que há aí uma restrição.

É de se observar que tudo que afete o exercício de qualquer característica da propriedade tem evidenciado o firmamento de uma limitação ao exercício dessa mesma propriedade. Pode-se dizer então que vários são os motivos que impõem à propriedade restrições, como por exemplo: limitações de ordem estética, urbanística, higiênica, de defesa do consumidor, de segurança pública, de preservação ambiental, como ainda, em face do confisco: servidão e expropriação. Todas as restrições estão previstas em ordenamentos legais: uns administrativos, outros de natureza civil e consumerista, e, por fim, os de ordem tributária.

Destarte, ante o analisado, tem-se que não mudou a teoria civilista a respeito da propriedade. O que ocorreu foi a mudança provinda da interpretação dessa teoria diante da nova concepção socializante descortinada na Constituição Federal, que é mais um lenitivo para se atingir uma sociedade mais equilibrada econômica e socialmente. É a supremacia do interesse público perante o privado. É a publicização do direito privado²⁶, ou seja, há uma mudança de referencial. O direito de propriedade deixou de ser visto pelo ângulo do direito individual para ser inserido no contexto de coletividade.

25 GOMES, Orlando. Função social da propriedade. In: XII Congresso nacional de procuradores do Estado, 1986, Salvador. *Anais [...]* Salvador, 1986. p. 63.

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. I. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 14.

Essa nova visão do direito de propriedade foi impelida pela necessidade de garantir interesses sociais relevantes, pois a anterior ficou dissonante com a realidade vivida. Com efeito, não bastasse toda ordem de mudanças ocorridas no cenário político mundial no final século XIX e início do século XX, viu-se que o êxodo rural, a industrialização e o conseqüente aumento da população nas cidades resultaram numa conturbada convivência e numa irascível discrepância social. Problemas antes não vistos e não conhecidos são hoje aparentes e inescandíveis, e, quando tomados em conta, propiciam novos conceitos para o Direito.

A função social da propriedade, conforme divisado *supra*, foi estabelecida como garantia fundamental e como princípio de ordem econômica, também servindo de manto para a nova redação do art. 1.228 do CC de 2002.

A redação da cabeça do citado artigo foi muito pouco alterada ante a disposta no art. 524 do revogado Código Civil de 1916. A lei agora faculta, enquanto que antes assegurava, que o proprietário da coisa venha a usá-la, gozá-la, dispô-la e reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha. Nesse sentido, o conteúdo doutrinário civilista foi mantido íntegro. O que mudou foram os parágrafos, antes único, agora fracionado em cinco. Aqui não é de se olvidar que os ventos procedentes da Constituição Federal encontraram encaixe, terra fértil e clima apropriado para frutificar o semeado anseio social.

Especificamente, foi o § 1º do art. 1.228 do CC/2002 que firmou a idéia da publicização, enfatizando que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Dizem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²⁷ que a natureza jurídica da função social da propriedade é princípio de

27 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*, p. 418.

ordem pública, que não pode ser derogado por vontade das partes, conforme previsão descrita no parágrafo único do art. 2.035 do CC, consoante rege que nenhuma convenção pode prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública.

Nota-se que a propriedade, antes tida como quase que absoluta, atualmente encontra-se com seu conceito mais roto, mais flexibilizado, dado que o proprietário está sujeito a restrições não só de caráter privado (direito de vizinhança, como exemplo), mas, também, e principalmente, de ordem pública, que é a função social da propriedade, bem presente no § 1º do art. 1.228 do CC.

A propriedade está condicionada a sua função social, logo o pressuposto para a tutela do direito de propriedade é justamente o cumprimento da função social. O descumprimento desse requisito da função social da propriedade leva à perda da proteção constitucional.

Desse modo, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a propriedade dotada de função social legitima-se pela função. A que não cumprir função social não será mais objeto de proteção jurídica, conforme salienta Pietro Perlingieri, citado por Gilberto Bercovici: *a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade*²⁸.

Neste caminho, o descumprimento da função social afasta o direito do proprietário (aqui entende-se também o possessor) de munir-se, quando turbado ou esbulhado ou na iminência de qualquer ofensa, da proteção possessória²⁹.

Confere observar então, que o interesse não é mais só individual, mas sim social, uma vez que dentro do conceito de propriedade exsurge que para ser garantida, como verbera o inc. XXII, terá ela que cumprir sua função social (CF, art. 5º, inc. XXIII).

28 BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de direito privado*. n. 7, p. 83-84.

29 *Ibidem*, p. 84 e LEONETTI, Carlos Araújo. *Função social da propriedade*. RT, p. 738-739.

Estes incisos do art. 5º da Carta Maior, somados aos incisos II e III do art. 170, conduzem à idéia de que o caráter privatista da propriedade sofreu uma relativização, como bem obtempera José Afonso da Silva³⁰: *Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica, sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-a aos ditames da justiça social, de sorte que se pode dizer que ela, só ela é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social.*

Como se vê, o direito de propriedade continua a existir no Brasil, modulado consoante os mesmos princípios que sempre o informaram. O que mudou, na verdade, foi o seu cotejo diante da função social. A partir da nova Constituição Federal, viu-se o raiar da flexibilização desse direito, deixando ele de ter um sentido meramente individual para conotá-lo com social.

IV. Conclusão final

Como se observou, a Constituição Federal garante o direito de propriedade, todavia condiciona a observância de que deva ela cumprir sua função social. Decorre disso que o interesse do proprietário, antes marcadamente pessoal, passou a ser, em face dessa nova dimensão, social.

O que se verifica dizer que a função social, tal como modulada no texto constitucional, passou a ser parte integrante do novo conceito de propriedade, permitindo-nos a conclusão de que o proprietário só estará abrigado pela CF se der a sua propriedade uma função social.

Em suma, registra-se que a teoria civilista a respeito da propriedade ficou inalterada. O que sucedeu foi a mudança provinda da interpretação dessa teoria ante a nova concepção socializante trazida na Constituição Federal, que é um catalisador para alcançar-se uma sociedade mais equilibrada econômica e socialmente. Enfim, é o resultado da supremacia do interesse público diante

30 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed., p. 690.

do privado. É a mudança de um paradigma, pois há a tônica da publicização do direito privado.

V. Referências Bibliográficas

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. *Revista de direito privado*. n. 7, p. 83 e 84.
- BURNS, Edward Macnoll. *História da civilização ocidental*. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 21. ed., Porto Alegre: Globo, 1978.
- COMPARATO, Fábio Konder. Título. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. *Anais [...] Salvador*, 1986.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- GOMES, Orlando. Função social da propriedade. In: XII Congresso nacional de procuradores do estado, 1986, Salvador. *Anais [...] Salvador*, 1986.
- LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade. *RT*, p. 738 e 739.
- _____. Função social da propriedade. *RT*, São Paulo, n. 770, p. 731, 1999.
- LÉVY, Jean Philippe. *História da propriedade*. Tradução de Fernando Trigueiro. Lisboa: Estampa, 1973.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 3, 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed., Florianópolis: Estudantil, 1988.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 4, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- _____. *Instituições de direito civil*. Vol. I, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SANCTIS, Antônio de. *Encíclicas e documentos sociais: Quadragésimo Anno*. São Paulo: LTR, 1971.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed., rev. e ampl., São Paulo : Malheiros, 1994.
- _____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. Vol. 5, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

O FORMALISMO PROCESSUAL E SUAS CONSEQÜÊNCIAS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO: A PREVALÊNCIA DA FORMA NO PROCESSO CIVIL EM DETRIMENTO DO DIREITO GARANTIDOR DO BEM DA VIDA

Luiz César Medeiros*

1. Introdução

O excessivo e injustificado apego ao formalismo no processo judicial cível contribui para a morosidade na prestação jurisdicional e, na maioria das vezes, constitui a causa do perecimento do direito subjetivo assegurado pela norma de direito material. Isso, além de militar contra a efetividade do processo e a própria realização do Direito, implica na persistência do conflito e o recrudescimento do descrédito em relação ao Judiciário.

O que se pretende abordar, sucintamente, é a necessidade de a aplicação das regras de direito processual estreitar-se com o princípio da instrumentalidade que as corporifica, servientes à garantia do direito material, evidenciando-se como imperiosa e urgente a necessidade de mudança de mentalidade dos operadores do sistema jurídico.

* *Desembargador no TJSC, Mestre em Direito e Professor da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina.*

Ensina com muita propriedade Osvaldo Ferreira de Melo que “o caráter ideológico e axiológico próprio da Política do Direito exige que uma norma, além dos requisitos para sua validade formal, se conforme com os valores da justiça e utilidade social, pois só assim poderá ostentar a sua validade material. Uma norma que não assegure esses valores não pode ser chamada jurídica e melhor será que não faça parte do sistema normativo”.¹

Assim, somente o interesse público superior, traduzido nos valores justiça e utilidade social, justificador, em última instância, da própria existência do Direito Processual, autoriza a sobreposição da forma em relação ao direito material e a desconsideração do direito subjetivo a ele imanente.

2. O processo como técnica e ética a serviço do Direito

Segundo a expressão de Calera, o direito deve retomar o seu papel de instrumento de ordenação social, respondendo às convenções morais, aos valores e aos interesses estabelecidos majoritariamente pelos integrantes da sociedade, deixando de ser uma mera imposição de força, para ser a verdadeira expressão da realização social na busca pela justiça.²

Uma conclusão valorativa, ainda no dizer do mesmo autor, seria a seguinte: deve ser evitado um idealismo jurídico ao estilo do jusnaturalismo que propicie uma etificação radical do Direito; há que ser superado também o realismo jurídico pessimista e irracional que se resigna ante a realidade do direito como forma de poder. É necessário que se transcenda essa concepção pós-moderna que reduz o Direito a uma simples regra técnica de ordenação social, sem questionar os fins e os modelos sociais a que serve essa técnica.³

Em meio a esse emaranhado de leis, e ante as concepções equivocadas pelas quais é focado, agiganta-se hodiernamente no seio da sociedade uma generalizada descrença no Direito, principalmente sobre a ineficiência desse instrumental legal em dar as respostas esperadas pela maioria dos destinatários de seus preceitos e princípios. Cresce a convicção de que o aumento quantitativo de normas não corresponde na mesma proporção em um progresso sensível dos níveis de justiça.

Dentre tantas razões apontadas para a ineficiência do Direito em corresponder às expectativas da sociedade, tem merecido destaque o excessivo formalismo na solução jurisdicional dos conflitos sociais e dos conflitos individuais que acabam trazendo importantes reflexos àqueles. Os órgãos jurisdicionais do Estado estão assoberbados pela quantidade e complexidade técnico-formal das normas jurídicas, mormente as processuais, dificultando a interpretação e, muitas vezes, obstando a própria solução dos casos concretos.

Os procedimentos jurídicos, em especial o processo como instrumento de busca pelo atendimento de uma pretensão respaldada pelo Direito, são extremamente formais e complicados, acarretando o retardamento da prestação jurisdicional que, muitas vezes, perde seu sentido nas malhas do tempo.

O Direito como realidade política, moral, econômica, cultural e histórica está impregnado de valores. Para a sua compreensão, pois, não basta uma análise sob a perspectiva estritamente científica. Na condução do processo, o juiz deve trabalhar com o direito como valor, pois de há muito vencida a posição kelseniana da neutralidade absoluta da norma.

A simplificação dos procedimentos, sem o enfraquecimento das garantias processuais que protegem a igualdade das partes, o seu direito de defesa e o pleno acesso à justiça, constitui-se num desafio que mantém em crescente atividade a preocupação e o poder criativo dos juristas e dos operadores do direito de uma forma geral. Afastar o Direito de seu sentido ético, para reduzi-lo à simples regra técnica, em nada vai ajudar a vencer os obstáculos que se apresentam. Ao contrário, haverá um retrocesso e um recrudescimento dos problemas já existentes.

Os defensores e aplicadores da rigidez da forma em detrimento do próprio direito material em discussão apegam-se à justificativa da preservação do interesse público, traduzido na segurança, igualdade e estabilidade das relações processuais.

Enfrentando o tema, Galeno Lacerda, já nos idos de 1983, quando o atual Código de Processo recém tinha completado dez anos de vida, em proficiente palestra aos participantes do Con-

gresso Brasileiro de Direito Processual Civil, realizado na cidade de Porto Alegre, teve oportunidade de asseverar que “fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do *due process of law*, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo”.⁴

E adverte o eminente doutrinador:

“Esquecem, os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser”.

É dever, pois, do intérprete e do operador das normas do processo, antes de adotar a decisão que fulminará o direito de uma das partes e conseqüentemente frustrará a solução do conflito, analisar com acuidade se acima do interesse formal que lhe parece imperativo não se sobreleva outro interesse público mais alto que aponte para o caminho da efetiva justiça.

A interpretação calcada nos princípios maiores que norteiam o processo e o próprio Direito possibilita a hierarquização dos interesses tutelados nos textos de lei. No caso do Código de Processo Civil, o interesse público maior traduz-se na efetividade do processo, ou seja, na concretização e realização do direito material.

Demais disso, é sempre bom lembrar que hodiernamente a primazia do interesse público diante dos direitos individuais não mais vige de forma absoluta. Hoje, no Estado contemporâneo democrático, a dignidade humana e muitos dos direitos individuais garantidos constitucionalmente estão acima do interesse público, devendo ser observado o chamado princípio da proporcionalidade.

Dalmo Dalari em sua obra “O Poder dos Juízes” chama a atenção para o fato da convicção tradicional e generalizada no Brasil de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor. Essa premissa, sob o prisma jurídico, infundada, contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo. Este, praticado por muitos juízes, consiste no apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso é evidentemente inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais. “Mas o que prevalece amplamente, inclusive entre as autoridades públicas, é pouco apreço à legalidade, o que se verifica também em certas atitudes dos tribunais superiores, que freqüentemente demonstram excessiva condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas por chefes do Executivo”.⁵

Segundo o mesmo autor, outro perigo que favorece a impunidade é o dos juízes que, por um vício de sua formação jurídica, são demasiado formalistas. Geralmente fanatizados pela lógica aparente do positivismo jurídico, muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo. Não se sensibilizam com as flagrantes injustiças, desde que sejam respeitadas as formalidades.⁶

Em tom crítico, acentua Dalari que infelizmente na maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do País, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça. “O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e, como tais, devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta”.⁷

É na Política do Direito que repousa a esperança de que o processo reencontre o seu verdadeiro rumo. A discussão a respeito do conteúdo das normas processuais e principalmente a proposição de instrumentos legais identificados com a idéia do justo e do legitimamente necessário, ou seja, do socialmente útil⁸, é que criarão as possibilidades para o desencadeamento das

mudanças corretivas necessárias à atividade jurisdicional como um todo.

3. O processo, o formalismo e a justiça

John Rawls enfatiza que a “justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada [...]”. Nessa linha sustenta que leis ou instituições, mesmo que sejam eficientes e engenhosas, se forem injustas, deverão ser revistas ou suprimidas.⁹

Em Santo Tomás de Aquino temos que “a justiça, especialmente e de preferência às outras virtudes, tem o seu objeto em si mesmo determinado, e que é chamado justo. E este certamente é o direito. Por onde, é manifesto que o direito é o objeto da justiça. [...] assim também na mente preexiste uma idéia da obra justa que a razão determina, idéia que é como que a regra da prudência. E esta, quando redigida por escrito, chama-se lei; pois, a lei, segundo Isidoro, é uma *constituição escrita*. Por onde, a lei, propriamente falando, não é o direito mesmo, mas, uma certa razão do direito”.¹⁰

Quando aborda a justiça, Santo Tomás de Aquino refere ser imprescindível seja ela estudada abrangendo quatro questões que se interligam e não podem, portanto, ser dissociadas, quais sejam: a primeira, sobre o direito; a segunda, sobre a justiça em si mesma; a terceira, sobre a injustiça e a quarta sobre o julgamento.

Ao contrário das outras virtudes que aperfeiçoam o homem em relação a si próprio, num processo introspectivo, restrito ao campo dos sentimentos ou da paixão como refere Santo Tomás, a justiça o aperfeiçoa em relação aos seus semelhantes e, por conseqüência, em relação à sociedade da qual faz parte. E isso dá-se exatamente porque a justiça orienta a relação do homem para com o homem, ou dele para com os demais homens, e não para consigo mesmo. Quer ordene a relação singular entre um homem e outro, ou a relação geral entre os homens que fazem parte de uma sociedade, o caminho a que conduz é sempre o bem comum.¹¹

Isso é uma verdade aceitável inclusive nos dias de hoje, aliás, mais do que nunca. Sempre que uma lei contrarie o que naturalmente é concebido como sendo *o justo* pela sociedade, esta lei será iníqua. Por isso, com supedâneo nos ensinamentos de Santo Tomás, não se mostra temerária a afirmação de que a justiça legal viabiliza a justiça social. Afinal, ela é, ou pelo menos deveria ser, o resultado sintomático da aplicação de todos os preceitos que o povo elegeu como sendo os norteadores da busca e preservação do bem comum. A justiça pautada em regras estabelecidas por todos e no interesse de todos e não no de poucos, inexoravelmente, resultaria na acalentada pacificação social.

Nesse norte, colhe-se de Aristóteles, na sua obra “A Política”, que a justiça é a base da sociedade, é uma virtude social, que forçosamente arrasta consigo todas as outras. E julgamento é a aplicação do que é justo”.¹²

Já é consagrado pela nossa doutrina que as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados, objetivos que não podem ser desconformes com a justiça.

O apego exagerado ao formalismo faz com que alguns juízes acabem por favorecer a impunidade, desviando o Direito de seu curso natural. Acredita-se que esse seja um vício de formação jurídica ligado à aparente lógica do positivismo. Não se percebe que esse apego às formalidades impede ou chega muitas vezes a dificultar a observância dos verdadeiros direitos em jogo no processo judicial. A forma, instrumento criado para assegurar a igualdade e a segurança das partes no processo, quando supervalorizada ou mal utilizada, acaba sendo o veículo para a chicana e para a sacralização de interesses espúrios.

É impressionante como o formalismo passou a ser a baliza mestra de uma parcela significativa dos operadores do Direito. Com o Código de Processo em punho, qualquer desvio à forma é tratado com apreensão e, não raras vezes, com desmedido rigor. Esquecem eles que o próprio Código de Processo Civil (diploma formal por excelência) coloca o formalismo em segundo plano quando o resultado desejado for obtido por outros meios.¹³

Por isso, não é raro nos depararmos com verdadeiras injustiças respaldadas pelos tribunais. Isso gera na sociedade um sentimento de descrença, de repulsa e, ato contínuo, de afastamento do Judiciário.

“O Direito preocupa-se com a justiça material. O Judiciário não pode contentar-se com o aspecto formal das normas jurídicas”, na expressão do Ministro Vicente Cernicchiaro¹⁴ ou, no dizer do Ministro Garcia Vieira, “o direito é muito maior do que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da justiça”.¹⁵

Ao não observar que o processo é meio de realização do Direito e que a interpretação das leis processuais não deve ser estritamente formal, mas, sim, antes de tudo, socialmente útil e justa, o Judiciário não estaria cumprindo a contento sua missão constitucional de pacificar e decidir conflitos.

O mestre Galeno Lacerda, na palestra antes referida, já sustentava, com ênfase, o antiformalismo processual consagrado pelo sistema estabelecido no novo diploma, alertando:

“Quando se fala em ‘forma’ no processo, acodem logo as palavras com que Montesquieu inaugura o Livro 29, de seu Espírito das Leis: ‘As formalidades da justiça são necessárias à liberdade’. Esse conceito, tão pleno de ressonância, destacado das demais palavras do texto, que lhe abrandam a grandiloquência, foi responsável por séculos de equívoco, na radicalização do rito, como um valor em si mesmo, em nome de um pretense e abstrato interesse público, descarnado do humano e do verdadeiro objetivo do processo, que é sempre um dado concreto de vida, e jamais um esqueleto de formas sem carne”.¹⁶

Já criticava o renomado autor que derivando dessa equivocada concepção, diga-se de passagem, reinante até os dias de hoje, subverteu-se o meio em fim. As consciências foram distorcidas a tal ponto que se acreditava que fazer justiça seria impor a rigidez da forma sem olhos para os valores humanos em lide. A sacralidade do rito e a pseudo-segurança das relações processuais eram suficientes para que os operadores do direito lavassem as mãos e voltassem as costas para as injustiças decorrentes de interpretações puramente técnicas.

Essa deturpação do sentido da forma coaduna-se não com o proclamado interesse público, mas, sim, com a cultura individualista que permeia o digesto processual. Com isso, esbarra nos ideais sociais de rápida solução do litígio e contraria a justiça de mérito, acabando por representar o papel espúrio de defender o interesse da parte sem razão, ou de se prestar aos fins da chicana e da má-fé processual.

É sabido que no desempenho de sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas por meio de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas.

Com a primeira, por intermédio do direito material (ou substancial), estabelece as normas que, segundo o pensamento dominante, devem reger as condutas do ser humano em sociedade. São elas que dizem o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas, aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.¹⁷

Já a segunda ordem de atividades jurídicas se desenvolve por meio da jurisdição, pela qual o Estado busca a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas. De acordo com o modelo estabelecido no direito material, pelo processo judicial, o Estado-Juiz declarará qual o preceito pertinente ao caso concreto, desenvolvendo medidas para que o direito assim legitimado seja realmente efetivado.

A distinção fundamental entre o direito material e o direito processual é que este último cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste, sem nada regular, no entanto, quanto ao bem da vida, que é o objeto do interesse primário das pessoas, e que está regulado pelo primeiro (direito material).¹⁸

Assim concebido, vencidas as discussões da teoria monista e respeitada a sua autonomia, o direito processual, sob o ponto de vista de sua função estritamente jurídica, constitui-se num ins-

trumento a serviço do direito material, garantidor, em última análise, da autoridade do ordenamento jurídico.

Conforme lembra Cândido Rangel, a instrumentalidade do processo em seu aspecto positivo é a relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar em instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*.¹⁹

Essa perspectiva da instrumentalidade do processo combate a tradicional postura, consistente em considerá-lo como um fim em si mesmo, e que o eleva à condição de fonte geradora de direitos.

Ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra, *et alii*, que “os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou ao ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado).²⁰

Um procedimento que elege a obediência à forma o seu ápice e desconsidera o que se passa nos planos do direito material e da realidade social, por óbvio, militará contra a efetividade da prestação jurisdicional. A decisão, quando muito, porá fim ao conflito apenas no seu aspecto formal. Substancialmente, ele persistirá, levando a parte prejudicada a se indispor contra o sistema que lhe negou o reconhecimento de um direito, muitas vezes indiscutível, mas que pereceu em nome de uma formalidade qualquer.

A crescente preponderância do direito processual sobre o direito material desencadeou no excesso de formalismo por conta da aplicação prioritária das regras processuais o que atenta contra o direito subjetivo amparado em norma substancial. As

regras concernentes às relações, à posição dos sujeitos no processo e às formas processuais não devem sobrepor-se ao bem da vida, que se constitui em objeto do interesse primário dos integrantes da sociedade.

Essa prevalência das normas inerentes ao processo traz, como uma das conseqüências prejudiciais, a obstaculização da efetividade do processo, na medida em que deixa ele de cumprir a contento sua função de pacificação social, via eliminação de conflitos.

O que se nota, com alguma freqüência, é a extinção do processo sem julgamento do mérito ou o não conhecimento do recurso, com a adoção de interpretação flagrantemente restritiva de direitos, como uma forma de dar vazão ao excessivo número de feitos em tramitação. Em outras palavras, o defeito de forma, mesmo quando irrelevante à solução do dissídio, serve como justificativa para “livrar-se” do processo.

De outro lado, na recente reforma que sofreu o Código de Processo Civil, observa-se que muitas das alterações foram editadas com o nítido e confessado escopo de desafogar o Judiciário, sem uma preocupação maior com o direito subjetivo em discussão. Esse fato, muito embora possa ter contribuído (até agora não se comprovou isso) para a celeridade processual, exatamente por ter relegado o direito material a um segundo plano, contribui ainda mais para o afastamento do processo de sua missão principal de eliminar conflitos.

Parece que o legislador, ao proceder à reforma, orientou-se unicamente pelo princípio da utilidade, mas uma utilidade mais corporativa do que social. Claro que os mecanismos que agilizam a tramitação dos processos têm reflexos altamente positivos perante a sociedade. Porém, se as medidas não se pautarem também na idéia de justiça, a utilidade social será neutralizada. Interessante à sociedade um processo célere; mas, acima de tudo, um processo justo.

Os valores utilidade social e justiça não são necessariamente antinômicos; eles se completam, ou seja, o atendimento de um pode desencadear os efeitos do outro. Assim, a norma proces-

sual que mais se prestará à realização do Direito será aquela que atenda simultaneamente à justiça e à utilidade social.

Para a efetividade do processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, mais necessária que a própria reforma legislativa, é necessária a mudança da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça e doutrinadores). A mudança de mentalidade em relação ao processo e a aplicação de suas regras traduz-se numa necessidade para que ele possa aproximar-se concretamente dos legítimos objetivos que justifiquem a sua própria existência.

Em sábias palavras, afirma Osvaldo Ferreira de Melo que o processo que não leve a uma decisão capaz de assegurar os valores justiça e utilidade social no seu desiderato será politicamente ilegítimo, em que pese sua validade formal. Essa é a posição inarredável da Política do Direito.²¹

Como dito linhas atrás, é na Política do Direito que repousa a esperança de que o processo reencontre o seu verdadeiro rumo. A reflexão sobre *o que deve ser e como deve ser* o Direito Processual é que possibilitará, num futuro que acalentamos seja próximo, a identificação de suas normas com a idéia do justo e do legitimamente necessário, do socialmente útil. O processo será, então, um eficaz instrumento da realização do Direito.

Notas bibliográficas

¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ — Univali, 1998, p. 44.

² CALERA, Nicolas M. López. *Derecho y teoría del derecho em el contexto de la sociedad contemporánea*. In *O Novo em Direito e Política*. José Alcebiades de Oliveira Júnior (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

³ *Ib. idem*.

⁴ LACERDA, Galeno. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Porto Alegre, em 15-7-83. In *Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, n. 28, p. 12.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁷ *Ibidem*, p. 80 a 84.

⁸ Cfe. Osvaldo Ferreira de Melo, *op. cit.*, p. 13.

⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Valmireh Chacon, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

¹⁰ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Trad. Alexandre Corrêa, 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79, Porto Alegre: Sulina e UFRGS, 1980, p. 2.481.

¹¹ Cfe. Santo Tomás de Aquino, *op. cit.*, p. 2.493 a 2.495.

¹² ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves, Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1987, p. 14 e 65.

¹³ Cfe. Galeno Lacerda, *op. cit.*

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência Brasileira*, Curitiba: Juruá, n. 163, p. 141.

¹⁵ *Idem*. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, n. 8, p. 301.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 12.

¹⁷ Cfe. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13.ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 267 a 270.

²⁰ *Op. cit.*, p. 42.

²¹ *Op. cit.*, p. 44.

Referências Bibliográficas

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*, Trad. Alexandre Corrêa, 2ª parte da 2ª parte, Questões 1-79, Porto Alegre: Sulina e UFRGS, 1980, p. 2.481.

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1987, p. 14 e 65.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência Brasileira*. Curitiba: Juruá, n. 163, p. 141.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 38.
- CALERA, Nicolas M. López. *Derecho y teoría del derecho em el contexto de la sociedad contemporánea. In O Novo em Direito e Política*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 42.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 267 a 270.
- LACERDA, Galeno. Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil, Porto Alegre, em 15-7-83. *In Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul*, n. 28, p. 12.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ — Univali, 1998, p. 44.
- RAWS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Valmireh Chacon, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 27.

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Nagib Slaibi Filho*

1. Conceito

As disposições sobre os direitos da personalidade, constantes do capítulo II, arts. 11 a 21, do novo Código Civil, constituem salutar inovação e é, assim, tema que se mostra extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito implantado pela ordem constitucional de 1988, voltado à satisfação dos interesses do indivíduo e não este em prol do Poder, como era no decaído regime.

Registra-se a previsão do eminente Professor José Carlos Moreira Alves de introduzir tais disposições no anteprojeto do Código Civil, parte geral, do qual se encarregou ainda nos anos 70 do século XX, sensível às novas idéias que já avassalavam o mundo civilizado, justamente quando o País vivia em terrível quadro político que maltratava os direitos humanos.

Sobre a personalidade, retornemos a Plácido e Silva:¹

* *Magistrado no Rio de Janeiro e Professor da Emerj/Universo.*

1 Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, na versão eletrônica, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

“Do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou constituindo um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro.

“Assim, opondo-se à acepção de generalidade, traz consigo o sentido de individualidade, particularidade e singularidade, exprimindo o conceito de uma relação abstrata de existência, ou seja, do próprio ego concreto da pessoa natural. É a qualidade de pessoa.

“Nesta razão, a personalidade, tomada neste sentido, não pode ser mais que uma, porque somente uma é a individualidade, que dela se deriva.

“Juridicamente, a personalidade é tida neste mesmo conceito, caracterizando ou individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão a ser sujeito ativo ou passivo de direitos”.

Os direitos da personalidade são, assim, aqueles que apresentam conteúdo tão variado quanto complexa é a natureza humana, pois caracterizam o indivíduo, compreendendo as faculdades ou poderes atinentes à vida, à liberdade, à segurança e a todos os direitos delas decorrentes como a intimidade, a privacidade, a imagem e outros.

A dimensão dos direitos da personalidade está, assim, na dimensão do universo que existe em cada indivíduo.

Os direitos da personalidade têm fundamento constitucional, como se vê no art. 5º da Constituição, e são explicitados nos diversos incisos do mesmo dispositivo, sem que se possa dizer que estejam restritos ao campo normativo do imenso art. 5º, pois também são previstos em diversos outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, nos arts. 6º e 7º.

Os direitos da personalidade são direitos objetivos quando decorrentes da norma jurídica, em situação genérica e abstrata, e são vistos como direitos subjetivos quando incidentes em situações fáticas concretizadas.

Nesse aspecto, recorde-se a classificação dos direitos de Giuseppe Chiovenda:² os direitos a uma prestação, ou tendentes à obtenção de um bem de vida mediante a prestação positiva ou negativa de outrem, assim vinculando o outro a uma conduta positiva ou negativa em favor de seu titular; e os direitos potestativos, tendentes à modificação do estado jurídico já existente.

Os direitos potestativos têm por conteúdo do direito o poder de seu titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa senão se submeter, pois está na situação denominada como estado de sujeição.

Os direitos à prestação podem ser absolutos, oponíveis *erga omnes*, como os direitos personalíssimos ou da personalidade, e os direitos reais, ou relativos, quando oponíveis somente a determinadas pessoas, como os direitos obrigacionais e os direitos de família.

Na classificação do mestre italiano, observa-se que os direitos reais, os direitos obrigacionais e os direitos de família já são segmentos próprios da regulação pelo Código Civil, parecendo muito natural que, na parte geral da codificação, venha o capítulo referente aos direitos da personalidade, assim explicitando a vinculação de todos os demais membros da comunidade em face da individualidade da pessoa.

A *lateralidade ou alteridade* é o grande fundamento da existência dos direitos da personalidade, que somente podem manifestar-se no relacionamento das pessoas, na vinculação que automaticamente decorre do simples fato da existência da pessoa humana e da necessária qualidade que a acompanha, que é a dignidade como valor fundamental para a vida social ou o Estado Democrático de Direito declarado no art. 1º da nossa Carta Magna.

2 Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil (Istituzione di Diritto Processuale Civile)*, tradução por J. Guimarães Menegale, São Paulo, Editora Saraiva, 1942, vol. I, p. 36 e segs.

2. Extensão dos direitos da personalidade

Nota-se que mui sensatamente o legislador pátrio deixou de emitir definição, assim sem limitar o conteúdo dos direitos da personalidade, fugindo do risco de lhe impor lindes, conceitos e valores que depois poderiam ser desmentidos pelo progressivo aumento da consciência individual.³ A redação proposta no anteprojeto de lei resultou no enunciado do art. 11 de que, *com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

Não se pense, contudo, que nesses atributos ou qualidades postos pelo Código Civil — intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade — esgotem-se os caracteres dos direitos da personalidade que apresentam, em rol meramente enunciativo, os atributos a seguir enumerados.

São direitos:

— *fundamentais*, decorrentes do regime democrático de poder, com origem metajurídica, pois decorrem não somente da Constituição, mas da ideologia por esta abraçada. Como direitos fundamentais, preexistem à declaração formal de sua existência pela legislação, podendo ser considerados como direitos inatos ao indivíduo e, assim, insusceptíveis de serem contidos pelo legislador infraconstitucional;

— *absolutos*, oponíveis *erga omnes*, constituindo dever de toda a comunidade não só de atendê-los como preservá-los em atenção à individualidade do ser humano. Embora direitos absolutos no que diz respeito à sua oponibilidade *erga omnes*, são, no entanto, direitos limitados quanto ao seu exercício, assim em atenção à regra de que o limite do exercício de todo o direito está

3 Irresistível se mostra aqui e agora a respeitosa evocação do mestre Luiz Pinto Ferreira com tenacidade, divulgando a máxima de Hegel: *a História é a consciência progressiva da liberdade*. A liberdade, como poder do indivíduo de alcançar os bens da vida necessários à sua existência e ao seu desenvolvimento pessoal, cada vez mais se amplia na proporção direta do incremento da conscientização pessoal, de cada um de nós, sobre a existência e os limites deste poder.

onde se inicia o mesmo poder por parte dos outros. A limitação dos direitos no seu exercício é natural ao direito subjetivo em atenção ao princípio liberal, inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, ou, como está bem redigido no art. 187 do novo Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Os direitos e deveres — quaisquer que sejam o seu conteúdo — somente se legitimam pela utilidade deles decorrente que é a satisfação dos interesses;

— *indisponíveis*, pois o titular deles não pode se desvestir, ou alienar ou transmitir, ainda que a título gratuito, ou gravá-los ou serem submetidos à penhora como meio de garantia da execução. É certo que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral.⁴ Note-se, neste aspecto, que se deve distinguir entre a indisponibilidade do direito e a disponibilidade dos efeitos financeiros deste mesmo direito, como, no exemplo cediço, o direito do autor de ceder os direitos de comercialização, bem como do direito de disposição altruísta que tem o doador de órgão humano;

— *imprescritíveis*, pois o tempo não tem o poder de excluir o poder do titular de defendê-los através da atuação em juízo. Além do mais, os direitos da personalidade não se constituem e incidem tão logo ocorra o suporte fático. Dessa forma, a carga declaratória das ações que os assegurem faz predominar a imprescritibilidade do direito.⁵

4 Nesse sentido, o Enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

5 No sentido de que as ações declaratórias são imprescritíveis, veja-se Agnelo Amorim Filho, Critérios científicos para distinguir entre prescrição e decadência, na *Revista dos Tribunais* n. 300, p. 7 e segs.

3. Garantias do direito da personalidade

A rigor, mostram-se absolutamente desnecessárias as inclusões, no texto do novo Código Civil, dos dispositivos que se vêem nos arts. 12 e 21, salvo para fins de reforço dos comandos normativos decorrentes da Constituição e em tentativa de ultrapassar o velho hábito de muitos de se aguardar ato do legislador para colocar em vigência a Lei Maior:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

“Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[...]

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Nota-se o que está no art. 5º, X, da Constituição: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Além do mais, o direito fundamental de acesso à jurisdição, decorrente do disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior, desde logo assegura o direito da pessoa de se socorrer dos tribunais, a estes cabendo dizer se procede ou não a pretensão alegada.⁶

Desse modo, a pessoa física ou natural tem o direito de se dirigir aos órgãos jurisdicionais, pedindo a cessação da ameaça

6 Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

ou da lesão a seu direito de personalidade, podendo ainda cumular o pedido com o de reparação dos danos materiais e morais, sem prejuízo de outras sanções acaso previstas em lei, como, por exemplo, o direito de publicação da sentença sancionatória previsto na vigente Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que ainda regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações).

Diferentemente do que se pensava até a vigência da nova ordem constitucional, enseja também a violação dos direitos da personalidade a reparação do dano moral, como está agora declarado no art. 186 do Código Civil.

Em conseqüência, o ameaçado ou lesado por ato atentatório ao seu direito da personalidade poderá judicialmente pedir a cessação da ameaça, ou a cessação da lesão, se esta for continuada, ou, se a lesão já se esgotou, poderá pedir a reparação dos danos morais e materiais, estes consistentes não só no que a pessoa perdeu (danos emergentes) como o que deixou de ganhar (lucros cessantes).

4. Legitimação concorrente e sucessiva do cônjuge sobrevivente, ou parente em linha reta ou colateral até o quarto grau

De regra, está legitimado para ir requerer nas instâncias judicial e administrativa o próprio lesado que seja o titular do invocado direito: é o que se denomina de legitimação ordinária. Contudo, em face da relevância do direito e da impossibilidade de somente deixar ao titular a sua defesa, em certos momentos a ordem jurídica concede a quem não é o titular do direito o poder de defendê-lo.

Por exemplo, se o *habeas corpus* é impetrado pelo próprio paciente, é caso de legitimação ordinária; se é impetrado por terceiro em favor do paciente, é caso de legitimação extraordinária.⁷

7 A legitimação extraordinária é denominada também pelos processualistas de substituição processual, como está no art. 6º do Código de Processo Civil, embora o tema – enfatize-se – tenha o direito material como sede natural.

Evidentemente — e por isso a importância do tema — os efeitos da decisão judicial ou administrativa na legitimação extraordinária vão atingir ou alcançar não aquele que demanda ou requer, mas aquele cujo direito está sendo defendido.

No exemplo acima, a concessão da ordem no *habeas corpus* beneficiará o paciente, assim como a denegação da ordem, com apreciação do mérito, o prejudicará.

Não se confunda a legitimação extraordinária com a representação, pois naquela atua-se em nome próprio na defesa de interesse alheio, e nesta atua-se em nome alheio na defesa de interesse alheio.

A legitimação extraordinária pode ser inicial, ao se referir ao momento do ajuizamento do pedido, como pode ser substitutiva quando, já proposta a demanda, ocorre fato que autoriza o ingresso de outrem no pólo ativo, como, por exemplo, acontece na ação popular, prevista na Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1995, que autoriza que o autor popular que abandone a causa ou faleça no decurso dela seja substituído por outro cidadão; se nenhum cidadão se apresentar para tal fim, mesmo publicados os editais, o Ministério Público assumirá o pólo ativo da ação popular.

Em se tratando de direitos da personalidade, o seu caráter personalíssimo geralmente indica que o falecimento do autor conduza à extinção do processo sem que os seus sucessores, inclusive o Espólio, possam continuar na causa, a qual, assim, é extinta sem conhecimento do mérito, como está no art. 267, X, do Código de Processo Civil, *quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal*.

Daí decorre a importância do parágrafo único do art. 21, ao dizer que “em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

As pessoas ali referidas não só poderão continuar na causa aberta pelo morto, mas em nome próprio — e não no nome do morto — poderão sucedê-lo no pólo ativo da demanda, buscando não só a reparação dos danos materiais e morais como a cessação da ameaça ou da lesão e, também, qualquer outra sanção prevista na lei, como diz a parte final do *caput* do art. 12.

5. Legitimados

O parágrafo único do art. 12 coloca como legitimados para a defesa dos direitos da personalidade o cônjuge sobrevivente, mas não se refere ao companheiro, o que ensejará debates sobre a legitimidade deste de requerer a providência, inclusive quando houver conflito com o cônjuge supérstite que não vivia com o morto na época do óbito.

Em interpretação sistemática, socorre-se da orientação dada pelo disposto no art. 1.723, e, em consequência, estendendo-se ao companheiro ou à companheira o direito previsto no dispositivo ora em comento, desde que sejam atendidos os requisitos lá previstos de *união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, e a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*

A se adotar, como se faz, tal interpretação, extrai-se que o cônjuge sobrevivente que não vivia com o morto, pois dele estava separado de fato, não usufruirá de legitimação para demandar, embora a tenha o companheiro que vivia em união estável com o morto. Veja-se o que está no art. 1.830, com a regra geral de que “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

De qualquer forma, se o tema for colocado incidentalmente em processo no qual busca o companheiro a reparação referida no art. 12 (reparação para si e não para o Espólio, esclareça-se), tem o juiz a alternativa de resolver o tema na própria demanda — pois a legitimidade é condição de ação e assim deve ser tratada como questão que dispensa o requerimento da parte — ou suspendê-la enquanto se resolve a questão em outra causa, como permite o disposto no art. 265, IV, a, do Código de Processo Civil.

Aliás, pelos termos postos pelo novo Código Civil quanto à união estável, muito poucos negarão que o reconhecimento de sua existência constitui a ação de estado referida no art. 265, IV, c, do citado código de procedimentos.

Quanto aos parentes como legitimados, deve-se seguir a orientação constante dos arts. 1.591 e 1.595, inclusive quanto à preferência de vocação hereditária.

A expressão parente em linha reta significa os ascendentes e descendentes do morto, obedecendo-se ao comando decorrente do disposto no art. 1.591; são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra, como está no art. 1.592. O grau de parentesco é contado pelo número de gerações, isto é, na lição de Orlando Gomes, *a relação existente entre o genitor e o gerado*.⁸

Entendeu-se que os comandos decorrentes do disposto no art. 12 têm conteúdo geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas. As disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a proteção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação

8 Orlando Gomes, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Editora Forense, versão eletrônica, capítulo XXIV, sobre o parentesco: na linha reta o grau de parentesco conta-se pelo número de gerações. Geração é a relação existente entre o genitor e o gerado. Contando-se pela geração, *tot sunt gradus quot generationes*, há entre o pai e o filho um grau, entre o avô e o neto dois, entre o bisavô e o bisneto três. Contando-se pelo número das pessoas que se encontram na linha, *tot sunt gradus quot personae*, tira-se o tronco da geração e, por isso, o avô e o neto são parentes em segundo grau, chegando-se, em suma, ao mesmo resultado da contagem por gerações. Por esse sistema, são três as pessoas, mas não se conta o cabeça da estirpe. Na linha colateral, o grau de parentesco também se conta pelo número de gerações ou de pessoas. Pelo critério da geração, sobe-se de um dos parentes até o tronco comum e se desce até encontrar o outro. Assim, os primos são parentes colaterais de quarto grau, porque são quatro as gerações, de um deles para o pai, do pai para o avô — escala ascendente —, do avô ao tio, irmão do pai, do tio a seu filho — escala descendente. São cinco, entretanto, as pessoas: ele, o pai, o avô, o tio e o primo, mas não se conta o avô, alcançado, assim, igual resultado.

que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.⁹

6. Disposição do próprio corpo

Como explicitação do direito da pessoa ao próprio corpo e as partes que o compõem, está no art. 13 do novo Código Civil que *salvo por exigência médica,¹⁰ é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial* e o art. 14, que introduz o chamado *princípio do consenso afirmativo*, trata da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte e que o ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo.

A lei especial que rege a questão da disposição do próprio corpo é a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, dizendo o seu art. 1º que “a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”, que não abrange, no entanto, o sangue, o esperma e o óvulo.

No art. 4º, pela redação que lhe foi imposta pela Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, a autorização da pessoa capaz sobre a disposição de seu corpo após a morte não era suficiente para produzir eficácia e sequer influenciaria a decisão do seu grupo familiar, pois o que lá estava é a “retirada de tecidos, órgãos e

9 Nesse sentido, o enunciado n. 5 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, presidindo a Comissão da Parte Geral o Professor Humberto Theodoro Júnior sob o relato de Nélson Nery Júnior.

10 A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente, como enunciou a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

partes do corpo de *peessoas falecidas* para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

Já o art. 9º diz que “é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes *do próprio corpo vivo*, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º desse artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea”.

Em decorrência, como *lex nova*, o disposto no art. 14 do novo Código Civil prevalece sobre a lei anterior — no caso a Lei n. 9.434/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.211/2001 — e com a vigência do novo Código Civil permite-se a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico, embora tal ato de disposição possa ser revogado a qualquer tempo.

Está correta a nova legislação, obviando o absurdo do entendimento anterior, que era no sentido de que em vida própria o doador poderia dispor do próprio corpo e não pudesse fazê-lo da mesma forma para depois da morte, quando o próprio corpo perde a sua serventia e irá retornar ao pó, como diz a Bíblia...

Ainda assim, com referência à disposição do corpo, a ordem jurídica exige a gratuidade, o que coloca, assim, o corpo humano como coisa *extra commercium*.

Muito se discutiu, se discute e ainda se discutirá para saber se pode o Poder Público desapropriar o corpo humano, pois, se é coisa fora do comércio, por outro lado tem utilidade não só como fornecedor de órgãos como objeto de estudo e de pesquisa.¹¹

11 A resolução da controvérsia passa, necessariamente, pela visão de mundo do doador, de sua família e, a final, do juiz a quem incumbir o julgamento do caso. Há neste tema de se perquirir sobre a natureza jurídica do corpo humano e, para

A questão da gratuidade exige que se verifique o interesse que conduziu o doador ao ato de disposição, o que depende das circunstâncias do caso e, em última análise, daqueles que vão utilizar as partes.

Há países onde é muito desenvolvido o comércio de cabelos para fins estéticos e a eventual utilização dessa parte do corpo em nosso País poderia ser considerada como atentatória aos bons costumes, como está no art. 13 do novo Código e no art. 9º da Lei n. 9.434/97, autorizando, inclusive, as autoridades aduaneiras a impedir o ingresso de tal mercadoria.

Também não é raro aparecer em jornais apelos desesperados de pessoas solicitando a doação de órgãos (como rim) e para muitos pareceria excessivo exigir dos doadores simplesmente o espírito altruísta, nem se poderia admitir decisão judicial que mandasse devolver ao beneficiado ou a sua família o que se pagou àquele que alienou parte de seu corpo, pois assim estaria se locupletando com a própria torpeza.

Enfim, do que decorre do novo Código dos arts. 13 e 14 e da legislação extravagante, extrai-se que a solução jurídica dos casos que se apresentarem passará necessariamente pela Ética como a fonte dos valores morais.

Após ensinar que a Bioética é o ramo do conhecimento que se ocupa basicamente com as implicações ético-morais decorrentes das descobertas tecnológicas nas áreas de Medicina e Biologia, Matilde Carone Slaibi Conti¹² destaca os seus princípios norteadores:

— *princípio da beneficência*, esta o ato de fazer o bem ou de fazer a caridade, esta uma das três virtudes teologais, juntamente com a fé e a esperança;

estabelecê-la, há de se perquirir também sobre o seu significado existencial. Em última análise, para aqueles que, como o autor deste escrito, consideram o corpo como o templo sagrado onde se manifesta o espírito que ilumina o ser humano, e que, como Renan, percebem que a vida não pode ser um mero hiato entre dois silêncios absolutos, a disposição dele *post mortem*, ou ainda em vida no que se refere aos órgãos duplos, parece consecatório lógico.

12 Matilde Carone Slaibi Conti, *Ética e Direito na manipulação do genoma humano*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 16 e segs.

— *princípio da não-maleficência*, decorrente do aforismo *primun non nocere* (acima de tudo não causar mal ou dano). O não fazer mal a seu paciente é componente fundamental de idoneidade médica na relação com o paciente;

— *princípio da justiça* que conduz à eqüitativa e universal dos serviços de saúde como direito fundamental assegurado pelas normas que se extraem do disposto nos arts. 6º e 196 da Constituição; e

— *princípio da autonomia*, como expressão da liberdade moral do homem, afirmando a medicina que o paciente tem direito à privacidade, à confiança, à escolha e à verdade.

Tais princípios nortearão a melhor exegese que se possa extrair das disposições ora em comento.

7. Direito de recusa ao tratamento médico arriscado

A pessoa capaz tem o direito de recusar o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica que possa colocá-lo em risco de vida.

Aparentemente a interpretação literal do dispositivo constante do art. 15 do novo Código Civil poderia levar ao entendimento de que tal direito de recusa ao tratamento médico arriscado, por tratar-se de direito da personalidade, constitui valor absoluto que deva imperar em face de quaisquer outros valores.

Mas, na verdade, assim não é, pois não se pode extrair da nova disposição a autorização para o suicídio ou mesmo à eutanásia, temas que, mais uma vez, devem ser tratados com os valores antes mencionados da Bioética.

A autonomia da vontade, como princípio da organização social e que é a fonte da norma que se extrai do dispositivo ora em comento, não pode ser colhida como ilimitável poder do indivíduo na regência de seu próprio destino, pois a Ética e o Direito exigem de nós o dever de lutar pelos próprios direitos, entre os quais estão a vida e a saúde.

A vida e a saúde, como direitos da personalidade, são direitos indisponíveis, dos quais não pode o titular abdicar, o que, por si só, limita, em muito, a sua autonomia de vontade.

A Ética Médica manda que o profissional leve ao conhecimento do paciente ou, se ele estiver incapacitado, dos integrantes de seu núcleo familiar, tudo o que for relevante para o conhecimento e para que possa decidir sobre as alternativas que se apresentam. Cumprindo tal mandamento ético, o profissional deverá atentar sobre a capacidade de cognição e de autodeterminação do paciente e de seus familiares para que o dever de informação não se transforme em mero ritual meramente formal, sem sentido prático.

Se ao juízo do médico, como o detentor do saber da Medicina, o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica afastam, com alguma probabilidade, o risco de vida, incidirá o profissional nas sanções penais e éticas que conduzirem ao abandono do seu dever de socorro aos necessitados.

Também é muito comum que motivações religiosas conduzam o paciente a recusar certos tratamentos como, por exemplo, a transfusão de sangue. Ainda nesses casos, estará o juiz submetido em seu julgamento à ponderação de valores que se mostram antagônicos, quais sejam, o direito fundamental da pessoa à convicção religiosa e os deveres jurídico e moral do paciente e do médico de garantir a vida e a saúde.

Do disposto no art. 15 do novo Código Civil, extrai-se norma de evidente conteúdo liberal, garantidor da autonomia da vontade, protegendo a individualidade, a privacidade, a intimidade como direitos da personalidade, assim como faz o disposto no art. 1.513 ao proibir, a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Reafirme-se: são comandos legislativos que asseguram a individualidade, mas não podem ser interpretados de forma a conspirar contra os direitos da personalidade.

8. Direito ao nome

Mostra-se muito oportuna a redação constante do art. 16 do novo Código Civil de que *toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*, o que é

complementado pelo disposto no art. 19 que declara que *o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome*.

Pela própria definição legal, o nome compreende o prenome (como, por exemplo, quanto ao célebre civilista, Orlando) e o sobrenome ou apelido de família (ainda no exemplo, Gomes), podendo ocorrer duplicidade ou mesmo maior multiplicidade tanto quanto ao nome (Luiz Inácio Lula) quanto ao prenome (Cavalcanti Pontes de Miranda).

Extrai-se do Dicionário Houaiss, em sua versão eletrônica, que o pseudônimo é o “nome adotado por autor ou responsável por uma obra (literária ou de qualquer outra natureza), que não usa o seu nome civil verdadeiro ou o seu nome consuetudinário, por modéstia ou conveniência ocasional ou permanente, com ou sem real encobrimento de sua pessoa, situando-se entre a anonimidade e a criptonímia (Alceu Amoroso Lima é p. do escritor Tristão de Ataíde)”.

A Constituição proíbe o anonimato no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, da norma da Lei Maior, podendo extrair-se não só a vedação ao anonimato ou a vedação à criptonímia (que significa esconder o próprio nome ou a identificação pessoal).

A pessoa não somente tem direito a portar o nome que a identifica como também tem o dever jurídico de se identificar.

Como direito fundamental, declara a Constituição (art. 5º, LVIII) que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei que, no caso, é a Lei Federal n. 10.054, de 7 de dezembro de 2000.

Até a vigência do novo Código, a questão do nome não era tratada como direito da personalidade, mas, muito mais, como tema de Direito Administrativo, ligado ao disposto no art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), que, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998, assim declara:

“Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

“Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público”.

Na esteira de reiterados precedentes judiciais e do ensinamento doutrinário, assente-se que o prenome imutável é aquele que foi posto em uso, embora diverso do constante nos dados do registro público, pois o que o Direito intenta é assegurar a imutabilidade do nome no meio social, e não garantir inocuamente o constante na letra fria dos registros cartorários.

Nessa perspectiva, assim se expressou a Alta Corte de Direito Federal, pela voz de notável jurista:

“Civil. Registro público. Nome civil. Prenome. Retificação. Possibilidade. Motivação suficiente. Permissão legal. Lei n. 6.015/1973, art. 57. Hermenêutica. Evolução da doutrina e da jurisprudência. Recurso provido.

“I – O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono pelo pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico.

“II – A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘lógica do razoável’, tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade”.¹³

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proclamou o culto Desembargador Semy Glanz: “Alteração de nome de menor. Não é absoluto o princípio da imutabilidade, admitindo a lei diversas exceções. A justificativa deve ser apreciada pela ótica do interessado, desde que justificada. O nome é um direito da personalidade e não um dever apenas”.¹⁴

13 REsp n. 66.643/SP, Quarta Turma, unânime, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, julgado em 21-10-97, *DJU* de 9-12-97, p. 64.707.

14 Apelação Cível n. 3970/91, Quarta Câmara, unânime, relator o Desembargador Semy Glanz, julgada em 26-5-92. Entre tantos outros casos, em que se alterou o prenome para substituir o registro formal pelo nome social, temos os casos do

O valor da dignidade humana, posto como fundamento do Estado Democrático de Direito pela Carta de 1988, em seu art. 1º, e declarado em perspectiva individualista no seu art. 5º, X, resguarda o direito de imagem da pessoa, como é socialmente percebida pelos demais integrantes da comunidade, conduzindo necessariamente ao poder individual de buscar a alteração nos registros públicos ou de uso público (como o Serviço de Proteção ao Crédito ou ofícios de protesto de títulos) para efetivar o seu indisponível direito da personalidade à correta identificação social.

A indisponibilidade do direito ao nome já era afirmada no art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos: “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente”.

Na mesma linha de orientação, o art. 56 da lei registral: “o interessado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”.

Quanto aos apelidos de família ou sobrenome, importante alteração foi trazida pelo novo Código, no art. 1.565, § 1º, pois “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro”, assim fazendo prevalecer o princípio constitucional de igualdade de direitos entre o homem e a mulher, pois, até então, segundo a tradição, somente a mulher poderia acrescer ao seu nome os apelidos de família do marido. Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial (art. 1.571, § 2º).

futebolista Garrincha, cujo nome passou de Manoel Francisco dos Santos para Manoel Garrincha dos Santos, do Governador do Rio de Janeiro, que acresceu ao nome o apelido “Garotinho”, bem como o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Nota-se que o disposto no art. 19 do novo Código Civil reserva a proteção jurídica para o pseudônimo adotado para atividades lícitas.

Desde logo, veja-se o disposto no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil para se verificar que a licitude apresenta dimensão muito mais ampla que a mera legalidade, alcançando também a moralidade e a ordem pública.

Neste século XXI e pela difundida utilização da informática como meio de transmissão da informação e de sua conservação, o nome da pessoa perde força como meio de identificação em detrimento dos números, pela indexação dos bancos de dados, permitindo rapidez e segurança na verificação. Assim, geralmente é utilizado o número do cadastro da pessoa física na Receita Federal (CPF) ou, em se tratando de pessoa jurídica e até entes civilmente despersonalizados, o número do cadastro geral de contribuintes da Receita Federal (CGC) ou o cadastro nacional das pessoas jurídicas (CNPJ).

Em conseqüência, o que tem acontecido em larga escala é o nome da pessoa deixar de ser o seu principal indicativo, substituído o nome pelos números para servir de meio de sua identificação. Não demorará muito e virá alguma lei declarando que todas as pessoas têm direito à manutenção do seu número como meio de identificação, ou, então, passará a ser considerado o número como o nome referido no art. 16 do Estatuto da Cidadania.

Como direito da pessoa ao número de sua identificação, contam-se casos em que os juízes mandaram as companhias telefônicas assegurar aos consumidores os números das linhas telefônicas, assim evitando a interrupção de comunicação com familiares, amigos e clientes.

Nestes tempos da internet e do correio eletrônico, também a proteção jurídica ao nome e à identificação da pessoa física ou jurídica alcança não só domínio como até o *e-mail*.

O novo Código Civil, nos arts. 968, II (quanto ao empresário individual) e 997, I (quanto à sociedade simples), prevêm a firma como meio de identificação.¹⁵

15 Firma. Na técnica mercantil, firma entende-se o nome instituído por um comerciante ou por uma sociedade comercial para sob ela girar todos os seus negócios.

9. Proteção do nome às situações vexaminosas

Ao proibir que o nome da pessoa seja empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória, o disposto no art. 17 protege a honra subjetiva, isto é, a percepção da pessoa pelos demais integrantes da comunidade.

Exorbita do poder de informação dos órgãos de comunicação social o ataque à honra subjetiva — por apontada degradação pessoal e social — de quem quer que seja — pessoa pública ou não —, pois todo ser humano tem impostergável direito à dignidade, bastando lembrar, por adequada, a célebre afirmação de Molière de que *calomniez, calomniez, qu'il en reste toujours quelque chose*.

Nesse sentido:

“Indenização — Responsabilidade civil — Dano moral — Lei da imprensa — Prática injuriosa — Notícia publicada em matéria jornalística — Veiculação de folha de antecedentes criminais de síndico de edifício — Verdade dos fatos veiculados — Fato que não justifica dispensável o emprego da injúria para desqualificar a capacidade do síndico de regularizar os defeitos do prédio — Ocorrência de ofensa do direito à honra — Recurso provido. A notícia publicada estampa estilo tipicamente jornalístico, mas a ênfase reservada a certos pontos sobreexcede a prudência a que, ordinariamente, é justo predicar-se ao homem de imprensa. A liberdade tem a contrapesá-la o princípio da informa-

E, nesse sentido, compreendendo tanto a firma individual, como a firma coletiva, firma social ou razão social, é tomado em acepção ampla, distinguindo-se da denominação. Esta se entende o título ou nome indicativo do estabelecimento, enquanto a firma é o nome da pessoa, física ou jurídica, sob cuja responsabilidade funciona o estabelecimento comercial ou industrial e se executam todos os negócios a eles inerentes. Na acepção técnico-mercantil, pois, firma significa o próprio nome de comércio adotado pela pessoa ou pela sociedade comercial, para sob ele efetivar todos os seus negócios e contrair todas as suas obrigações. Nesta razão, por vezes, confunde-se a firma com a própria sociedade comercial, sendo vulgar a asserção: faz parte da firma, o que significa faz parte da sociedade (Plácido e Silva, *op. cit.*, verbete firma, trecho parcial).

ção responsável, que não convive com asserções temerárias, que desbordam dos *lindes do jus narrandi*".¹⁶

"Imprensa — Ofensas à honra de professor — Dano moral. A imprensa, por sua indiscutida importância no regime democrático considerado mesmo um quarto poder, tem e deve ter a sua liberdade e expressão garantida, como preservado deve ser o direito da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, uma e outra coisa merecendo expressa garantia constitucional. Admite-se, portanto, que a imprensa noticie os fatos em que se envolvem as pessoas, não importando sejam eles criminosos ou que venham a afetar a sua intimidade ou a sua honra. Preciso é, no entanto, que os fatos sejam verdadeiros. Desse modo, havendo publicação, em órgão da imprensa, de fatos que não se comprovaram verdadeiros e em linguagem grosseira e altamente ofensiva à honra de um professor, cabe o *quantum* indenizatório por dano moral fixado dentro dos limites estabelecidos pelo art. 51, inc. IV, combinado com o art. 52 da Lei n. 5.250/67".¹⁷

A ordem jurídica protege a honra não como concessão que o Direito faz à pessoa, mas como reconhecimento da individualidade do ser humano, sujeito do universo e da História:

"São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (Constituição, art. 5º, X);

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Constituição, art. 5º, § 2º);

"Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem

16 Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 171.944-1, relator Des. Ney Almada, julgada em 16 de julho de 1991.

17 Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 2.507/93, relator Des. Murillo Fábregas, julgada em 15 de março de 1994, acórdão registrado em 19 de maio de 1994.

ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948);

“Ninguém será objeto de imiscuições arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, da sua família, no seu domicílio ou da sua correspondência nem de atentados ilegais à sua honra e da sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais imiscuições ou de tais atentados” (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, art. 17, §§ 1º e 2º);

“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (art. 5º); “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (art. 11 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969).

Qualquer ser humano tem direito à honra, não só porque a Constituição assegura o direito fundamental do réu de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal, mas porque o juiz criminal conhece do fato e somente leva em consideração a personalidade do condenado para fins de aplicar a pena.

Enfim, nem mesmo a censura penal pode constituir gravame à honra subjetiva de quem quer que seja:

“A honra — sentenciou Ariosto — está acima da vida. E a vida — pregou Vieira — é um bem mortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos; a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas; a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos

anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar”.¹⁸

Observa-se que o art. 17 menciona publicações ou representações, assim conduzindo ao entendimento de que a proteção abrange não só as publicações em papel e por meios magnéticos (internet, televisão, rádio) como as representações em teatros ou cinemas.

A parte final do dispositivo — *ainda quando não haja intenção difamatória* — tem não só a função de enunciar que incidem as conseqüências jurídicas mesmo que somente decorra o desprezo público, como, também, indica a responsabilidade objetiva (independentemente de verificação da culpa em sentido amplo).

10. Proteção do nome em caso de propaganda comercial

Da mesma forma que a imagem da pessoa já é protegida contra a utilização comercial, também o é o seu nome, exigindo o disposto no art. 18 a prévia autorização do titular para o uso do nome alheio em propaganda comercial.

A autorização não precisa de forma escrita, mas incumbe ao utilizador a demonstração de sua ocorrência, o que leva ao cuidado de obter a autorização de modo inequívoco, isto é, que não admita dúvidas sobre a sua existência.

O desatendimento ao preceito legal conduz não só à reparação pecuniária como também às providências referidas no art. 21, pois a indevida utilização do nome, como meio de identificação da pessoa, implica em violação da vida privada.

O intuito do lucro para a incidência da norma ora em comento não é essencial para caracterização, nem se poderia dizer que a sociedade sem fins comerciais não poderia ser sujeito da conduta. O que se protege é o nome da pessoa, a sua vida privada e ainda que a ofensa fosse praticada por pessoa privada, incidiriam as sanções devidas.

18 Antonio Chaves, no prefácio de *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*, de Aparecida Amarante, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1994.

DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: INOVAÇÕES PROCESSUAIS DA LEI N. 10.259/2001

Pedro Manoel Abreu*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Estrutura processual da Lei dos Juizados Federais; 3. Inovações processuais introduzidas pela Lei; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, acrescentou o parágrafo único ao artigo 98 da Magna Carta¹, autorizando a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.

A modificação da Carta Constitucional possibilitou que as lides de menor complexidade ou de menor potencial ofensivo pudessem ser dirimidas rapidamente, com baixo custo, seguindo o exemplo da bem-sucedida experiência dos Juizados Especiais Estaduais, criados pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

* *Desembargador do TJSC, Mestre em Direito e doutorando do Curso de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina.*

1 Art. 98, parágrafo único: “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

Nesse horizonte foi editada a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal².

O diploma em apreço pretende, como destaca sua Exposição de Motivos, simplificar o exame de processos de menor expressão econômica “facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas nas disputas contra a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, pois a solução de tais litígios dar-se-á rapidamente, e sem a necessidade de precatórios para a quitação dos eventuais débitos”. No concernente ao âmbito penal, cometeu-se aos juizados competência para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, assim entendidas aquelas a que a lei não comina pena privativa de liberdade superior a dois anos, ou pena de multa.

Um dos pontos positivos da lei, como ressaltou de sua justificativa formal, foi facilitar a tramitação das causas previdenciárias.

2. Estrutura processual da Lei dos Juizados Federais

Na sua estrutura, a Lei dos Juizados Federais orientou-se pela Lei n. 9.099/95, que passou a ter aplicação subsidiária³, naquilo que não colidir com o diploma de regência. A adaptação necessária exigiu o enfrentamento de três questões prévias: a definição da competência; a representação dos entes federais; e a execução da sentença, como refere Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴.

-
- 2 A proposta legislativa foi encaminhada pelo Superior Tribunal de Justiça, por iniciativa do seu então Presidente, Min. Paulo Costa Leite, tendo sido o projeto formalizado por Comissão integrada pelos Ministros Fontes de Alencar, Ruy Rosado de Aguiar, José Arnaldo da Fonseca, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ari Pargendler e Fátima Nancy Andrichi, cujo texto foi aprovado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Plenário daquela Corte, como ressaltou de Exposição de Motivos da Lei n. 10.259/2001.
 - 3 Lei n. 10.259/2001, art. 1º: “São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995”.
 - 4 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. *Revista da ESMESC* — Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, a. 7, v. 10, p. 19. Jul. 2001.

Na definição da competência, foi utilizado o critério valorativo econômico, estabelecendo-se o teto de 60 (sessenta) salários mínimos⁵. Todavia, versando a pretensão sobre obrigações vincendas, esse valor poderá ser ultrapassado, uma vez que é considerado o quantitativo de doze prestações para a delimitação da competência dos juizados no teto previsto, a teor do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 10.259/2001.

Foram excluídas da competência as causas definidas no artigo 3º, inciso I, da Lei de regência: (a) referidas no artigo 109, incisos II⁷, III⁸ e XI⁹, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; (b) sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; (c) para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; (d) que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Um dos propósitos da Lei dos Juizados Especiais Federais foi o de reduzir o número de demandas encaminhadas à justiça ordinária e, por essa razão, foi transposto o limite de 40 (quarenta) salários mínimos fixado para a competência dos juizados estaduais. Outra medida adotada, que talvez se concretize em relação aos demais sistemas de juizados, foi a determinação da com-

-
- 5 Lei n. 10.259/2001, art. 3º: “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.
 - 6 Lei n. 10.259/2001, art. 3º, § 2º: “Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*”.
 - 7 Constituição Federal, art. 109, II: “as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País”.
 - 8 Constituição Federal, art. 109, III: “as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”.
 - 9 Constituição Federal, art. 109, XI: “a disputa sobre direitos indígenas”.

petência absoluta¹⁰ para o foro onde estiver instalado o Juizado Especial, como dispõe o artigo 3º, § 3º, da Lei.¹¹

Diga-se que a redação do preceito em questão, ao definir a competência absoluta, incorre aparentemente em tríplice equívoco. O primeiro, ao dizer *Vara do Juizado* comete uma redundância, uma vez que vara e juizado têm o mesmo significado na linguagem forense. O segundo é que, contrariando a filosofia dos Juizados, dá uma conotação formal para esse tipo de jurisdição, que é ontologicamente demarcada pela informalidade, de acordo com a principiologia estabelecida pelo art. 2º da Lei n. 9.099/95, de aplicação subsidiária. E, por último, incorre num erro técnico, porquanto dentro do nosso sistema processual a competência definida em razão do valor é relativa, a teor do art. 111 do Código de Processo Civil.

Aqui vale a lição de Chiovenda, repetida por Amaral Santos¹²: “os limites da competência são sempre absolutos para o mais, nem sempre para o menos; quer dizer que o juiz inferior nunca pode tornar-se competente para conhecer de competência superior, porém o juiz superior pode tornar-se competente para conhecer de ação de competência inferior”.

Nesse contexto, somente se poderia cogitar de competência absoluta para o Juizado, mas para a instância ordinária federal a competência será relativa, como, aliás, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento do Conflito de Competência n. 96.004066-8, da comarca de Tubarão, da Quarta

10 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Idem, ibidem*, p. 19. O autor, que integrou a Comissão que elaborou o anteprojeto federal, ao mencionar que a ampliação da competência foi proposta para desobstruir a justiça ordinária, anota textualmente: “Uma das medidas recomendadas para alcançar esta finalidade é tornar a competência obrigatória. Na Lei n. 9.099/95, a via do Juizado permaneceu como uma opção do autor porque o sistema não estava implantado no país e seria inviável cumprir a regra de competência absoluta. Hoje, já temos condições de partir para a competência absoluta”.

11 Lei n. 10.259/2001, art.3º, § 3º: “No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua *competência é absoluta*”.

12 SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 248.

Câmara Civil, do qual fui relator: “Sendo objetiva a competência dos Juizados Especiais, ela é absoluta para a jurisdição especial e relativa para a jurisdição comum. Isso significa que a jurisdição comum, na qual está subsumida a jurisdição especial, tem competência residual ou supletiva para conhecer de qualquer causa ainda que definida na competência dos Juizados Especiais, sem que se possa falar em nulidade”.

No pertinente às partes, podem residir no pólo ativo da relação processual como autoras¹³, as pessoas físicas, as microempresas e as empresas de pequeno porte, estas últimas de acordo com a definição prevista na Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996. No pólo passivo poderão ser parte, como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.¹⁴

Sobre as microempresas há algumas particularidades legislativas que deverão ser resolvidas. Sucede que a Lei n. 9.317/96, referida no preceito, dispôs sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — Simples. O diploma em questão, regulamentando o art. 179 da Constituição Federal, em seu art. 2º, considerou, para os fins do disposto na Lei: *microempresa*, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00; e *empresa de pequeno porte*, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 e igual ou inferior a R\$ 720.000,00. Entretanto, a Lei n. 9.841, de 5 de outubro de 1999, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previstos nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, em seu art. 2º deu nova definição à microempresa e à empresa de pequeno porte, ampliando as

13 Lei n. 10.259/2001, art.6º, inciso I: “Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível: I — como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996”.

14 Lei n. 10.259/2001, art. 6º, inciso II: “Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível: II — como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais”.

faixas de valor de receita bruta anteriormente definidas na Lei n. 9.317/96. Agora a microempresa passou a ser enquadrada numa receita bruta anual de até R\$ 244 mil reais, enquanto a empresa de pequeno porte numa renda anual de R\$ 244.000 a R\$ 1.200.000,00. À primeira vista tem-se a impressão de que para efeito de definição de competência deverá ser observado o critério da Lei n. 9.841/99. Entretanto, como a Lei n. 10.259/2001 faz manifesta referência ao diploma anterior, que não foi expressamente revogado pela nova lei, está posta uma questão que certamente suscitará polêmica, ainda mais que para efeito de definição de competência dos juizados estaduais não parece haver dúvida que o parâmetro é o da Lei n. 9.841/99, já que foi nesse estatuto que foi estendida a legitimação ativa para as microempresas, em seu art. 38, dando nova redação ao art. 8º da Lei n. 9.099/95.

Para a comunicação dos atos processuais — citações e intimações — da União e suas entidades, manteve-se a mesma disciplina da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993¹⁵ (artigo 7º e parágrafo único)¹⁶, com a inovação de permitir que os tribunais organizem meios eletrônicos a fim de levar seus atos ao conhecimento das partes, e também de receber petições dos advogados, facilitando sobremaneira o trabalho forense¹⁷ (artigo 8º, § 2º).¹⁸

15 A Lei Complementar n. 73/93 instituiu a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, disciplinando, no seu Título IV, nos artigos 35 a 38, as citações, notificações e intimações da União.

16 Lei n. 10.259/2001, art. 7º: “As citações e intimações da União serão feitas na forma prevista nos arts. 35 a 38 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993”. Parágrafo único: “A citação das autarquias, fundações e empresas públicas será feita na pessoa do representante máximo da entidade, no local onde proposta a causa, quando ali instalado seu escritório ou representação; se não, na sede da entidade”.

17 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Idem, ibidem*, p. 21.

18 Lei n. 10.259/2001, art. 8º, § 2º: “Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico”.

3. Inovações processuais introduzidas pela lei

Inovação de grande repercussão é a do artigo 9^o¹⁹, que dispensa igualdade de tratamento às partes no tocante aos prazos processuais, em respeito ao princípio isonômico. Altera-se, agora, o tratamento dispensado às entidades públicas em juízo, relativamente aos prazos de defesa e de recurso, que passa a ser comum²⁰. Esse preceito certamente agitará o debate sobre a constitucionalidade dos prazos privilegiados da Fazenda Pública no âmbito do Código de Processo Civil, mesmo porque, consoante a lição já citada de Dinamarco²¹, trata-se de norma que não precisa ficar confinada ao microsistema processual do juizado, consoante a leitura do artigo 2^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil²².

Sobre a representação nas audiências, as partes poderão designar representantes para a causa, advogado ou não (artigo 10)²³. Os representantes legais e judiciais das entidades públicas que comparecerem à audiência estarão automaticamente autorizados a conciliar ou transigir (artigo 10, parágrafo único)²⁴. Trata-

19 Lei n. 10.259/2001, art. 9^o: “Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias”.

20 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, *idem, ibidem*, p. 21.

21 Entende Dinamarco que a lei nova, nesse caso, embora editada especificamente para o funcionamento do juizado, não implica o necessário confinamento de seu conteúdo entre as *leges speciales*. A norma teria aplicação imediata, sendo portadora de amplitude maior, válida para todo o processo civil. Ver, a propósito: DINAMARCO, Cândido R. A Lei das Pequenas Causas e a renovação do Processo Civil. *Ajuris* — Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 33, p.15-25, mar. 1985; ABREU, Pedro M. Aspectos destacados dos juizados especiais cíveis. *Op. cit.*, p. 41.

22 Consoante o art. 2^o, § 2^o, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

23 Lei n. 10.259/2001, art. 10: “As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”.

24 Lei n. 10.259/2001, art. 10, parágrafo único: “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

se, pois, de autorização legislativa inovadora, indispensável para o bom funcionamento do Juizado²⁵.

No tangente à produção de exame necessário para a conciliação ou para o julgamento da causa, o juiz designará um técnico, que apresentará sua conclusão em juízo até cinco dias antes da audiência (artigo 12)²⁶. Os honorários serão pagos pelo Tribunal, à conta de sua verba orçamentária, sendo ressarcido pela entidade pública por ocasião do pagamento, se vencida na causa (artigo 12, § 1º)²⁷.

Relativamente ao cumprimento das decisões, a lei foi inovadora e criativa, permitindo que, nas obrigações de dar (condenação de pagar quantia certa) o pagamento, transitada em julgado a sentença, se efetive no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório (artigo 17)²⁸. Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro de numerário para o cumprimento da decisão (artigo 17, § 2º)²⁹. No concernente à decisão trânsita em julgado que impõe obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, o

25 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. *Op. cit.*, p. 21.

26 Lei n. 10.259/2001, art. 12: “Para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes”.

27 Lei n. 10.259/2001, art. 12, § 1º: “Os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal”.

28 Lei n. 10.259/2001, art. 17: “Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias, contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório”.

29 Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 2º: “Desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão”.

juiz expedirá ofício à autoridade citada para a causa para que dê cumprimento (artigo 16)³⁰.

A Lei trouxe ainda outras novidades importantes e que certamente têm o condão de revolucionar o sistema processual vigente, ou pelo menos de influenciá-lo para futuras mudanças legislativas, como quando: (a) autoriza o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação (artigo 4^o)³¹; (b) admite recurso apenas de sentença definitiva, ressalvada unicamente a hipótese de deferimento de cautelares (artigo 5^o)³²; (c) admite pedido de uniformização de lei federal, havendo divergência de direito material (artigo 14)³³, possibilitando a reunião de juízes domiciliados em cidades diversas por via eletrônica (artigo 14, § 3^o)³⁴; (d) regulamenta o artigo 100, § 3^o, da Constituição Federal³⁵, definindo como de pequeno valor, para efeito de pagamento sem precatório, o mesmo valor da competência do Juizado,

-
- 30 Lei n. 10.259/2001, art. 16: “O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do Juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo”.
- 31 Lei n. 10.259/2001, art. 4^o: “O Juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação”.
- 32 Lei n. 10.259/2001, art. 5^o: “Exceto nos casos do art. 4^o, somente será admitido recurso de sentença definitiva”.
- 33 Lei n. 10.259/2001, art. 14: “Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei”. Curioso lembrar que a Lei n. 9.099/95, em seu artigo 47, igualmente havia previsto o recurso de embargos de divergência, que foi surpreendentemente vetado.
- 34 Lei n. 10.259/2001, art. 14, § 3^o: “A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica”. O preceito abre um campo vasto para o uso do sistema de *tele* ou videoconferência, havendo perspectiva de tal instrumento poder ser utilizado, *v. g.*, nos interrogatórios de réus presos ou residentes em outras comarcas e na inquirição de testemunhas, dispensando a expedição de precatórias.
- 35 Artigo 100, § 3^o, da Constituição Federal: “O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado”. O parágrafo em questão foi acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998.

isto é, 60 (sessenta) salários mínimos (artigo 17, § 1º)³⁶; (e) autoriza o funcionamento do Juizado Especial em caráter itinerante (artigo 22, parágrafo único)³⁷.

Sobre a possibilidade de deferimento de medidas cautelares no curso da própria ação, a Lei é absolutamente inovadora, pois quebra o princípio da autonomia do processo cautelar que, de fato, chega a soar estranho após a introdução da antecipação de tutela no processo de conhecimento³⁸. Aqui o legislador seguiu o modelo alemão, no qual as tutelas de urgência não têm a conotação burocrática dada pelo legislador no processo codificado. Quebra-se, assim, o rigorismo das regras de cumulação de mais de um pedido num único processo, regulada pelo artigo 292 do Código de Processo Civil.

De outro vértice, o parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal foi acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998. O *caput* do preceito em questão apenas excluía os créditos de natureza alimentícia da execução por precatório. Agora, definido o que seja pequeno valor, o pagamento dar-se-á por requisição judicial, determinando o juiz o seqüestro do numerário suficiente para o cumprimento da obrigação, na hipótese de desatendimento da requisição judicial. A norma, portanto, tem aplicação tanto na jurisdição estadual como na federal, em qualquer ação em que haja condenação da Fazenda Pública.

No pertinente ao pagamento de obrigação de pequeno valor, sem precatório, foi arbitrado o limite de 60 (sessenta) salários

36 Lei n. 10.259/2001, art. 17, § 1º: “Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, *caput*)”.

37 Lei n. 10.259/2001, art. 22, parágrafo único: “O Juiz Federal, quando o exigirem as circunstâncias, poderá determinar o funcionamento do Juizado Especial em caráter itinerante, mediante autorização prévia do Tribunal Regional Federal, com antecedência de dez dias”.

38 Ver a propósito do tema, a redação do art. 273, § 7º, do CPC, que também relativiza o princípio da autonomia do processo cautelar, quando dispõe: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

mínimos. Na hipótese de o valor do crédito ser superior ao limite da competência, a execução far-se-á por precatório, a menos que a parte renuncie ao excedente para gozar do benefício do pagamento do saldo de forma imediata e por simples requisição do crédito, na conformidade do art. 17, § 4º.

A adoção do princípio da itinerância, de outro lado, vai possibilitar a prática de atos processuais fora da sede da jurisdição, permitindo de forma categórica o acesso à justiça, notadamente naquelas cidades que não sejam sede de Juizado. Em Santa Catarina, a Constituição Estadual, em seu art. 88, § 1º, de forma menos burocrática e mais eficiente comete a todos os juízes, no âmbito de sua jurisdição, função itinerante, ao dispor: “Os juízes, no âmbito de sua jurisdição, terão função itinerante”.

4. Considerações finais

Sobre as perspectivas de êxito dos Juizados Especiais Federais, diante do avanço inegável das normas de processo e procedimento adotadas na Lei n. 10.259/2001, vale a advertência do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁹:

“Os Juizados deverão ser coordenados por um Juiz, porque a experiência desses últimos cinco anos, nos diversos Estados, mostrou que se não houver uma supervisão, se faltar estrutura e organização próprias do Juizado, se não existir um órgão com atribuição específica de zelar pelo seu funcionamento, que se empenhe em manter seus princípios, acompanhe os seus passos, verificando necessidades e incentivando avanços, a tendência é transformarem-se os Juizados em mais uma instância burocrática, desprezados dentro da estrutura global do Judiciário, sem atenção para suas peculiaridades e, muitas vezes, com esquecimento de sua importância. De outra parte, se não houver constante orientação com encontros, cursos, preparação de juízes, conciliadores e serventuários, a natural inclinação será transformar os Juizados em apenas mais um órgão com as mesmas dificuldades do processo comum. É tão grande o nosso apego ao

39 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado, *idem, ibidem*, p. 23.

formalismo que, se não houver preocupação constante com as características do sistema, em pouco tempo a mesma rotina estará presente nos Juizados, com audiências marcadas para meses de distância, quando poderia sê-lo para alguns dias, processos recheados de documentos e despachos, audiências com longo registro de todos os detalhes, sentenças demoradas, formalidades inúteis e nulidades infundas”.

A crítica é inteiramente procedente e o prognóstico feito, quanto à burocratização dos juizados, já é uma realidade tormentosa no âmbito estadual, em que a falta de estrutura, a cultura formalista dos juízes e servidores e a ausência de investimentos na organização são fatores perceptíveis, fazendo por reincidir o sistema nos mesmos defeitos da jurisdição comum, frustrando as expectativas de uma justiça rápida, democrática e cidadã.

5. Referências bibliográficas

- ABREU, Pedro Manoel; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*: aspectos destacados. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, 183p.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. *Revista da ESMESC* — Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, a. 7, v. 10, p. 15-24, jul. 2001.
- DINAMARCO, Cândido R. A Lei das Pequenas Causas e a renovação do Processo Civil. *Ajuris* — Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 33, p.15-25, mar. 1985.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeira linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1.

A FASE DE VERIFICAÇÃO DE CRÉDITOS NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Renato Lisboa Altemani¹
Ricardo Alexandre da Silva²

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito; 3. Distinção entre as “habilitações” e “divergências” do art. 7º, § 1º; 4. Prazo para protocolo das habilitações e divergências; 5. Requisitos para a habilitação de crédito na fase administrativa; 6. Amparo em prova documental; 7. Valor atualizado do crédito; 8. Legitimidade para requerer a habilitação; 9. Créditos trabalhistas e a competência da Justiça do Trabalho; 10. A relativa autonomia da cobrança dos créditos fiscais; 11. Créditos excluídos do concurso de credores; 12. Deveres do administrador judicial na fase administrativa; 13. A *decisão* do administrador judicial e o terceiro edital no processo de falência ou de recuperação judicial; 14. Conseqüências para o crédito não habilitado na fase administrativa; 15. Conclusão; 16. Bibliografia.

1 *Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assessor Especial da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

2 *Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pelo INCIJUR. Advogado em Curitiba.*

1. Introdução

A Lei n. 11.101/05 promoveu significativas alterações nos procedimentos que envolvem a apuração do passivo da empresa que tem decretada a falência ou deferido em seu favor o pedido de recuperação judicial. Dentre as modificações, ressalta-se a substituição do antigo sistema de declarações de crédito (DL n. 7.661/45, art. 82) pela fase de verificação (Lei n. 11.101/05, art. 7º, *caput*).

Na sistemática instituída pela nova Lei de Falência e Recuperação Judicial, a verificação de créditos é uma fase administrativa da apuração do passivo, que corresponde a momento distinto e anterior ao das ações incidentais (judiciais) de habilitação retardatária e de impugnação de crédito.

Assinala-se que a expressão “fase administrativa” é empregada para enfatizar o endereçamento das habilitações e divergências ao administrador judicial, a quem cumpre diligenciar com vistas à apuração do passivo da sociedade falida ou em recuperação, elaborando o quadro geral de credores. Não se está negando a natureza jurisdicional dos processos de falência ou de recuperação, mas, sim, enfatizando o papel do administrador na fase inicial da verificação dos créditos, deflagrada pelo deferimento da recuperação judicial ou decretação da quebra.

O objetivo do presente estudo é descrever o procedimento de verificação de créditos tal qual estabelecido na Lei n. 11.101/05, apontando os ônus e deveres que a novel legislação distribuiu aos credores, ao devedor e ao administrador judicial.

2. Conceito de fase de verificação de créditos

A fase de verificação de créditos é o conjunto de atos destinados à verificação, pelo administrador judicial, do passivo da devedora, concluindo-se com a elaboração do edital de que trata o art. 7º, § 2º, da Lei n. 11.101/05, em que se publicará a relação dos credores, com seus créditos e a respectiva classificação. Para tanto, o administrador judicial deverá comparar a declaração de créditos feita pelo devedor com as in-

formações obtidas por meio do exame da sua documentação contábil e das divergências e habilitações manifestadas pelos credores, nos termos do art. 7, § 1º.

3. Distinção entre as “habilitações” e “divergências” do art. 7º, § 1º

O art. 7º, § 1º, trata de “habilitações” e de “divergências”, categorias distintas de manifestações dos credores. A mais razoável distinção parece ser a que atende ao significado gramatical de tais expressões. “Habilitação” pode ser traduzida como o cumprimento das formalidades legais necessárias para a aquisição ou o exercício de um direito. Já divergência significa desacordo, contrariedade.

Entende-se, pois, que no texto legal a habilitação é o ato do credor que pretende demonstrar que reúne os requisitos legais para ser titular de um determinado crédito em relação ao devedor, ao passo que a divergência é a manifestação de contrariedade quanto ao valor ou à classificação de crédito relacionado no edital de que trata o art. 99, § 1º, na hipótese de falência, ou o art. 52, § 1º, na recuperação judicial.

Ao contrário do que ocorre com a “impugnação”, palavra que a lei utiliza com rigor, referindo-se sempre à ação incidental de impugnação, o termo “habilitação” é utilizado de maneira mais flexível, ora em referência à ação incidental de habilitação retardatária (art. 10), ora em menção à habilitação administrativa, endereçada ao síndico. Desse modo, o § 1º do art. 7º não se refere à ação processual, dirigida ao Juiz de Direito, e sim a um requerimento dirigido ao administrador judicial, que dará resposta conjuntamente a todas as habilitações e divergências mediante publicação da relação de credores.

Essa é uma significativa inovação em relação ao antigo sistema de declaração de créditos, no qual cada declaração ensejava uma decisão judicial. De fato, na vigência do art. 82 do Decreto-Lei n. 7.661/45, a declaração deveria receber um parecer do síndico que, se negativo, seria processado como se impugnação fosse. Além disso, os demais credores detinham legitimidade para

impugnar diretamente as declarações, daí concluir Trajano de Miranda Valverde³ que a fase de declaração de créditos era contenciosa, embora pudesse não haver impugnação. Na nova lei, além de desnecessário o parecer individual para as habilitações, não se exige decisão individuada para cada uma, pois o conjunto das habilitações e divergências será peça informativa para a composição, pelo administrador judicial, da relação de credores.

No direito comparado, encontra-se disposição semelhante na “reclamação de crédito” do direito português, prevista pelo art. 128 do Código da Insolvência e da Recuperação Judicial, instituído pelo Decreto-Lei n. 53/2004, dispositivo que determina, ainda, que a reclamação seja enviada para o domicílio do administrador judicial⁴.

A Lei n. 11.101/05 é silente quanto ao endereçamento das habilitações. A prática forense, até então, era a do protocolo no cartório do juízo da falência, na forma do art. 82 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Será admissível, no sistema vigente, que se protocolizem as habilitações e divergências perante o administrador judicial? A resposta mais recomendável, a princípio, é negativa. O protocolo em cartório é o meio mais seguro para garantir a lisura no processo e a igualdade entre os credores. Assegura-se, por exemplo, o horário do expediente do cartório para que o credor possa protocolizar a sua habilitação. Além disso, ao verificar-se a tempestividade do protocolo, conta-se com a presunção de boa-fé do recebimento do escrivão.

Além disso, tendo-se em vista a possibilidade de que seja grande o número de credores e de documentos oferecidos ao juízo falimentar, é recomendável que, à maneira do que ocorria com as antigas declarações de crédito do Decreto-Lei n. 7.661/45, as habilitações sejam autuadas em apartado, sendo as divergências juntadas aos autos da habilitação a que se referem. Essa providência favorece a organização do processo, especialmente

3 Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à lei de falência*, 1999, v. 2, p. 77.

4 Portugal, Decreto-Lei n. 53/04, art. 128, 2.

se houver impugnação de crédito após a publicação da relação de credores.

4. Prazo para protocolo das habilitações e divergências

O prazo para habilitar crédito ou manifestar divergência é de 15 dias, contados a partir do primeiro dia útil após a publicação do edital de que trata o parágrafo único do art. 99 da nova lei, no caso do processo falimentar. Na recuperação judicial, o prazo conta-se do edital de que trata o § 1º do art. 52. Os editais dos quais se conta o prazo para a manifestação dos credores não devem ser confundidos com os que publicam a decisão que decreta a quebra ou o deferimento da recuperação judicial. São editais distintos e de conteúdos significativamente diferentes.

Ao enumerar os requisitos da sentença que decreta a falência, especifica a lei que deverá conter a ordem dirigida ao falido para que este apresente, no prazo de cinco dias, a relação dos credores, “indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos” (art. 99, inciso III). Combinado esse preceito com a redação do parágrafo único, deduz-se que a sentença que decreta a falência enseja a publicação de dois editais: o primeiro, que publica a sentença, e o segundo, que contém a “íntegra da decisão que decreta a falência e a relação de credores” (art. 99, parágrafo único). Afinal, no momento em que se publica a sentença de falência, os autos não foram, ainda, instruídos com a relação dos credores, sendo necessário ordenar-se ao falido que a providencie. Cumprida a ordem, publica-se, posteriormente, o segundo edital, que conterá a relação de credores apresentada pelo devedor. É este o edital a que se refere o art. 7º, § 1º, fluindo de sua publicação o prazo para a apresentação das habilitações e divergências.

Como ocorre com a falência, a decisão que defere o pedido de recuperação judicial enseja a publicação de dois editais, um que dá publicidade ao decisório, cujos requisitos são enumerados no art. 52, *caput* e incisos I a V, e outro que marca o início do prazo para as habilitações e divergências, este contendo os requisitos especificados no § 1º, incisos I a III, do art. 52.

Esses “segundos editais” representam uma inovação procedimental, que veio a solucionar um antigo problema da prática forense quanto ao prazo pertinente para a apresentação das declarações de crédito (DL n. 7.661/45, art. 82).

No sistema estabelecido pelo Decreto-Lei n. 7.661/45, o prazo para a habilitação de crédito era deflagrado no primeiro dia útil após a publicação da sentença⁵ em que era decretada a falência e nomeado o síndico. Dessa forma, o início da fluência do prazo precedia a homologação da nomeação do síndico. O síndico, note-se, era o responsável pela cientificação dos credores mediante envio das circulares (art. 81). O lapso de tempo que decorreria entre a sua nomeação e a efetiva entrega de todas as circulares, entretanto, era imprevisível, subordinando-se a diversos fatores, motivo por que, muitas vezes, os credores somente as recebiam após o exaurimento do prazo para a declaração de crédito.

Inicialmente, havia a possibilidade, não rara, de que o síndico nomeado, por motivos pessoais, fosse obrigado a recusar o encargo, hipótese em que competia ao magistrado proceder a nova nomeação (art. 60, § 2º, da lei revogada). Transposto o problema acima referido, encontrando-se pessoa apta e disposta a exercer a função de síndico, aguardava-se pela sua intimação pessoal (art. 62) para a assinatura do termo de compromisso. Somente feito isso o síndico deitaria olhos sobre a documentação da falida. Ora, dependendo do nível de organização e da quantidade de documentos e de credores, a tarefa poderia emprestar mais tempo do que o esperado. Além disso, havia a diferença de tempo para a entrega dos credores domiciliados em diferentes regiões. Como se vê, ainda que a sentença fixasse o prazo em seu limite máximo, 20 dias, era perfeitamente possível que as circulares emitidas pelo síndico chegassem às mãos dos credores somente após o escoamento do prazo estabelecido.

Naquele contexto, boa sugestão foi a de autoria de Silva Pacheco⁶, pela qual o edital que abrisse prazo para os credores

5 Trajano de Miranda Valverde, *op. cit.*, p. 74.

6 José da Silva Pacheco, *Processo de falência e concordata*, 2001, p. 436.

fosse publicado apenas após a homologação da nomeação do administrador judicial.

Vê-se que a questão parece ter sido, ao menos em parte, dirimida no procedimento da nova lei, em que o edital para habilitação e divergência é publicado após a obtenção da relação nominal dos credores entregue pelo devedor. É recomendável, ainda, que o juízo aguarde a assinatura do termo de compromisso pelo administrador judicial antes da publicação do edital. Assegure-se, dessa forma, que não seja remetida a destempo correspondência aos credores, sem embargo da importância da presença do administrador judicial desde a abertura do prazo, a fim de que sejam prestados os necessários esclarecimentos aos credores e cumprido o prazo de 45 dias para a elaboração do edital de encerramento da fase administrativa, estabelecido pelo art. 7º, § 2º, do Lei n. 11.101/05.

5. Requisitos para a habilitação de crédito na fase administrativa

A habilitação de crédito de que trata o art. 7º, § 1º, é ato formal, prevendo a lei, em seu art. 9º, o conteúdo que deve conter o requerimento, para que possa ser acolhido.

O art. 82 da antiga Lei de Quebras previa, detalhadamente, que as declarações deveriam ser feitas “por escrito, em duas vias, com a firma reconhecida na primeira, que mencionem as suas residências ou as dos seus representantes ou procuradores no lugar da falência, a importância exata do crédito, a sua origem, a classificação que, por direito, lhes cabe, as garantias que lhes tiverem sido dadas, e as respectivas datas, e que especifique, minuciosamente, os bens e títulos do falido em seu poder, os pagamentos recebidos por conta e o saldo definitivo na data da declaração da falência”. A declaração deveria acompanhar, ainda, “o título ou títulos do crédito, em original, ou quaisquer documentos” comprobatórios do crédito (art. 82, § 1º).

Na locução “quaisquer documentos” residia o espaço para divergência jurisprudencial e doutrinária. O conceito aberto dava margem a abusos por pretensos credores que intentassem a habi-

litação de crédito com base em documento lavrado de próprio punho, anotação em caderno etc. Apesar de vago, entretanto, o texto legal fez bem ao não restringir as possibilidades de habilitação aos detentores de títulos de crédito, pois não somente sobre eles recaem os reflexos econômicos da falência. Assim, seriam habilitados os credores que pudessem comprovar o seu crédito, aplicando-se à hipótese o sistema da livre apreciação das provas (ou persuasão racional).

Por sua vez, o art. 9º da Lei n. 11.101/05 enumerou os requisitos para a habilitação de crédito na fase administrativa, quais sejam, “o nome, o endereço do credor e o endereço em que receberá comunicação de qualquer ato do processo” (inciso I), o valor do crédito, atualizado até a data da decretação da falência ou do pedido de recuperação judicial, sua origem e classificação (II), os documentos comprobatórios do crédito e a indicação das demais provas a serem produzidas (III), a indicação da garantia prestada pelo devedor, se houver, e o respectivo instrumento (IV) e a especificação do objeto da garantia que estiver na posse do credor (V).

Todas as informações arroladas nos incisos I a IV do art. 9º são essenciais à habilitação do crédito. Embora não seja obrigado a tanto, o administrador pode complementar a declaração do credor com dados obtidos por meio da documentação do devedor, como o endereço completo ou a sua classificação. Se desconhecido o endereço do credor, a origem do crédito ou qualquer dos dados essenciais a que se refere o art. 9º, entretanto, não deve o administrador habilitá-lo quando da elaboração da relação de credores.

O único dos requisitos cuja ausência, a princípio, não prejudica a inclusão do crédito, é a “especificação do objeto da garantia”, de que trata o inciso V. Nessa hipótese, a solução mais razoável é que se habilite o crédito como quirografário.

E quanto aos requisitos da “divergência”? A Lei n. 11.101/05 é silente sobre o tema, da qual se conclui que o credor manifesta a sua divergência da maneira que bem lhe aprouver. Nenhuma manifestação de divergência será *indeferida* por não preen-

cher requisitos de admissibilidade, pois não há tais requisitos. No mérito da questão, entretanto, cumpre ao administrador judicial decidir quais créditos estão comprovados e merecem ser inseridos na relação do § 2º do art. 7º. Por esse motivo, é recomendável que a manifestação de divergência seja devidamente amparada em documentos ou planilhas de cálculo que demonstrem a veracidade, ou, ao menos, a verossimilhança das alegações expendidas.

Acrescenta-se que a divergência sempre se voltará contra o montante ou a classificação do crédito indicados pelo edital do art. 99, § 1º, na hipótese de falência, ou do art. 52, § 1º, na recuperação judicial. Assim, caso o credor discorde do valor ou da classificação declinada para seu crédito ou para o de outrem, poderá, segundo o art. 7º, § 1º, apresentar sua divergência, a qual, protocolada em cartório, será encaminhada para apreciação do administrador judicial.

Por fim, indica-se que, tratando-se a verificação de créditos de fase administrativa, é possível ao credor protocolar pessoalmente sua habilitação ou divergência, dispensada a presença de advogado.

6. Amparo em prova documental

A nova lei seguiu a orientação do sistema anterior ao se utilizar do conceito aberto, “documentos comprobatórios do crédito” (art. 9º, III), como requisito para a habilitação de crédito. Assim, nesse ponto, o sistema permanece o mesmo.

Por “documento” entende-se coisa capaz de representar diretamente um fato⁷. Embora o normal, o esperado, seja que se apresente uma prova escrita, é preciso atentar ao fato de que lei se refere a “documento”, conceito substancialmente diverso de “prova escrita”. A prova documental pode consistir numa prova escrita, mas também numa fotografia ou numa gravação audiovisual ou em dados de computador inseridos num disquete,

7 Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt, *Comentários [...]*, 2000, v. 5, p. 19.

que demonstrem, diretamente, um fato. A prova escrita, por outro lado, pode não ser uma prova documental, por representar *indiretamente* um fato. Dessa forma, um laudo pericial ou um depoimento testemunhal trasladado são provas escritas, mas não provas documentais⁸.

É preciso cuidado na leitura do inciso III do art. 9º, que dispõe que do requerimento de habilitação constará a “indicação das demais provas a ser produzidas”. Produção de provas? Trata-se de ação incidental? Novamente, é preciso fugir ao equívoco de se considerar que se esteja a tratar, no art. 9º, de ação. O preceito fala em “indicação das demais provas”. Significa que o credor indica as provas que ele mesmo irá produzir e apresentar ao administrador judicial, por não ter sido possível produzi-las até aquele momento. Em processo judicial não se fala em “indicação das demais provas”: requer-se a sua produção.

Pode ocorrer, por exemplo, que o credor apresente prova de crédito ilíquido, indicando a produção de prova pericial que fornecerá para especificar o valor que considera devido.

Sendo verossímil a alegação de crédito, compete ao administrador, discricionariamente, decidir se admite a posterior apresentação de prova, dentro do prazo que considerar razoável. A própria redação do art. 9º, III, reforça esse entendimento. Contanto, pois, que tal proceder não prejudique a publicação do edital do § 2º do art. 7º no prazo de 45 dias, o recebimento de tal habilitação favorece a celeridade e a economia do processo, pois, de outra forma, o credor seria obrigado a ingressar com a ação incidental de habilitação retardatária.

7. Valor atualizado do crédito

O credor deverá fornecer ao administrador judicial o valor atualizado do crédito até a data da decretação da falência ou do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 9º, II). Mais adequado, talvez, fosse exigir a demonstração do cálculo a partir do qual se chegou àquele valor. Não tendo a lei feito tal exigên-

8 *Idem, ibidem.* p. 12-13.

cia, entretanto, cumpre ao credor, tão-somente, indicar o valor atualizado, sendo prescindível a demonstração do cálculo por que se chegou àquele valor.

Compete ao administrador judicial verificar a exatidão dos cálculos, zelando, ainda, pela utilização do mesmo indexador para todos os créditos em que não houver disposição contratual em contrário, em respeito ao princípio da igualdade. O administrador deve promover as adequações que considerar necessárias antes de lançar o valor na relação de credores. O habilitando que se considerar prejudicado pela inclusão de seu crédito em valor inferior ao pretendido terá a oportunidade de demonstrar a higidez de seus cálculos, se o quiser, mediante ajuizamento da impugnação de crédito, sendo-lhe possível divergir.

A correção se dará, salvo expressa previsão contratual em contrário, por índices oficiais, preferencialmente o empregado pela tabela de conversão utilizada pelo respectivo tribunal estadual⁹. Na relação de credores, deve ser computada a atualização do valor da moeda até a data da quebra, a fim de que o quadro geral de credores apresente as mesmas expressões monetárias, com complemento posterior dos cálculos de atualização na data dos efetivos pagamentos.

Quanto aos juros, sua incidência cessa com a decretação da falência. Serão pagos, entretanto, se a massa contar com bens para suportá-los, após quitação do principal, da mesma forma que ocorria na vigência da lei anterior¹⁰.

A orientação jurisprudencial majoritária é no sentido de que os créditos devam ser atualizados quando do efetivo pagamento, conforme se extrai de precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹¹ e do Superior Tribunal de Justiça¹².

Essa orientação resguarda o direito dos credores contra a corrosão inflacionária de seu crédito, providência extremamente

9 Tomando-se por exemplo o Estado de Santa Catarina, tem-se a Tabela de Atualização Monetária divulgada pelo Tribunal de Justiça, que se utiliza do INPC/IBGE, conforme Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral de Justiça.

10 Decreto-Lei n. 7.661/45, art. 124.

11 TJSP, Ap. Cív. n. 307.820-4/5, de São Paulo, rel. Des. Ruyter Oliva, j. 27-1-2004.

12 REsp n. 12.810/MS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. 11-3-1997.

relevante em períodos de forte inflação, principalmente se houver largo intervalo temporal entre a decretação da quebra e o efetivo pagamento.

No processo de recuperação judicial, o texto legal não deixa espaço para divergência quanto à contagem dos juros e à aplicabilidade da correção monetária. Segundo preceitua o art. 71, II, da Lei n. 11.101/05, o plano de recuperação judicial preverá o pagamento em parcelas “corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de 12% a. a. (doze por cento ao ano)”.

8. Legitimidade para requerer a habilitação

O credor, pessoalmente ou por meio de seu representante legal ou mandatário, é parte legítima para assinar o requerimento de habilitação. Havendo solidariedade de credores, basta a presença de um deles.

Também o fiador ou o avalista do devedor poderão se habilitar, comprovando sua condição de garante. Como a decretação da quebra ou o deferimento do pedido de recuperação judicial acarretam o imediato vencimento da dívida, o fiador fica imediatamente sujeito à exigência de pagamento. Daí dispor a nova lei, em seu art. 128, que “os coobrigados solventes e os garantes do devedor ou dos sócios ilimitadamente responsáveis podem habilitar o crédito correspondente às quantias pagas ou devidas, se o credor não se habilitar no prazo legal”. O prazo legal para habilitação, a que se refere o preceito, é o prazo de quinze dias de que trata o § 1º do art. 7º. Dessa feita, de acordo com a nova lei, somente será possível aos coobrigados o ingresso no concurso de credores mediante habilitação retardatária, caso o crédito garantido não tenha sido previamente habilitado pelo devedor principal na fase administrativa. Havia disposição semelhante no Decreto-Lei n. 7.661/45, art. 29.

Ressalta-se que, caso o fiador tenha previamente pago toda a dívida, terá, evidentemente, legitimidade para habilitar o seu crédito já na fase administrativa, por ter-se sub-rogado no direito de credor¹³, bastando que, além da prova do crédito, faça prova da sua qualidade de garante, bem como da quitação.

13 Código Civil, art. 831.

9. Créditos trabalhistas e a competência da Justiça do Trabalho

No tocante à satisfação dos créditos trabalhistas, é já assente a jurisprudência quanto à competência do juízo da falência para os atos de execução. O efetivo pagamento somente pode dar-se por meio do juízo falimentar, embora toda a discussão concernente à existência e à importância do crédito insira-se na competência da Justiça do Trabalho, como disposto no art. 6º da nova lei, em respeito ao art. 114 da Constituição da República. O credor, após obter a sentença favorável na Justiça Laboral, deve requerer a expedição de certidão para habilitar o crédito no juízo falimentar¹⁴. Essa solução, como sustenta Marcelo P. de Souza¹⁵, harmoniza-se com o princípio constitucional da igualdade, que deve ser observado entre os diversos titulares de créditos identicamente classificados.

O crédito trabalhista, amparado em sentença condenatória, ingressa no feito por meio de simples petição, instruída com a certidão da decisão condenatória proferida pela Justiça do Trabalho. Ao trabalhador que não tiver ingressado previamente com demanda trabalhista é facultado, segundo disposição do art. 6º, § 2º, pleitear diretamente ao administrador judicial a habilitação de seu crédito. Nessa hipótese, caso verifique a insubsistência do pedido de habilitação, o administrador deve simplesmente abster-se de incluí-lo na relação de credores.

10. A relativa autonomia da cobrança dos créditos fiscais

A execução dos créditos fiscais é disciplinada pela Lei n. 6.830/80, não se submetendo ao procedimento de habilitação de crédito.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, a execução fiscal é atingida pela falência, havendo dois resultados possíveis, conforme o estado do processo executivo na ocasião da decretação da quebra. No caso de se ter

14 TST, CC n. 66.018/GO, rel. Min. Gelson de Azevedo, j. 13-4-2004.

15 Marcelo Papaléo de Souza, *Efeitos da falência [...]*, p. 114.

bem previamente penhorado, o produto de sua arrematação reverterá para a massa falida, de modo a resguardar o direito dos credores preferenciais. Já na hipótese de não se ter procedido à penhora, continua a prevalecer o entendimento segundo o qual a constrição far-se-á no rosto dos autos do processo falimentar¹⁶.

A classificação instituída pela nova lei de falências preteriu o crédito tributário em favor dos créditos com garantia real (art. 83, II). Para viabilizar a mudança no sistema, aprovou-se, conjuntamente com a Lei n. 11.101/05, a modificação do art. 186 do Código Tributário Nacional, dispondo que o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais, ao trabalhista, ao acidentário, tampouco ao com garantia real, até o limite do valor do bem gravado.

Permaneceram intocadas, entretanto, as disposições relativas ao tratamento processual das execuções fiscais. Dessa feita, permanece o mesmo sistema, com a diferença de que, além dos créditos por salários e indenizações trabalhistas, também o direito real de garantia prefere ao crédito tributário na ordem dos pagamentos, o que significa, na prática, que a penhora continuará sendo feita no rosto dos autos, não podendo recair, entretanto, sobre imóveis gravados.

O crédito tributário, portanto, não integra o procedimento de verificação de crédito, cabendo à Fazenda Pública promover a sua cobrança, nos moldes da Lei n. 6.830/80. A mesma sorte segue o crédito previdenciário, equiparado por lei, para efeito de sua cobrança, ao crédito tributário¹⁷.

11. Créditos excluídos do concurso de credores

A Lei de Falência e Recuperação Judicial fez, em seu art. 5º, duas ressalvas ao direito dos credores, dispondo, em seu inciso I, que serão desconsideradas as obrigações a título gratuito e, em seu inciso II, que não serão exigíveis as despesas que o credor realizar para poder habilitar seu crédito, excetuadas somente

16 STJ, REsp n. 423.686/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 16-9-2004.

17 Rubens Requião, *Curso de direito falimentar*, 1998, p. 311.

as custas judiciais, na hipótese em que o devedor for sucumbente em litígio contra o credor.

Obrigação a título gratuito é aquela à qual não corresponde nenhuma contraprestação. Poderia ser definida como promessa de favor. De acordo com o art. 5º, I, são inexigíveis no processo falimentar e de recuperação, sendo preteridas em favor das obrigações onerosas, ou seja, aquelas em que o credor arcou com determinado ônus para obter o crédito. Tomando-se em conta os prejuízos envolvidos no processo falimentar, é plenamente justificável a regra, afinal, o credor de obrigação onerosa, com o inadimplemento, suporta verdadeira lesão em seu patrimônio, ao passo que o credor de obrigação a título gratuito simplesmente deixa de receber um favor. Ademais, não está em condições de fazer atos de graça com seu patrimônio aquele que não pode arcar com suas próprias dívidas.

As despesas com a habilitação de crédito correm a cargo dos credores. O preceito afasta o risco de um excessivo crescimento do passivo do devedor em razão de viagens, hospedagens, contratações de serviços de advogados e contadores, entre outras despesas realizadas pelos credores na habilitação de seu crédito.

12. Deveres do administrador judicial na fase de verificação de crédito

Pode-se afirmar que o administrador judicial, no período compreendido entre sua nomeação e a elaboração do edital de que trata o art. 7º, § 2º, é o verdadeiro protagonista do processo falimentar ou de recuperação judicial. É o administrador quem examinará a documentação do falido, auxiliará os credores e interessados em relação às dúvidas que surgirem, receberá as habilitações e divergências e decidirá quais merecem ser inseridas na relação de credores, além de acusar as suspeitas de fraude.

As suas funções, na fase administrativa, são especificadas no art. 22 da lei. Ao administrador compete, inicialmente, enviar correspondência aos credores, informando a quebra ou o deferimento da recuperação judicial, e especificando, a cada qual, o

valor e a classificação de seu crédito (inciso I, *a*). Cabe-lhe, ainda, responder aos eventuais pedidos de esclarecimento feitos pelos credores (I, *b*).

O administrador deverá dar extratos dos livros do devedor, que servirão de base às habilitações e impugnações de crédito (art. 22, I, *c*). Dessa forma, o credor pode usar a própria documentação da falida para comprovar o seu crédito. Nesse intuito, devem requerer ao administrador que lhes dê extrato, ou reprodução, de fragmento de livro do devedor para amparar o requerimento formulado na fase administrativa, ou por meio das ações de impugnação ou de habilitação retardatária, já na fase judicial.

Com a finalidade de se obter uma relação de credores que corresponda ao real passivo do devedor e de se resguardar o processo contra fraude, atribuiu-se ao administrador judicial o dever de exigir de suposto credor, do devedor ou de seus sócios, as explicações que considerar necessárias (art. 22, I, *d*).

13. A *decisão* do administrador judicial e o terceiro edital no processo de falência ou de recuperação judicial

Uma vez recebidas as declarações de crédito e examinados os documentos da empresa, o administrador judicial, sem intervenção do Juiz de Direito, fará publicar edital contendo a relação de credores, conforme dispõe a lei em seu art. 7º, § 2º. Embora não o diga o texto normativo, é necessário que o edital apresente também o valor atualizado dos respectivos créditos, bem como a sua classificação. Afinal, da publicação desse edital flui o prazo para a apresentação de impugnação da “legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado” (art. 8º), sendo de se esperar que, para que possa manifestar a insurgência, tenha sido cientificado o credor do montante e das garantias reconhecidos pelo administrador judicial.

Na sistemática anterior, a habilitação era ônus dos credores, e somente integrariam o concurso aqueles que tivessem declarado seus créditos na fase administrativa ou ingressado com a ação de habilitação retardatária. A nova lei promoveu significativa inovação ao determinar que o administrador judicial elabore o

edital com base em toda a documentação colhida, desvinculando-o do conteúdo das declarações dos credores.

Do texto normativo, conclui-se que não apenas é possível ao administrador rejeitar a habilitação de crédito que não for devidamente instruída, como é admissível a inclusão de crédito com amparo unicamente na documentação oferecida pelo devedor, contanto que se façam presentes todas as informações enumeradas pelo art. 9º. O sistema, dessa forma, privilegia a eficiência do processo.

Ainda quanto à eficiência, ressalta-se que, na vigência da nova lei, é possível a nomeação de pessoa jurídica especializada (art. 21) para desempenhar a função de administradora judicial. A elaboração da relação de credores por meio de procedimento não litigioso elaborado por pessoa especializada deve favorecer significativamente a celeridade do processo em comparação ao antigo sistema de declaração de crédito.

Sem dúvida, essa *decisão* do administrador judicial pode trazer grave repercussão para a vida dos credores, sendo compreensível que se questione a sua autoridade para tanto, bem como o procedimento pelo qual se chega a tal resultado, sem observância do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, trata-se de procedimento preliminar, que em nada prejudica a defesa *judicial* do interesse dos credores, que se fará mediante o ajuizamento de habilitação retardatária ou de impugnação de crédito, aí, sim, respeitados o contraditório, a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

No processo falimentar, assim como no de recuperação judicial, o administrador judicial fará publicar o *terceiro edital*. O primeiro é aquele em que se publica a decretação da quebra ou o deferimento da recuperação judicial, o segundo é o que dá publicidade à relação de credores entregue pelo devedor, além das outras informações relacionadas no texto legal. O *terceiro edital* encerra a fase administrativa, divulgando a relação de créditos e credores elaborada pelo administrador judicial, com base em todas as informações prestadas pelo devedor e pelos credores. A eventual insurgência contra a relação de créditos deve ser manifestada em juízo, valendo-se o interessado da ação de

impugnação de crédito (art. 7º, § 2º). Sendo omitido crédito, ao credor caberá a propositura da ação incidental de habilitação retardatária¹⁸.

O edital deve ser remetido à publicação no prazo de 45 dias¹⁹ após o exaurimento do prazo para o oferecimento das declarações de crédito. É necessário que contenha, além da relação de credores e seus respectivos créditos (repita-se, com os valores e classificações), a indicação do local, do horário e do prazo em que as informações que embasaram a relação podem ser analisadas pelos interessados, para que possam fiscalizar a lisura do processo.

14. Conseqüências para o crédito não habilitado na fase administrativa

O tratamento legal dado aos credores da massa falida e da empresa em recuperação judicial impõe um ônus a todo titular de crédito. Deve o credor manter-se informado da situação jurídica de seus devedores, pois, nas hipóteses de falência e de recuperação judicial, o prazo para a habilitação flui independentemente de intimação.

O transcurso *in albis* do prazo para a habilitação na fase de verificação de crédito, entretanto, não resulta no perecimento do crédito²⁰.

De fato, diante da ordem constitucional vigente, especialmente do art. 5º, LV, não seria admissível que a lei conferisse ao encerramento da via administrativa de habilitação o condão de extinguir os créditos não habilitados. Seria manifestamente

18 Diz-se “ação incidental”, porquanto se trata de ação proposta no curso do processo de falência ou de recuperação judicial.

19 O eventual atraso do administrador não deve ser interpretado, necessariamente, como negligência, devendo-se analisar no caso concreto as circunstâncias que possam justificar a dilação do prazo. Recomenda-se ao administrador que informe ao juízo da falência ou da recuperação judicial, antes do escoamento do prazo, os motivos pelos quais os 45 dias não serão suficientes para concluir a relação de credores.

20 Octavio Mendes. *Verificação e habilitação de créditos*, 1917, p. 3.

inconstitucional a norma que determinasse a extinção do crédito sem que ao seu titular fosse oportunizada a defesa. Ora, se o credor jamais foi citado no processo falimentar ou de recuperação, não é admissível que lhe seja oposto o encerramento da fase administrativa como se de coisa julgada se tratasse. Daí prever a Lei n. 11.101/05, em seu artigo 10, a posterior habilitação de credor, que terá, entretanto, de recorrer à via judicial, mediante ação incidental de habilitação retardatária.

Cumpra salientar que a marcha do processo falimentar não se interrompe com as eventuais habilitações retardatárias ajuizadas e que, além disso, o credor retardatariamente habilitado não fará jus à participação nos rateios realizados antes de seu ingresso no feito falimentar. Dessa feita, caso postergue seu ingresso no concurso de credores, é possível, em tese, que um titular de crédito privilegiado seja preterido em favor de credores quirografários, em razão de rateios previamente realizados.

15. Conclusões

A verificação de crédito, na nova lei, compreende os atos destinados à composição da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º. Pode ser compreendida como uma fase administrativa dentro do processo falimentar, pois dispensa a representação dos credores por advogado e se encerra com a publicação promovida pelo administrador judicial, sem que seja necessária a intervenção do juiz da causa.

As habilitações e divergências serão dirigidas ao administrador judicial, após a publicação do edital do art. 99, § 1º, tratando-se de falência, ou do edital do art. 52, § 1º, se se tratar de recuperação judicial. Tanto as habilitações quanto as divergências dispensam a presença de advogados, sendo protocolizadas em cartório e dirigidas ao administrador judicial, a quem compete elaborar a relação de credores.

O mero fato de o crédito não constar no edital de que trata o § 1º do art. 7º, ou na relação de credores do § 2º do mesmo artigo, não acarreta nenhuma modificação ou extinção de direito. A possibilidade concreta de satisfação desse crédito, entretanto,

pode ser prejudicada se o credor não ingressar no concurso de credores a tempo de participar dos rateios. Dessa feita, caso seu crédito não seja relacionado na fase administrativa, deve o credor servir-se da via judicial, por meio das ações incidentais de habilitação retardatária ou de impugnação, previstas pela Lei n. 11.101/05, respectivamente, nos artigos 10 e 13.

16. Bibliografia

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de falências e concordatas comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LACERDA, José Cândido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 5.
- MENDES, Octavio. Verificação e habilitação de créditos. *In: Revista dos Tribunais*, v. 21, mar. 1917. p. 3-15.
- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 8.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 29.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SOUZA, Marcelo Papaléo de. *Efeitos da falência na execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.
- TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. v. 2.

A RESPONSABILIDADE MÉDICA E O DEVER DE INFORMAR

Sergio Cavalieri Filho*

1. A personalização do consumidor

Temos repetido inúmeras vezes que o Código do Consumidor foi a lei mais revolucionária do Século XX. Revolucionária pela avançada técnica legislativa que adotou, baseada em princípios e cláusulas gerais, o que faz dela uma lei principiológica; revolucionária porque, embora sendo um minissistema, acabou influenciando todo o sistema — a doutrina e a jurisprudência brasileiras mudaram profundamente após a sua vigência. O Código do Consumidor tornou-se uma espécie de sobreestrutura jurídica multidisciplinar, norma de sobredireito por meio da qual passamos a reler todos os contratos e institutos que geram relação de consumo.

Não foram apenas estas, entretanto, as contribuições do Código do Consumidor. Entendemos que sua principal contribuição foi a *repersonalização* do consumidor.

O que queremos dizer com isso?

* *Desembargador do TJRJ, Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá.*

A produção e o consumo em massa, amparados pelas teorias econômicas que lhe serviram de suporte — liberalismo, livre iniciativa, autonomia da vontade, neoliberalismo etc. —, levaram à despersonalização da pessoa humana que figurava no elo final da cadeia de consumo. Passou a ser considerada um ente abstrato, um dado econômico, um número ou uma coisa de valor patrimonial.

Nos transportes públicos falava-se em milhões de passageiros, os empresários falavam em milhões de clientes, os serviços públicos em milhões de usuários, os bancos em milhões de correntistas, as seguradoras em milhões de segurados, os jornais em milhões de leitores, as televisões em milhões de telespectadores e assim por diante. Ninguém falava no consumidor, no cidadão, na pessoa humana como titular de direitos.

Quanto maior a carteira maior o valor patrimonial da empresa. O assim chamado *homo economicus* indica o distanciamento da realidade existencial do ser humano que consome. Não era sujeito de direito, apenas destinatário de produtos e serviços. Até suas necessidades eram provocadas artificialmente pelo monumental aparato publicitário que cercava os produtos e serviços lançados no mercado.

Pois bem, o Código do Consumidor, como já ressaltado, resgatou a dimensão humana do consumidor na medida em que passou a considerá-lo *sujeito de direito*, titular de direitos constitucionalmente protegidos. Proteger o consumidor, esse novo titular de direito, passou a ser um dever do Estado, consoante art. 5º, XXII, da Constituição. E o art. 6º do CDC, por sua vez, dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, apresentando ali um extenso elenco desses direitos. Eis aqui, repetimos, a grande contribuição. O consumidor não é mais um número ou um ente abstrato, mas um sujeito de direitos, titular de direitos básicos. E a medida que a lei atribuiu direitos ao consumidor, criou obrigações para o fornecedor de produtos e serviços.

2. O direito à informação

Entre os direitos básicos do consumidor especificados nos vários incisos desse art. 6º do CDC, o direito à informação é um

dos mais importantes. Isso porque vivendo em uma sociedade perigosa, quanto maior o risco a que está exposto o consumidor, quanto maior o perigo dos produtos e serviços, maior relevância terá o direito de ser informado. O Código de Defesa do Consumidor refere-se expressamente a esse direito em vários dispositivos, especialmente no inciso III do seu art. 6º: “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentam”.

Se o direito à informação é um direito básico do consumidor, então, em contrapartida, o dever de informar é um dos principais deveres do fornecedor, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que se traduz na cooperação, na lealdade, na transparência, na correção, na probidade e na confiança que devem existir nas relações de consumo. Seus requisitos principais são, em primeiro lugar, a *adequação* — os meios de informação devem ser compatíveis com os riscos do produto ou do serviço e o seu destinatário; *suficiência* — a informação deve ser completa e integral; *veracidade* — além de completa, a informação deve ser verdadeira, real. Somente a informação adequada, suficiente e veraz permite o *chamado consentimento informado*, pedra angular na apuração da responsabilidade do fornecedor. A informação tem por finalidade dotar o consumidor de elementos objetivos de realidade que lhe permitam conhecer produtos e serviços e exercer escolhas conscientes.

Bom exemplo da importância da informação vamos encontrar na questão do cigarro, cuja indústria passa por maus momentos nos Estados Unidos e em outros países por ter descumprido o dever de informar.

3. A atividade médica e o dever de informar

Quanto à atividade médica, estamos convencidos de que, hoje, o seu principal dever é o de informar. Não nos referimos aos casos clássicos de erros médicos grosseiros, cuja culpa é inquestionável, por todos repelidos, até pelos próprios médicos, dos quais são exemplos os seguintes julgados:

Paciente submetida à cirurgia de varizes que lhe deixou seqüelas permanentes (Apelação Cível n. 18.691/2002 — TJRJ);

queimadura causada na parte posterior do joelho da paciente por bisturi elétrico durante cesariana (REsp n. 200.831/RJ); simples traumatismo no dedo de um menor que, não obstante o atendimento médico recebido, acaba se transformando em infecção grave a ponto de se fazer necessária a amputação cirúrgica da terceira falange (Ap. Cív. n. 11.323/99 — TJRJ); simples fratura acabou acarretando a amputação do braço do paciente em virtude da omissão médica e da deficiência de tratamento (Ap. Cív. n. 6.314/95 — TJRJ); alta hospitalar prematura de criança nascida com peso muito inferior ao normal e com deficiência respiratória, que veio a falecer menos de oito horas depois da alta (Ap. Cív. n. 1.217/96 — TJRJ); seqüela de anestesia. Paciente que após cirurgia para histerectomia total abdominal ficou paraplégica. Aplicação de anestesia combinada — geral e epidural (Ap. Cív. n. 1.674/97).

Não é desses casos que falamos.

Estamos nos referindo ao chamado *risco inerente*, risco inevitável que toda cirurgia traz, até mesmo a mais simples, e que não decorre de defeito do serviço. Não é possível realizar determinados tratamentos sem graves riscos, às vezes até com efeitos colaterais. Assim, por exemplo, a quimioterapia, ou a cirurgia em um paciente idoso e com a saúde fragilizada.

Em princípio, o médico e o hospital não respondem pelos riscos inerentes. Transferir as conseqüências desses riscos para o prestador do serviço seria ônus insuportável; acabaria por inviabilizar a própria atividade. Daí resulta, entretanto, a extrema relevância do dever de informar do médico. A falta de informação, a violação do dever de informar, pode levar o médico ou o hospital a ter de responder até mesmo pelo *risco inerente*, não por ter havido defeito do serviço, nem por culpa pelo insucesso do tratamento, mas pelo defeito de informação; pela omissão em informar ao paciente os reais riscos do tratamento.

O dever de informar pode também ser extraído do art. 15 do novo Código Civil, pelo menos a contrário senso, que dispõe: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Ora, quem não pode ser constrangido também não pode ser enganado, nem mal

informado. A leitura que fazemos deste dispositivo é a de que todo e qualquer tratamento de risco deve ser precedido do consentimento informado do paciente.

Pois bem, embora médicos e hospitais, como já destacado, em princípio não respondam pelos riscos inerentes da atividade que exercem, podem eventualmente responder se deixarem de informar aos pacientes as conseqüências inevitáveis do tratamento a que serão submetidos. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou ao hospital.

Vem a propósito o caso julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n. 20.632/99, relator o Desembargador Roberto Wider. O paciente foi submetido a uma cirurgia de prostatectomia, decorrente de um diagnóstico de hipertrofia prostática, ou seja, próstata aumentada de volume. Realizada a intervenção cirúrgica, o paciente veio a sofrer incontinência urinária e impotência sexual. Na ação indenizatória movida pelo paciente contra o médico que fez a cirurgia, foi alegado o risco inerente, tendo a perícia médica confirmado que a incontinência urinária e a impotência sexual são conseqüências inevitáveis naquele tipo de cirurgia, pelo menos naquele caso específico, pelo que não haveria falar em culpa, sequer em defeito do serviço. Mesmo assim o pedido indenizatório foi acolhido porque o paciente não havia sido informado desses riscos, para que pudesse decidir, e só ele, se os correria ou não. Em suma, faltou o consentimento informado.

O voto do relator destacou: “Se um paciente sofre de hipertrofia prostática com as conhecidas conseqüências em relação às dificuldades de micção e freqüentes infecções urinárias, e o tratamento cirúrgico indicado tem riscos tão elevados, seqüelas freqüentes de incontinência urinária e impotência, impõe-se que se comprove expressamente que o paciente estava ciente de tais riscos e com eles concordou, pois é intuitivo e de sabedoria comum que ninguém, em sã consciência, trocaria um problema de próstata aumentada, dificuldades de micção e infecções urinárias pelo risco de seqüela permanente de impotência sexual, incontinência urinária e uso de fraldas pelo resto da vida”.

Hoje ainda suscita controvérsia a questão da cirurgia plástica embelezadora, se ela gera obrigação de meio ou de resultado. Meditando sobre o tema chegamos à conclusão de que o seu ponto nodal não é esse, mas, sim, o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos, eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica.

Em suma, além dos deveres de cuidado e sigilo, deve ainda o médico prestar ao paciente todas as informações necessárias sobre a terapêutica ou a cirurgia indicada para o caso, seus riscos e possíveis resultados, dele obtendo o indispensável consentimento (ou do responsável). Toda vez que houver algum risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido do paciente, só dispensável em situação emergencial que não possa ser superada, ou de atuação compulsória. Cabe unicamente ao paciente decidir sobre a sua saúde, avaliar o risco a que estará submetido com o tratamento ou a cirurgia, e aceitar ou não a solução preconizada pelo médico (Ruy Rosado de Aguiar Jr., Responsabilidade Civil dos Médicos, RT 713/36).

4. Limites do consentimento informado

É ainda preciso ressaltar que o consentimento do paciente, mesmo que plenamente informado, tem limites. Haverá casos que persistirá a responsabilidade médica, não obstante tenha o paciente dado o seu consentimento, se estiver em jogo bem indisponível, procedimento imprudente, princípios éticos invioláveis. Assim, por exemplo, o consentimento do paciente não justifica a eutanásia, o aborto, nem uma cirurgia plástica para modificar o rosto de um perigoso marginal, e assim por diante.

Outras vezes teremos numa zona cinzenta, de difícil definição, como é o caso das irmãs gêmeas do Irã, unidas pela cabeça, cuja cirurgia de separação foi malsucedida. Esse caso, noticiado pelo Globo de 9-7-2003, tem várias peculiaridades que dão o que pensar. As duas irmãs eram plenamente saudáveis, ambas formadas em direito, não corriam nenhum risco de vida, apenas sonhavam levar vidas separadas. Uma queria advogar em Shiraz

e a outra pretendia ser jornalista em Teerã. A cirurgia era de extremíssimo risco, pois tinha de separar dois cérebros que compartilhavam a mesma artéria de irrigação. Tão arriscada que outros médicos se recusaram a fazê-la, como por exemplo, o Presidente do Instituto Internacional de Hanover, e os médicos do Hospital de Berlim.

Nessas circunstâncias cabe indagar até que ponto o consentimento foi realmente informado. Que expectativa de sucesso foi a elas transmitida? Pelo que disseram antes da cirurgia estavam esperançosas. “Começamos essa jornada juntas e esperamos que a operação finalmente ponha um fim a essa difícil situação e nos permita recomeçar nossas novas e maravilhosas vidas como duas pessoas independentes”. Outra indagação: foi uma cirurgia ou uma aventura, uma experiência médica que, se bem-sucedida, teria repercussão mundial? Participaram da cirurgia 28 médicos e 100 assistentes. Isso é uma cirurgia ou é uma encenação? E mais, se os próprios médicos não tinham pleno conhecimento dos problemas que haveriam de enfrentar, como poderiam se escudar no consentimento das vítimas? Vejam o que diz a notícia. “O maior problema surgiu logo no início, na duplicação da artéria responsável pela irrigação do cérebro, compartilhado pelas duas [...]. Em seguida, a equipe enfrentou outro sério problema. Os cérebros das irmãs estavam muito fundidos e a separação foi mais complicada que o previsto. Os médicos conseguiram separá-las, mas as duas perderam muito sangue e acabaram não resistindo”.

Se é verdade que um caso vale por mil palavras, o caso dessas gêmeas vale por um milhão. Se o paciente (consumidor, sujeito de direitos) tem o direito à informação plena, o médico, em qualquer caso, mas principalmente nos casos de elevados riscos, tem o dever de informar plena e verazmente. Só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O consentimento do paciente, entretanto, tem limites. Não poderá ser invocado para ocultar a imprudência médica, o seu espírito de aventura, ou a sua expectativa de ganho.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DA DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça, demais autoridades, cujos nomes já foram declarados, eminentes desembargadores, familiares, amigos, senhoras e senhores.

Neste dia tão simbólico, dia internacional da mulher, chego ao Tribunal de Justiça na vaga que o tempo me reservou, e comigo chegam todas as valorosas juízas de meu Estado.

Quando do ingresso nos quadros da Magistratura Catarinense, há 20 anos, por delegação carinhosa de meus colegas de concurso, proferi o discurso de posse.

Na ocasião ressaltei a honra que representava integrar o Judiciário de Santa Catarina, de gloriosas tradições.

Hoje, conhecendo o âmago da instituição, asseguro-lhes que é com imenso orgulho que assumo as funções do cargo de desembargador des-

te Tribunal de Justiça, Corte que há mais de um século se destaca pela dignidade e altivez.

Permito-me aqui, neste momento de alegria, um registro de caráter pessoal, qual seja, minha profunda admiração por Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, homem de sabedoria e inteligência de escol, eminente desembargador que tanto abrilhantou este Sodalício com seus notáveis votos, em quem busquei inspiração para o exercício da judicatura. Faço, ainda, respeitosa homenagem a João José Ramos Schaefer, cujos anos vividos na advocacia e neste Tribunal lhe emprestaram invejável tirocínio.

Fiz amigos nas comarcas pelas quais andei, fiz amigos na Magistratura e tenho amigos nesta Corte, pois só a amizade justifica a confiança que em mim depositaram os Srs. Desembargadores, escolhendo-me entre tantos ilustres colegas. Agradeço aos meus pares, humildemente, o gesto de

confiança, e prometo do fundo de minh'alma continuar honrando a toga que há duas décadas envergo.

Sempre tive consciência da responsabilidade da função e não raras vezes senti o peso da árdua missão que abracei. Com certeza não é fácil viver de decidir. Sei que são ainda mais graves os encargos neste Tribunal, mas certamente contarei com os conselhos e as luzes de meus colegas, que detêm anos de experiência e reserva intelectual irretorquível.

Estou feliz, muito feliz.

Agradeço a Deus, todos os dias, a vida alegre e sem percalços, pois o Senhor tem sido extremamente generoso comigo. Rogo-lhe que continue me iluminando para bem cumprir a nobre função de julgar.

Quero ainda expressar, nesta ocasião singular, os mais profundos sentimentos de gratidão a meu pai, Ernani Abreu Santa Ritta, cuja saudade arrefeço nas lembranças e sonhos. Homem correto, justo e bom, muito me ensinou com suas palavras e seu exemplo. Hoje certamente está orgulhoso de sua juíza.

A minha mãe, Marylda Luz Santa Ritta, meu agradecimento pelo amor e o incentivo. Não fosse a visão e o descortino dela, traduzido em suas orientações, não estaria a ocupar esta cadeira.

Aos meus irmãos, Ernani e Pedro Augusto, agradeço o carinho que sempre dedicaram a esta levada temporã.

Aos tios, primos, cunhados e sobrinhos a amizade. Registro meu especial apreço por Enio Carneiro da Cunha Luz, sempre presente nas horas difíceis, e a Adelina Luz Schaefer, a tia Babá, cuja fidalguia e elegância sempre admirei.

Os meus amigos, parafraseando o poeta, estão guardados para sempre no lado esquerdo do peito. Com todos compartilho este dia.

Meu pequeno Antônio, presente do céu, que o exemplo de teus pais te ensine a lutar pela felicidade.

Minhas derradeiras palavras dirijo ao Cesar, a quem muito admiro e amo de paixão: o que faria da vida sem você!

A todos o meu muito obrigada.

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. CESAR ABREU POR OCASIÃO DA POSSE DA DESA. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Senhor Presidente. Autoridades nominadas. Meus colegas desembargadores. Procuradores e promotores de justiça. Advogados. Servidores. Familiares e amigos. Enfim, os meus sinceros cumprimentos a todos que aqui comparecem engalanando esta cerimônia de posse da excelentíssima Dra. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Senhoras e senhores, meus eminentes pares, permitam-me, antes de cumprir o honroso compromisso de saudar a novel integrante desta Corte, fazer dois significativos registros:

O primeiro dedicado às mulheres; a todas indistintamente. E, a data, 8 de março, não poderia ser mais representativa. Reverencia-se o Dia Internacional da Mulher. Nesta data, no ano de 1857, operárias de uma indústria têxtil de Nova Iorque, revoltadas contra as péssimas condições de trabalho e a exploração a que se submetiam, resolveram tomar de assalto a fábrica em que labutavam reivindicando melhorias, igualdade salarial e redução de jornada de trabalho; acabaram dizimadas, queimadas vivas. Um episódio triste, que não mereceria ser lembrado não fosse um marco na luta destemida das mulheres contra a discriminação e a opressão. Discriminação, aliás, que não deve por nós ser tolerada, como nenhum tipo de exclusão há de ser consentido, porque,

como declarado em Viena, em 1993, nos artigos dedicados às minorias, os seres humanos, homens e mulheres, nascem dignos e com igualdade de direitos.

O segundo voltado ao nosso querido amigo Jorge Mussi, Presidente deste Sodalício. Sua Excelência hoje aniversaria. Credor, sem dúvida, dessa lembrança, merecedor que é dos cumprimentos e aplausos que ora manifesto. Cumprimentos pelas virtudes que carrega consigo às mãos-cheias. Aplausos pela gestão que empreende, voltada ao bem-estar das pessoas, particularmente aquelas que têm fome e sede de Justiça. O espírito conciliador de Sua Excelência, que se reflete na harmonia reinante no seio desta Corte, ganha foros de universalidade num dos projetos que desenvolve: os mutirões de conciliação, forma das mais simples e pura de se humanizar a atividade judiciária. Não foi por outro motivo que a Abrame — Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas, em um de seus encontros nacionais, identificou a conciliação como o instrumento mais eficaz na solução dos litígios, porque, segundo se concluiu, “uma sentença bem dada, por mais brilhante e perfeita que seja, jamais se compara a uma conciliação, onde as partes saem não de mãos dadas mas, pelo menos, de coração aberto”. Precisamos de juízes com

espírito de conciliação, do juiz que desarma, que tira as pedras das mãos das pessoas. Parabéns Presidente, são votos que pretendemos sejam extensivos aos vossos familiares e muito especialmente à Juliana e à pequena Roberta.

Senhor Presidente, eminentes desembargadores, resta-me tornar efetiva a missão inicial, dar, em nome do Tribunal, as boas-vindas à Doutora Maria do Rocio Luz Santa Ritta e expressar o carinho que devotamos a sua Excelência.

Contemporâneo de concurso, tornei-me testemunha de sua vocação. Mulher de personalidade forte, mulher decidida, granjeou a admiração e o respeito de seus jurisdicionados. Abraçou a carreira e a magistratura. Não escolheu comarca e nunca se deixou inebriar pela acomodação. Judiciou em Itapiranga e Dionísio Cerqueira, no Extremo-Oeste. Quando promovida para Biguaçu, a poucos minutos da ilha que adotou como terra natal, partiu no primeiro lotação para Chapecó, comarca que se lhe oferecia à promoção. A sua disposição para o trabalho e o seu amor pela instituição renderam-lhe o reconhecimento de seus colegas juízes, que a elegeram, por mais de uma vez, Conselheira de nossa associação de classe, e do Tribunal que, por votação representativa, confirmou a sua presença, agora como membro efetivo, neste segundo grau de jurisdição.

Terceira mulher a integrar este Sodalício, segunda da magistratura de carreira, sucessora da inesquecível

Desembargadora Thereza Grisólia Tang, lembrada sempre não pela condição de mulher mas por sua cultura jurídica, sua lhanza ou, sintetizando, pelos inúmeros predicados que a distinguiram e a singularizavam, Vossa Excelência, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, assume aqui, perante a sociedade catarinense, responsabilidade maior, que não se subsume ao exemplo emblemático de uma mulher bem-sucedida, mas da que tem compromisso com a inserção das denominadas minorias, nas quais se incluem as mulheres, no processo de desenvolvimento.

Seja bem-vinda Desembargadora. A Corte a recebe de braços abertos. Somos uma família e Vossa Excelência um dos nossos mais ilustres membros. Não somos perfeitos, nem sempre dispensamos uns aos outros a atenção merecida. De qualquer forma, somos homens de bem, pessoas que procuram acertar, corrigir erros, sinalizar caminhos ou simplesmente realizar Justiça.

Ao encerrar, gostaria de dizer, falando agora em nome próprio, da minha alegria de compartilhar contigo e com os teus, com o nosso amado filho Antônio, esse momento tão sublime, de renovação do teu juramento à causa da Justiça.

Parabéns Rocio. Tenha sempre presente contigo, e que sirva de exemplo a tantos quantos buscam em ti uma referência, que na carreira os degraus são construídos antes de serem acessados. Trabalho e honestidade são, na síntese, os ingredientes míni-

mos indispensáveis para o sucesso profissional e pessoal.

Parabéns às mulheres por mais este passo dado contra a exclusão à participação na vida social.

Que o mundo maior continue a te iluminar o caminho e que se renove em ti, permanentemente, as energias da vida.

Muito obrigado.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.093-5, DE SANTA CATARINA

Relator: Min. Carlos Velloso

Requerente: Procurador-Geral da República

Requerido: Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

Ementa

Constitucional. Administrativo. Magistratura: majoração de vencimentos. Decisão administrativa: Tribunal Regional do Trabalho: inconstitucionalidade. CF, art. 96, II, b.

I — Não têm os Tribunais competência para majorar vencimentos de seus membros e servidores, matéria reservada à lei.

II — Inconstitucionalidade da Resolução n. 156/99 do TRT da 12ª Região (Estado de Santa Catarina).

III — Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Su-

premo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente a

ação e declarar a inconstitucionalidade da Resolução n. 156/99 do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Impedido o Sr. Min. Gilmar Mendes.

Brasília, 27 de maio de 2004.

*Nelson Jobim — Vice-Presidente
(no exercício da Presidência)
Carlos Velloso — Relator*

Relatório

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O Procurador-Geral da República, com fundamento no art. 103, VI, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, da Resolução n. 156/99, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, que dispõe sobre o pagamento aos Magistrados da 12ª Região do percentual da representação mensal, incidente sobre a parcela autônoma de equivalência.

Sustenta o autor, em síntese, o seguinte:

a) possuir o ato impugnado caráter normativo, dado que “atinge, indistintamente, todos os Magistrados integrantes da Justiça do Trabalho da 12ª Região” (fl. 3), assim, passível de controle abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 102 da Constituição Federal;

b) violação aos arts. 48, *caput*, 96, II, *b*, e 169, § 1º, da CF/88, mormente porque a referida Resolução

“concedeu verdadeiro aumento de remuneração aos seus membros e aos Magistrados a ele vinculados, sem anterior dotação orçamentária e prévia autorização legislativa do Congresso Nacional, desrespeitando, ainda, o poder de iniciativa de lei reservado exclusivamente ao Tribunal Superior do Trabalho” (fl. 5);

c) os vencimentos dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 12ª Região não estão sendo pagos de forma equivocada, porquanto o Decreto-Lei n. 2.371/87, “ao especificar o percentual da representação mensal devida aos membros do Poder Judiciário, estabeleceu que tal percentual incidiria sobre o ‘vencimento’ dos Magistrados, e não sobre os ‘vencimentos’”. Assim, a representação mensal deve incidir “não sobre o resultado da soma do vencimento básico e da parcela de equivalência, mas tão-somente sobre o valor fixado para aquela primeira parcela remuneratória dos membros do Poder Judiciário” (fl. 4), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na Sessão Administrativa de 10-2-93.

Solicitaram-se informações (fl. 62). O Presidente do egrégio Tribunal Regional Trabalho da 12ª Região sustenta, em síntese, o seguinte (fls. 78 a 81):

a) a incidência da verba de representação sobre a parcela autônoma de equivalência, dado que, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.448/92, possui ela caráter remuneratório. Ademais, “o próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que sobre a refe-

rida parcela devem incidir os adicionais por tempo de serviço, ou seja, as vantagens pessoais”;

b) afronta à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

O Supremo Tribunal Federal, em 23-2-2000, deferiu o pedido de medida cautelar e suspendeu, até decisão final desta ação, a eficácia da Resolução n. 156/99, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

O então Advogado-Geral da União, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, reportando-se à sua manifestação proferida na ADIn n. 2.130/SC, bem como em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e o contido na decisão da Sessão Administrativa desta Corte em 10-2-93, sustenta a inconstitucionalidade da resolução em tela (fls. 105 a 113).

O eminente Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, opina pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade (fls. 117 a 120).

Instado a se manifestar (fl. 123), o autor apresenta o Ofício n. 179/2002, da MMa. Juíza Presidente do egrégio TRT da 12ª Região, no qual é informado que a resolução em apreço “teve eficácia somente no mês de setembro de 1999” (fl. 134).

À fl. 137, determinei que o requerido informasse a respeito da vigência da Resolução Administrativa n. 156/99, o que foi cumprido às fls. 141 a 143: a MMa. Juíza Presidente do egrégio TRT da 12ª Região comuni-

cou que o Tribunal, na Sessão Administrativa n. 3, de 13-3-2000, suspendeu a eficácia da referida resolução, até decisão final da presente ação.

Autos conclusos em 23-10-2002.

É o relatório, do qual serão expedidas cópias aos Exmos. Srs. Ministros.

Voto

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Destaco do parecer do ilustre Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro:

“[...]”

“6. O ato normativo atacado, ao determinar a incidência da denominada verba de representação, instituída através do Decreto-Lei n. 2.371/87, sobre a integralidade dos vencimentos, assim considerada a soma das parcelas intituladas vencimento e parcela ‘autônoma de equivalência’, contrariou o art. 96, II, *b*, da Constituição da República, que preconiza a necessidade de prévia autorização legislativa para que possam o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça, observado o disposto no art. 169 da Carta Magna, dispor acerca do subsídio de seus membros e dos juizes a eles vinculados.

“7. É que, sob o argumento de que a ‘verba de representação, instituída através do Decreto-Lei n. 2.371/87, vem sendo calculada de modo er-

rôneo, incidindo apenas sobre parte dos vencimentos percebidos pelos Magistrados', quando deveria incidir sobre a 'integralidade dos vencimentos, assim considerada a soma das parcelas intituladas vencimento e parcela autônoma de equivalência', o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com suposto fundamento na 'autonomia administrativa e financeira conferida ao Poder Judiciário pelo artigo 99 da Constituição Federal', concedeu, na verdade, a seus membros, verdadeiro aumento de remuneração sem lei específica.

"8. Examinando resolução semelhante à ora em apreciação, em sede de controle abstrato, o eminente Ministro Celso de Mello deixou assentado que: 'Qualquer resolução administrativa, emanada de órgão judiciário, que veicular, sem a prévia e necessária autorização legislativa, aumento de remuneração destinado a beneficiar a generalidade dos magistrados vinculados ao Tribunal que a editou, importará em desrespeito frontal ao princípio constitucional da reserva de lei', e que 'O princípio da reserva absoluta da lei representa diretriz fundamental, que, consagrada no texto da Constituição da República, submete, ao domínio formal da lei — e da lei, apenas —, o tratamento jurídico de determinada matéria, com exclusão de quaisquer outras fontes normativas'(ADIMC n. 2.105, Pleno, 23-3-00, DJ de 28-4-00).

"9. Importante frisar, ademais, que esse colendo Supremo Tribunal Federal vem adotando administrativa-

mente, no que se refere à fixação da remuneração de seus Ministros o entendimento de que 'a natureza jurídica da parcela autônoma correspondente à diferença decorrente da Lei n. 8.448/92 (art. 1º, parágrafo único) (parcela autônoma de equivalência) é a de vencimento, que, somado ao vencimento básico e à representação, compõe os vencimentos dos Ministros do STF, para todos os efeitos legais, exceto para o cálculo da representação, que leva em conta apenas o vencimento básico' (Ata da 1ª Sessão Administrativa da Excelsa Corte, realizada em 10-2-93).

"10. Vê-se, assim, que, ao contrário do que sustenta o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região em sua Resolução n. 156/99, ora impugnada, os vencimentos dos Magistrados da Justiça do Trabalho àquela Corte vinculados não estão sendo pagos de forma equivocada, já que o Decreto-Lei n. 2.371/87 autoriza a incidência da percentagem da representação mensal dos membros do Poder Judiciário somente sobre o vencimento básico dos Juizes e não sobre a integralidade de suas remunerações.

"11. Vale ressaltar, finalmente, que esse colendo Supremo Tribunal tem concedido medida cautelar para suspender a eficácia de resoluções de Tribunais, idênticas à questionada nesta ação, que determinavam a incidência da verba de representação sobre a integralidade dos vencimentos de seus membros e magistrados a eles vinculados (*vide*: ADIMC n. 2.094, relator Ministro Néri da Silveira, Ple-

no, 3-11-99, DJ de 15-12-00; ADIMC n. 2.104, relator Ministro Nelson Jobim, Pleno, 4-5-00, DJ de 20-10-00; ADIMC 2.106, relator Ministro Moreira Alves, Pleno, 17-2-00, DJ de 20-10-00; e ADIMC 2.103, relator Ministro Octavio Gallotti, Pleno, 17-12-99, DJ de 29-9-00).

“Ante o exposto, o parecer é pela procedência da presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Resolução n. 156/99, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região [...]” (fls. 118 a 120).

Correto o parecer.

É que, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal ao deferir a suspensão cautelar da resolução objeto da causa, não têm os tribunais competência para majorar vencimentos de seus membros e servidores, matéria reservada à lei (CF, art. 96, II, b).

Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal: ADIn 1.899-MC/DF, Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º-6-2001; ADIn n. 2.015-MC, Min. Celso de Mello, DJ de 28-4-2000; ADIn n. 2.104-MC/DF, Min. Nelson Jobim, DJ de 20-10-2000.

Do exposto, julgo procedente a ação e declaro a inconstitucionalidade da Resolução n. 156/99 do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (Santa Catarina).

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade da Resolução n. 156/99, do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Impedido o Sr. Min. Gilmar Mendes. Plenário, 27-5-2004.

Presidência do Sr. Min. Nelson Jobim, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

*Procurador-Geral da República, Dr.
Cláudio Lemos Fonteles.*

*Luiz Tomimatsu,
Coordenador.*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 401.823-3, DE SANTA CATARINA

Relator: Min. Carlos Britto

Agravante: Rebesquini S.A. Transportes

Advogados: Lawrence Tancredo e outro

Agravado: Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae

Advogados: José Márcio Cataldo dos Reis e outro

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogado: Miguel Ângelo Sedrez Júnior

Ementa

Agravo regimental. Recurso extraordinário. Contribuição para o Sebrae. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Empresa prestadora de serviços de transporte. Sest/Senat. Micro e pequena empresa.

Esta colenda Corte, no julgamento do RE n. 396.266, rel. Min. Carlos Velloso, consignou o entendimento de que a contribuição para o Sebrae configura contribuição de intervenção no domínio econômico.

Logo, são insubsistentes as alegações da agravante no sentido de que empresa fora do âmbito de atuação do Sebrae, por estar vinculada a outro serviço social (Sest/Senat) ou mesmo por não estar enquadrada como pequena ou microempresa, não pode ser sujeito passivo da referida contribuição.

Precedente: RE n. 396.266, rel. Min. Carlos Velloso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário.

Brasília, 28 de setembro de 2004.

Carlos Ayres Britto – Relator.

Relatório

O Senhor Ministro Carlos Ayres Britto (Relator):

Agravo regimental contra decisão singular assim redigida:

“Recurso extraordinário, na forma da alínea *a* do dispositivo constitucional pertinente, contra acórdão que decidiu pela legitimidade da instituição, mediante lei ordinária, da contribuição social destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas — Sebrae.

“O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 396.266, de relatoria do Min. Carlos Velloso, assim consignou, *in verbis*:

‘Constitucional. Tributário. Contribuição: Sebrae: contribuição de intervenção no domínio econômico. Lei n. 8.029, de 12-4-1990, art. 8º, § 3º. Lei n. 8.154, de 28-12-1990. Lei n.

10.668, de 14-5-2003. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

‘I — As contribuições do art. 149, CF — contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas — posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, CF, decorrente de ‘outras fontes’, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponible e contribuintes: CF, art. 146, III, *a*. Precedentes: RE n. 138.284/CE, Min. Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE n. 146.733/SP, Min. Moreira Alves, RTJ 143/684.

‘II — A contribuição do Sebrae — Lei n. 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/2003 — é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL n. 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240, CF.

‘III — Constitucionalidade da contribuição do Sebrae. Constitucionalidade, portanto, do § 3º do art. 8º da Lei n. 8.029/90, com a redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/2003.

‘IV — RE conhecido, mas improvido’.

“O acórdão não divergiu desse entendimento.

“Assim, frente ao art. 557, *caput*, do CPC, e ao art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao recurso”.

2. A parte agravante pretende, em síntese, seja declarada a inexistência de relação jurídica que lhe imponha o recolhimento da contribuição para o Sebrae, prevista na Lei n. 8.029/90. Sustenta que, por não ser micro ou pequena empresa e, ainda, por tratar-se de empresa prestadora de serviços de transporte rodoviário, suas atividades não estariam abrangidas pelo mencionado dispositivo legal.

3. Alega, também, a agravante que, desde o advento da Lei n. 8.706/94, as empresas prestadoras de serviços de transporte rodoviário contribuem exclusivamente para o Serviço Social do Transporte (Sest) e para o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat). Conclui, daí, inexistir diploma legal que autorize a cobrança da contribuição para o Sebrae, o que violaria a norma do art. 150, inciso I, da Carta de Outubro. Requer, por último, a reconsideração do decisório agravado, para que seja provido o recurso extraordinário.

4. Havendo mantido a decisão agravada, submeto o feito à apreciação desta Turma.

Voto

O Senhor Min. Carlos Ayres Britto (Relator):

A questão da constitucionalidade da contribuição do Sebrae já foi enfrentada por esta colenda Corte no julgamento do RE n. 396.266, rel. Min. Carlos Velloso, *in verbis*:

[...]

“II — A contribuição do Sebrae — Lei n. 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis ns. 8.154/90 e 10.668/2003 — é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do DL n. 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240, CF [...]”.

7. Como visto, entendeu este Excelso Tribunal que a contribuição para o Sebrae, prevista na Lei n. 8.029/90, não se incluindo no rol do art. 240 da Magna Carta, configura contribuição de intervenção no domínio econômico e não exige contraprestação direta em favor do contribuinte ou mesmo a possibilidade de esse vir a receber benefícios com o recolhimento do tributo.

8. Diante disso, são insubsistentes as alegações da agravante de que empresa fora do âmbito de atuação do Sebrae, por estar vinculada a outro serviço social ou mesmo por não estar enquadrada como pequena ou microempresa, não pode ser sujeito passivo da referida contribuição. Ora, de acordo com o mencionado precedente, tratando-se de empresa que exerce atividade econômica (arts. 170

e seguintes da Magna Carta — empresa comercial ou industrial), é devida a cobrança da contribuição para o Sebrae.

9. Logo, diverge da jurisprudência desta Casa Maior da Justiça brasileira o entendimento segundo o qual empresa prestadora de serviços de transporte rodoviário, a pretexto de estar vinculada a outro serviço social (Sest/Senat) e não se enquadrar como pequena ou microempresa, não pode ser sujeito passivo da contribuição para o Sebrae.

Ante o exposto, aplicando o entendimento firmado no julgamento do RE n. 396.266, nego provimento ao agravo regimental.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Presidente):

Fiquei vencido na oportunidade em que apreciada a matéria e, por isso, ressalvo o entendimento.

Acompanho Vossa Excelência.

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário. Unânime. Presidiu o julgamento o Min. Marco Aurélio. Não participaram deste julgamento os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. 1ª Turma, 28-9-2004.

Presidência do Min. Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Min. Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto. Ausente, justificadamente, o Min. Eros Grau.

*Subprocurador-Geral da República,
Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira.*

*Ricardo Dias Duarte,
Coordenador.*

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 83.894-4, DE SANTA CATARINA

Relator: Min. Cezar Peluso

Paciente: Adriana Nascimento Azevedo ou Adriana do Nascimento Azevedo ou Adriana Nascimento de Azevedo

Impetrante: Douglas Ayres de Aguirre

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ementa

Ação penal. Prisão preventiva. Decretação. Falta de motivação. Alegação de ilegalidade. Cognição pelo STF, em habeas corpus. Inadmissibilidade. Matéria originalmente suscitada, nou-

tros habeas corpus, perante o Tribunal de Justiça local e o Superior Tribunal de Justiça, que dela não conheceram. Supressão de instâncias. Denegação do pedido. Concessão, porém, de ordem de ofício, para cassar os acórdãos do Tribunal de Justiça local que não apreciaram a questão da legalidade da prisão preventiva. Decisões infra petita. Não pode conhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, pedido de habeas corpus em que se aduz ilegalidade de decreto de prisão preventiva, proferido em primeiro grau de jurisdição, quando, suscitada a matéria, noutros habeas corpus perante o Tribunal de Justiça local e o Superior Tribunal de Justiça, estes não conheceram daquela. Mas é de se conceder ordem de ofício, para cassar os acórdãos do Tribunal de Justiça local que não apreciaram tal pedido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, em indeferir o pedido de habeas corpus. Concederam, porém, de ofício, a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de junho de 2004.

Cezar Peluso — Relator

Relatório

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator):

1. Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Adriana Nascimento Azevedo, contra

ato do Superior Tribunal de Justiça que lhe indeferiu o HC n. 29.416.

A paciente foi denunciada, com outras pessoas, como incurso nas sanções dos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, e do art. 1º, incs. I e IV, da Lei n. 9.613/98. Não tendo sido os réus presos em flagrante, alega a defesa, “foram arbitrariamente denunciados como autores dos crimes previstos, deixando límpida e transparente a arbitrariedade cometida desde o início da formação de ‘suposta’ ação penal” (fl. 45).

Foram impetrados dois pedidos de *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. No HC n. 2002.014923-9, o impetrante requereu a revogação da prisão preventiva da ora paciente, por falta de requisito legal da medida. Nessa causa, embora a decisão do Relator, que indeferiu a liminar, tenha analisado os fundamentos do pedido, não os apreciou o acórdão, o qual acabou por denegar pedido não formulado pelo impetrante (fls. 166 e ss.).

O HC n. 2003.001248-6 não foi conhecido, sob argumento de ser o pedido mera reiteração do anterior (fls. 170 e ss.).

No Superior Tribunal de Justiça, foram impetrados outros dois pedidos, mas não conhecidos. No HC n. 24.005, decidiu aquela Corte que:

“Processual penal. *Habeas corpus*. Arts. 12 e 14 da Lei n. 6.367/76. Prisão preventiva. Ausência de motivação. Questão não apreciada pelo tribunal de origem. Supressão de instância. Precedentes.

“Se a questão suscitada na impetração, consistente na alegação de que a custódia preventiva não se encontra concretamente motivada, tampouco não se subsomem as hipóteses previstas no art. 312 do CPP, não foi apreciada em segundo grau de jurisdição, em sede de *habeas corpus*, dela não se conhece sob pena de supressão de instância.

“*Writ* não conhecido” (fl. 64).

A decisão do HC n. 29.416, por sua vez, está assim ementada:

“Processual penal. *Habeas corpus*. Arts. 12 e 14 da Lei n. 6.367/76. Prisão preventiva. Ausência de motivação. Questão não apreciada pelo tribunal de origem. Supressão de instância.

“I — Se a questão suscitada na impetração, consistente na alegação de que a custódia preventiva não se encontra concretamente motivada, tampouco não se subsomem as hipóteses previstas no art. 312 do CPP, não foi apreciada em segundo grau de ju-

risdição, em sede de *habeas corpus*, dela não se conhece, sob pena de supressão de instância (precedentes).

“II — Configurada está a supressão de instância, no momento em que sequer o eg. Tribunal *a quo* foi instado a se manifestar após o julgamento, por esta Corte, do HC n. 24.005/SC, restando evidenciado o não-enfrentamento das teses propostas nesta impetração por falta de provocação da parte interessada.

“*Habeas corpus* não conhecido, com remessa dos autos ao eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina” (fl. 64 verso).

Requer agora o impetrante a revogação da custódia cautelar, porque ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, e extensão do benefício, acaso concedido, aos demais co-réus.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então presidente do STF, Min. Maurício Corrêa, nos termos do art. 13, VIII, do RISTF, sob fundamento de que “a aferição da plausibilidade jurídica do pedido, bem como a constatação do *periculum in mora*, estão inviabilizadas à falta do inteiro teor do acórdão impugnado, dada a imprescindibilidade de cotejar os seus fundamentos com as razões da impetração” (fl. 41).

O Ministério Público requereu cópias dos *habeas corpus* impetrados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fl. 90), o que lhe foi deferido (fl. 92). O impetrante reiterou o pedido de liminar (fls. 102 e 103).

Juntadas as cópias, manifestou-se o Ministério Público, por seu ilustre representante Dr. Edson Oliveira de Almeida, pelo deferimento parcial da ordem (fls. 957 e 958).

Voto

O Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator):

1. O pedido de análise da questão da justa causa da prisão preventiva decretada contra a ora paciente, objeto deste *writ*, não pode ser apreciado por esta Corte em virtude da dupla supressão de instância que se operaria em tal caso. Como vem do Relatório, tal pedido, originariamente deduzido no Tribunal de Justiça, jamais foi conhecido nos *habeas corpus*.

A autoridade ora coatora, o Superior Tribunal de Justiça, dele não conheceu, sob a razão básica de supressão de instância, sem ter, porém, como deveria, cassado sobretudo o acórdão omisso do Tribunal de Justiça, nos autos do HC n. 2002.014923-9.

Conforme bem observado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida:

“Na verdade, como se infere da leitura das petições dos *habeas corpus* impetrados em favor da paciente, aquelas impetrações não postulavam a simples extensão dos efeitos da decisão favorável aos co-réus, sendo o seu objeto, mais amplo, discutir a legalidade do decreto de prisão preventiva. Dentro desse quadro, as decisões desfavoráveis à paciente, primeiro reduzindo a pretensão tão-somente à

questão do art. 580 do CPP, e depois afirmando tratar-se de reiteração, caracterizam denegação da prestação jurisdicional, pois, como visto, não houve qualquer manifestação sobre o decreto de prisão preventiva” (fl. 958).

A falta absoluta de decisão acerca do pedido implica patente nulidade do acórdão, por denegação da prestação jurisdicional.

2. Do exposto, indefiro o pedido, dada a impossibilidade de supressão de instâncias, mas concedo de ofício ordem de *habeas corpus*, para, cassando os acórdãos proferidos no HC n. 2002.014923-9 e no HC n. 2003.001248-6, determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que julgue, como entenda, a integralidade dos pedidos da ora paciente, sobre a legalidade da prisão preventiva contra ela decretada. Reputo prejudicado o requerimento de liminar.

Decisão

A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*. Concedeu, porém, de ofício, a ordem, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 15-6-2004.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República,

Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Ricardo Dias Duarte,

Coordenador.

HABEAS CORPUS N. 84.107-4, DE SANTA CATARINA**Relator: Min. Carlos Velloso****Paciente: João Cândido Linhares****Impetrante: Rodrigo Roberto da Silva****Coator: Superior Tribunal de Justiça****Ementa**

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Calúnia. Imunidade penal do advogado.

I. A imunidade prevista no inciso I do art. 142 do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia.

II. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

III. A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime, como ocorre na hipótese.

IV. HC indeferido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir a ordem. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 1º de junho de 2004.

*Carlos Velloso,
Presidente e Relator.*

Relatório

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de João Cândido Linhares, do acórdão proferido pela 5ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça que deu provimento a recurso especial (REsp n. 506.593/SC), em acórdão assim ementado:

“Ementa: Penal. Recurso especial. Calúnia. Advogado. Imunidade jurídica.

“I — A imunidade jurídica prevista no art. 142, inciso I, do Código

Penal, e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94 não alcança o delito de calúnia.

“II — A via do *writ* não permite que se aceite, de plano, sem verificação detalhada do material cognitivo, a inoportunidade do elemento subjetivo diverso do dolo.

“Recurso provido” (fl. 264).

Diz o impetrante que contra o paciente foi oferecida representação criminal, imputando-lhe a prática dos delitos de calúnia e difamação, porque, na qualidade de advogado, ao promover a defesa de seu cliente, nos autos de processo que tramitava perante a Justiça Eleitoral, apresentou petição ofendendo a honra e a dignidade do Dr. José de Jesus Wagner, Promotor de Justiça.

Notícia que, impetrado em favor do paciente *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, foi esse deferido para trancar a ação penal, mas que contra essa decisão o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial, a que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu provimento para determinar o prosseguimento da ação penal, quanto ao delito de calúnia.

Postula o impetrante o trancamento da ação penal, aos seguintes argumentos:

a) *atipicidade da conduta atribuída ao paciente*, visto que a defesa tida como ofensiva foi formulada com os fatos informados pelo seu cliente, sendo impossível investigar a procedência ou não dessas informações;

b) *ausência do dolo específico* consistente na vontade livre e consciente de ofender a honra da vítima, dado que agiu exclusivamente no intuito de defender o seu cliente;

c) *imunidade judiciária*, dado que, com o advento da Constituição Federal, o art. 142, I, do Código Penal, tornou-se muito mais abrangente, compreendendo não só a difamação e a injúria, como também a calúnia (fl. 24).

Pede, ao final, a concessão da ordem para o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Requisitadas as informações (fl. 257/v), foram elas prestadas pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Edson Vidigal, que encaminhou cópia do acórdão proferido pela 5ª Turma daquele Tribunal (fls. 264 a 272).

O Ministério Público Federal, oficiando às fls. 277 a 284, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Delza Curvello Rocha, opina pelo indeferimento da ordem.

Voto

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Contra acórdão que deferiu pedido de *habeas corpus* para trancar a ação penal a que responde o paciente, foi interposto recurso especial pelo Ministério Público, a que a 5ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça deu provimento, para determinar o prosseguimento da ação penal quanto ao

crime de calúnia. Daí o presente *writ*, em que se postula o trancamento da ação penal.

Destaco do voto do eminente Min. Felix Fischer, Relator do recurso especial:

[...]

“O v. acórdão reprochado, em *writ*, trancou a ação penal pelos seguintes motivos: a) ausência de dolo específico; b) imunidade decorrente do disposto nos arts. 133 da *Lex Maxima* e 7º, § 2º, do Estatuto da OAB; c) imunidade do art. 142, inciso I, do Código Penal.

“Pela redação do r. voto condutor, a *quaestio* foi resolvida no sentido de ser considerada lícita a conduta descrita na proemial acusatória e imputada ao agora recorrido. Seria, assim, dado ao advogado agir na forma posta. Vale, pois, transcrever a *imputatio facti, in verbis*:

‘No dia 19 de setembro de 2000, o denunciado protocolou perante esse Juízo uma peça contestatória à Representação n. 7/00 ofertada pelo ilustre Representante deste órgão ministerial em exercício nessa Comarca, Dr. José de Jesus Wagner, contra Odacir Zonta e outros, por terem, segundo o entendimento desse Promotor, praticado irregularidades no exercício da propaganda eleitoral do pleito municipal desse mesmo ano.

‘Advogado João C. Linhares, ora denunciado, compareceu àquele processo na qualidade de defensor constituído do Representado Odacir Zonta.

‘Ocorre, porém, que, como bem demonstra a referida peça contestatória subscrita pelo denunciado, este, no exercício da defesa, não se limitou em exercê-la, tão-somente, em favor do seu constituinte, mas, aproveitando a oportunidade, graciosamente atacou com inverdades e impropérios a pessoa do Dr. José de Jesus Wagner, Promotor de Justiça, demonstrando ter nítido interesse em desprestigiar, desmoralizar e ofender não só a pessoa deste, como a instituição que representa.

‘Assim é que, mesmo sabendo não ser verdadeira a afirmação, o denunciado utilizou daquela peça pública para dizer, em registros garrafais, que ‘O Dr. Promotor de Justiça guardou consigo estas provas durante três longos meses!!!... Deixou para usá-las onde e quando?... Exatamente contra candidatos dos partidos que apóiam o Governo e há praticamente 15 dias das eleições!!!’ (parte do item 17 da Contestação), fato este que, de forma nítida e cristalina, estaria configurando o crime de prevaricação (primeira parte do art. 319 do CP). E o que é mais grave, o denunciado sabia que o Promotor Dr. José de Jesus Wagner tinha assumido o exercício nessa comarca de São José do Cedro somente em 21 de agosto de 2000, por Ato de Remoção que fora publicado no Diário da Justiça do Estado em data de 18-8-2000. Logo, se a Representação contra o Senhor Odacir Zonta fora protocolada em Cartório dessa Comarca em data de 8-9-00, a documentação (provas) mencionada pelo denunciado ficou em poder do Promo-

tor vítima nada mais do que 18 (dezoito) dias.

‘Não satisfeito em atribuir ao Promotor José de Jesus Wagner a prática do crime de prevaricação, o denunciado, talvez para mostrar sua coragem ao ilustre cliente e aos políticos que governam nosso Estado, estendeu a agressão contra a pessoa do Dr. José de Jesus Wagner, afirmando que este, ao subscrever a Representação que deu origem à Contestação objeto desta denúncia, *teria agido com interesse escuso, parcialidade e má-fé, registrando em sua peça contestatória*: ‘Que dificilmente deixaremos de concluir que o procedimento do *Parquet* Eleitoral, Dr. José de Jesus Wagner, é interesseiro, e por isso mesmo suspeito e tendencioso’ (item 16 da Contestação) e mais adiante ‘Que ante o exposto, o requerente confia que esta representação, fruto da parcialidade, da má-fé e da litigância de manifesta má-fé, [...]’ (parte do item 19 da peça contestatória). Com isto, deixou registrado naquela peça pública que a vítima, na sua nobre missão ministerial, não era pessoa confiável, pois não agia com isenção e imparcialidade, ofendendo, dessa forma, perante todos os profissionais do direito que militam ou venham a militar com a vítima a reputação profissional desta’ (fls. 27 e 28 — TJSC).

“*Data venia*, em princípio, a discussão de causa não enseja a permissão de tal e amplo procedimento ofensivo. E nem se pode admitir que, sem ultrapassar os limites próprios do *writ*, possa ser possível concluir, com cer-

teza (observe-se, repito, que se trata de concessão de *habeas corpus*), acerca da inocorrência do elemento subjetivo diverso do dolo (propósito de ofender que, na linha da teoria causal, integra o denominado dolo específico).

“A violação aos arts. 138, *caput*, do CP, 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, e do próprio art. 542, inciso I, do CPP, é manifesta. Quanto ao art. 139 (difamação) do CP, a adequação ao art. 142, inciso I, do Código Penal, se mostra, todavia, adequada.

“Indico, no tema, precedentes desta Corte:

‘Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Calúnia, injúria e difamação. Matéria não apreciada. Supressão de instância. Trancamento de ação penal. Imunidade. Art. 133 da CF, art. 142, I, do CP, art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94. Competência. Art. 73 do CPP.

‘I — O *writ* não deve ser conhecido quanto à *quaestio* que não foi apreciada em segundo grau, sob pena de supressão de instância (precedentes).

‘II — Em se tratando de crime contra a honra praticado contra funcionário público *propter officium*, admite-se a legitimidade concorrente tanto do ofendido para promover ação penal privada (*ex vi* art. 5º, X, da *Lex Maxima*), como do Ministério Público para oferecimento de ação penal pública condicionada à representação. Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte.

‘III — A imunidade prevista no art. 133 da *Lex Maxima*, no art. 142, I, do Código Penal, e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94, não abrange o crime de calúnia (precedentes do STF e do STJ).

‘IV — Quanto à suposta ocorrência de injúria e difamação, as expressões tidas por ofensivas, e que serviram como supedâneo à pretensão punitiva, foram irrogadas em juízo e estão, inquestionavelmente, relacionadas com a causa em discussão, encontrando-se, assim, amparadas pela imunidade judiciária.

‘V — Em se tratando de ação penal privada, o ofendido pode escolher o foro no qual será oferecida a queixa, se o do local da infração ou o domicílio ou residência do querelado (precedente).

‘*Writ* parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente deferido’ (STJ, HC n. 25.204/SP, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 30-6-2003).

‘Recurso em *habeas corpus*. Crimes, em tese, de calúnia e injúria, perpetrados contra magistrado. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. Inocorrência. Imunidade judiciária. Ausência de dolo. Inviabilidade de apreciação em sede de *habeas corpus*.

‘Em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a

punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

‘A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inciso I, do Código Penal, não abrange a ofensa irrogada ao Juiz da causa, bem como não alcança o crime de calúnia, mas tão somente a injúria e a difamação.

‘Quanto a estes, tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, não abrangendo ofensas pessoais que não guardem relação com a discussão da causa, nem imputação de crime, como ocorreu no caso.

‘Inviável apreciar a alegação de que o causídico não teria atuado com o *animus* de ofender a honra alheia, porquanto não é o *habeas corpus* instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração.

‘Recurso a que se nega provimento, ficando cassada a liminar’ (STJ, RHC n. 9.847/BA, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 27-8-2001).

‘Penal e processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Calúnia. Magistrado como vítima. Imunidade judiciária. Inocorrência. Cotejo de provas.

‘I — A imunidade judiciária prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal, e no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/94, não abrange o crime de calúnia (precedentes).

‘II — A ofensa a magistrado não está acobertada pela imunidade (precedentes).

‘III — A falta de justa causa não pode ser reconhecida em *writ* se, para tanto, imprescindível se evidencia o vedado cotejo analítico do material cognitivo.

‘Recurso desprovido’ (STJ, RHC n. 9.778/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 5-2-2001).

‘Recurso em *habeas corpus*. Crimes contra a honra. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta. Inocorrência. Imunidade judiciária. Ausência de dolo. Inviabilidade de apreciação em sede de *habeas corpus*.

‘Em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento pretoriano, somente é viável o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade, circunstâncias não evidenciadas na espécie.

‘A imunidade judiciária contemplada no art. 133 da Constituição Federal e no art. 142, inciso I, do Código Penal, não alcança o crime de calúnia, mas tão-somente a injúria e a difamação.

‘Quanto a estes, tal imunidade não se reveste de caráter absoluto, sendo imprescindível perquirir se as ofensas irrogadas guardam correlação direta com o direito defendido em juízo, providência essa que demanda exame aprofundado de provas, incabível, pois, na via estreita do *habeas corpus*.

‘Inviável apreciar a alegação de que o causídico não teria atuado com o *animus* de ofender as pretensas vítimas, porquanto não é o *habeas corpus* instrumento hábil para se aferir o elemento subjetivo da infração.

‘Recurso desprovido’ (STJ, RHC n. 9.277/PB, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 4-9-2000).

‘E, do Pretório Excelso:

‘*Habeas corpus* — Inviolabilidade do advogado — CF/88, art. 133 — Ofensas morais irrogadas em juízo e dirigidas ao magistrado — Valor relativo da garantia constitucional — Inviabilidade do *habeas corpus* para efeito de discussão das excludentes anímicas — Ordem indeferida. A proclamação constitucional da inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, traduz uma significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a esse indispensável operador do direito. A garantia de intangibilidade profissional do advogado não se reveste, contudo, de valor absoluto, eis que a cláusula assecuratória dessa especial prerrogativa jurídico-constitucional expressamente a submete aos limites da lei. A invocação da imunidade constitucional, necessariamente sujeita as restrições fixadas pela lei, pressupõe o exercício regular e legítimo da advocacia. Revela-se incompatível, no entanto, com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe

regem o exercício. O art. 142 do Código Penal, ao dispor que não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador — excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores de calúnia (RTJ 92/1.118) —, estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o *thema decidendum* (RT 610/426 — RT 624/378) e não se refiram ao próprio juiz do processo (RTJ 121/157 — 126/628). O *habeas corpus* não constitui meio processual adequado a análise das excludentes anímicas— *animus defendendi*, *animus narranti*, *animus consulendi*, *v. g.* —, cuja concreta ocorrência teria o efeito de descaracterizar a intenção de ofender. O remédio heróico não se presta, em função de sua natureza mesma e do caráter sumaríssimo de que se reveste, a indagação probatória efetivada com o objetivo de apurar, a partir dos elementos instrutórios produzidos nos autos, a ocorrência de justa causa para a ação penal ou para a condenação criminal’ (STF, HC n. 69.085/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 26-3-93).

“Quanto à defesa das teses do cliente:

‘Penal. Processual. Ofensa a honra de magistrado. Advogado. Ação penal. Trancamento. Justa causa. *Habeas corpus*. Recurso.

‘1. O advogado e somente ele é o profissional responsável pelo que

escreve, assina e faz juntar aos autos do processo. Se o que escreve e assina incursiona em crime em tese contra a honra de magistrado, não pode o seu cliente ser responsabilizado criminalmente.

‘2. Recurso conhecido e provido’ (STJ, RHC n. 4.417/CE, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 17-4-95).

“Nessa linha, dou provimento ao recurso para que tenha prosseguimento a *persecutio criminis* quanto ao delito de calúnia [...]” (fls. 267 a 271).

Correto o entendimento.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a imunidade prevista no inciso I do art. 142 do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia:

“Ementa: *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Calúnia contra magistrado. Ilegitimidade do Ministério Público para oferecer denúncia. Improcedência. Imunidade material do advogado. Exercício regular de direito. Excludente de antijuridicidade. Não-ocorrência.

“1. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal por ausência de justa causa. Medida de caráter excepcional que pressupõe, de plano, a constatação de ser atípica a conduta incriminada, a ocorrência de hipóteses de extinção da punibilidade ou inocência do acusado. Necessidade de incursão no contexto probatório, afeto à instrução criminal. Impossibilidade. Precedentes.

“2. Calúnia contra magistrado e legitimidade do Ministério Público para oferecer a denúncia. Ofensas irrogadas contra agente público, relacionadas com o exercício do *munus publico*. Ação pública condicionada à representação. Ilegitimidade do Ministério Público para oferecer denúncia, em virtude da iniciativa do ofendido. Alegação improcedente.

“3. Imunidade material do advogado. Garantia constitucional que, na forma da lei, assegura a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Imunidade relativa, que não alcança a ofensa caracterizada como calúnia, haja vista as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Código Penal. Precedentes.

“4. Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Excludentes de antijuridicidade. Ocorrência. Alegação improcedente. O estrito cumprimento do dever legal do profissional da advocacia pressupõe sua manifestação sobre questões pertinentes ao objeto da causa e o exercício regular do direito, a observância aos requisitos objetivos delineados pelo Poder Público, para fazer prevalecer o direito subjetivo, penal e extrapenal, do acusado.

“*Habeas corpus* indeferido” (HC n. 81.517/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15-6-2002).

De outra parte, a denúncia, está-se a ver, descreve conduta típica. É dizer, contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas cir-

cunstâncias e a classificação do crime, certo que o fato de ter o paciente agido ou não com dolo deverá ser apreciado após a instrução criminal, não sendo viável o seu exame na via estreita do *habeas corpus*.

A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime, como ocorre na hipótese.

Foi esse o entendimento da Casa no RHC n. 56.693/DF, rel. Min. Moreira Alves, assim ementado o acórdão:

“Ementa — *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal por falta de justa causa.

“Se o fato descrito na denúncia constitui crime em tese, não é o *habeas corpus* meio idôneo para trancar-se a ação penal por falta de justa causa que só poderia ser apurada pelo exame aprofundado da prova.

“Recurso ordinário a que se nega provimento” (DJ de 11-12-78).

Não foi outro o decidido por esta Turma no RHC n. 61.145/SP, rel. Min. Néri da Silveira:

“*Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Código Penal, artigo 171. O *habeas corpus* não enseja o exame aprofundado de provas, para se firmar, desde logo, se o réu é, ou não, inocente. Diante dos fatos descritos na denúncia, não é possível, *prima facie*, recusar sua tipificação como ilícito criminal. Se esses fatos são verdadei-

ros, ou não; se existiria, apenas, questão de direito civil, somente será possível concluir, ultimada a colheita de provas, em instrução contraditória. Recurso desprovido” (DJ de 9-3-84, RTJ 113/1.017).

Nesse mesmo sentido, decidiu esta Turma, no HC n. 72.731/SP, de que fui Relator. O acórdão porta a seguinte ementa:

“Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Denúncia. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Lei n. 5.250/67, arts. 21 e 22, c/c art. 23, II.

“I — Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

“II — A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime.

“III — HC indeferido” (DJ de 25-8-2000).

Do exposto, indefiro o *writ*.

Decisão

Indeferiu-se a ordem, decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento o Senhor Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma, 1º-6-2004.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República,
Dr. Geraldo Brindeiro.
Antonio Neto Brasil,
Coordenador.

RECLAMAÇÃO

RECLAMAÇÃO N. 2.576-4, DE SANTA CATARINA

Relatora: Ministra Ellen Gracie

Reclamante: Sindiafre — Sindicato dos Auditores Fiscais da Receita Estadual do Estado de Santa Catarina

Advogada: Ana Flora Winckler

Reclamado: Gerente de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina

Ação direta de inconstitucionalidade. Embargos de declaração. Cumprimento da decisão.

1. *Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADIn seja cumprida. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade — ADIn n. 2.335 — a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADIn n. 711, em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento.*

2. *A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide.*

3. *Reclamação procedente.*

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 maioria de votos, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 23 de junho de 2004.

*Nelson Jobim,
Presidente;
Ellen Gracie,
Relatora.*

Relatório

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Busca o autor da reclamação

garantir a autoridade da decisão de mérito proferida na ADIn n. 2.335 que declarou a constitucionalidade da Lei Complementar estadual n. 189/2000 do Estado de Santa Catarina.

Esclarece o reclamante, em resumo, que o Supremo Tribunal Federal, embora tivesse concedido, em 19 de dezembro de 2000, liminar suspendendo os efeitos da citada lei complementar estadual, na apreciação do mérito, em 11 de junho de 2003, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Contra este acórdão foram interpostos dois embargos de declaração, um do Partido Popular Socialista — PPS e outro da Procuradoria-Geral da República. A reclamada, Gerência de Recursos Humanos da Secretaria da Fazenda, ao receber a notícia da interposição dos embargos de declaração, determinou

(Comunicação Interna 26) a suspensão do cumprimento do acórdão do Supremo. Em decorrência, deixaram de ser pagas as diárias dos Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda com base na Lei Complementar n. 189/2000 e que voltaram a ser regidas pela lei revogada. Sustenta a inicial que esta decisão administrativa, da qual resultou a redução do valor das diárias de seus filiados, configura descumprimento ao julgado do Supremo Tribunal Federal. Daí o requerimento do provimento da reclamação para invalidar o ato impugnado, garantir a autoridade da decisão desta Corte com a expedição de ordem ao Governador do Estado de Santa Catarina para imediato cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nas informações, a reclamada afirma, em síntese, que o acórdão do Supremo Tribunal não transitou em julgado e, assim, não pode ser cumprido além do que, se os embargos de declaração forem acolhidos, pode haver efeitos modificativos no acórdão. Estas as razões pelas quais aguarda a manifestação desta Corte.

Do parecer do eminente Procurador-Geral da República, pela improcedência da reclamação, extraio a parte conclusiva, *verbis*:

“10. No caso sob exame, a autoridade da ADIn n. 2.335/SC não está ameaçada pela comunicação interna expedida pelo gerente de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da Fazenda. Apesar da decisão de mérito proferida em 11-6-2003, em razão

dos recursos manejados, a mesma ainda não transitou em julgado. Razão por que se afigura correto o ato expedido pelo Gerente. Não se pode afirmar, em razão da oposição dos embargos declaratórios, que a referida lei é constitucional ou não.

“11. Com isso, é restabelecido o *statu quo ante*, ou seja, está produzindo efeitos a decisão plenária do dia 19-12-2000 proferida na ADIn n. 2.335/SC, que deferiu a medida cautelar com o fim de suspender a eficácia da Lei Complementar Estadual n. 189/2000 e restaurar as categorias de Fiscais de Tributos estaduais, Fiscais de Mercadorias em Trânsito, Exatores e Escrivães de Exatoria.

“12. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, opina o Ministério Público Federal pela improcedência da presente reclamação”.

Voto

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): A questão aqui posta é saber se é preciso, em ação direta de inconstitucionalidade, aguardar o trânsito em julgado do correspondente acórdão para que a decisão comece a produzir efeitos. A partir de quando a lei, julgada inconstitucional em sede liminar e constitucional no julgamento de mérito, pode ser aplicada. Ou, se os embargos de declaração interpostos têm efeito suspensivo e restauram a decisão contrária à de mérito, proferida em sede de liminar.

Entendo ser desnecessário o trânsito em julgado para que a deci-

são proferida no julgamento do mérito seja cumprida. Primeiro, porque, ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade — ADIn n. 2.335 — a Corte, tacitamente, revogou a decisão proferida em sede de medida cautelar. Segundo, pela própria presunção de constitucionalidade de que goza a lei. Se ainda não julgada inconstitucional, a lei, conseqüentemente, é considerada constitucional e deve ser cumprida. Ademais, esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADIn n. 711, entendeu que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento. O mesmo critério, penso, deve ser aplicado à hipótese de julgamento de mérito, mesmo que impugnado o correspondente acórdão pela via de embargos de declaração.

Por outro lado, a interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado ou julgamento final da lide.

Por essas razões, julgo procedente a reclamação e determino que a reclamada proceda ao pagamento das diárias em questão na forma prevista pela Lei n. 189/2000.

Voto

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a existência dos embargos declaratórios sugere a ausência de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Busca-se, mediante esse recurso *sui generis*, a integração do que decidido. Ora, se ainda pende de integração o pronunciamento do Plenário, tenho que, conforme salientado pelo Procurador-Geral da República, a reclamação se mostrou temporã. Por isso, peço vênua à Relatora para julgar improcedente o pedido formulado.

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação, nos termos do voto da Relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 23-6-2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

*Procurador-Geral da República, Dr.
Cláudio Lemos Fonteles.
Luiz Tomimatsu,
Coordenador.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 248.164, DE SANTA CATARINA (2000/0012789-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Gian Marco Nercolini e outros

Recorrido: César João Cim

Advogados: Darci Manoel Gonçalves e outro

Ementa

Recurso especial. Administrativo. Membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Licença-prêmio. Conversão em pecúnia. Falta de legislação específica. Inadequada aplicação analógica do Estatuto dos Funcionários Públicos Estaduais. Precedentes do STJ. Recurso especial provido.

A Lei Complementar n. 40/81, que estabelece normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual, não prevê a concessão de licença-prêmio dentre aquelas conferidas aos membros do Parquet. Desse modo, sendo a única interpretação possível na espécie a restritiva, é inadequada a aplicação subsidiária, ainda que autorizada pela Lei Complementar estadual n. 17/82, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná. Precedentes do STJ.

Recurso especial provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 25 de maio de 2004
(data do julgamento).

*Ministra Laurita Vaz,
Relatora.*

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa, assim ementado:

“Promotor de Justiça aposentado. Pedido de indenização de licenças-prêmio e férias não gozadas.

“Provado que o autor não gozou desses benefícios enquanto na ativa, tem ele direito à indenização em

pecúnia, eis que ‘É dever da administração propiciar o gozo de férias anuais de seus servidores. Do contrário, será obrigada a indenizar o servidor, mesmo o aposentado voluntariamente’ (STJ, REsp n. 69.379-DF, DJU de 12-2-96, p. 2.453).

“Orientação pacificada nesta Corte, entre outros, na AC n. 52.072, 3ª Câmara Civil, Des. Eder Graf; AR n. 1996.005962-8, Primeiro Grupo, Des. Nelson Schaefer Martins (DJ n. 9.861, de 26-11-97) e Processo Administrativo n. 839, Órgão Especial, Des. Alcides Aguiar.

“Preliminares rejeitadas, a de nulidade da sentença, por ilíquida, porque o pedido é de indenização como for apurado em liquidação, a par de que, reconhecido o direito na fase cognitiva, o pagamento será feito em função dos vencimentos da época da liquidação do débito. A de impossibilidade jurídica do pedido porque se confunde com o mérito.

“Apelo e remessa desprovidos” (fl. 99).

A essa decisão foram opostos embargos de declaração (fls. 107 a 113), os quais restaram parcialmente providos, consoante se verifica da seguinte ementa:

“Embargos declaratórios.

“Provimento parcial, porque omitido exame de ponto reputado fundamental pelo embargante, sem efeitos infringentes, contudo, porque o exame do aludido ponto não implica em modificação do julgado” (fl. 119).

Em seguida, rejeitados os novos declaratórios de fls. 125 a 130, ante a ausência de omissão ou contradição a suprir e a eliminar (fl. 136).

Sustenta o Estado recorrente, nas razões do especial, afronta aos arts. 40 da Lei Complementar Federal n. 40/81 (Lei Orgânica do Ministério Público — LOMP), 459, parágrafo único, e 460, ambos do Código de Processo Civil, e 159 do Código Civil.

Afirma que não existe amparo legal, quer na legislação federal quer na local, à interpretação de que aos Membros do Ministério Público estadual é garantido o direito à licença-prêmio. Dessa forma, entende que não pode o legislador estadual ou o intérprete da lei ampliar os benefícios estendidos aos referidos membros do *Parquet*.

Assevera, ainda, que, nos termos do que dispõe o art. 159 do Código Civil de 1916, competia ao recorrido comprovar a culpa do Estado pela não-utilização do benefício perseguido. De outro lado, aduz que, em ofensa aos arts. 459, parágrafo único, e 460, ambos do Código de Processo Civil, foi o Estado condenado em quantia superior à hipoteticamente devida.

Alega, ao final, dissídio jurisprudencial, colacionando, para tanto, julgados do STF e desta Corte para demonstrá-lo.

Contra-razões apresentadas às fls. 195 a 206.

Inadmitido o recurso na origem, subiram os autos ao exame desta

Corte, por força do provimento ao agravo de instrumento oportunamente interposto.

Voto

A irresignação merece acolhida.

Não há na Lei Complementar n. 40/81, que estabelece normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual, previsão de concessão de licença-prêmio dentre aquelas conferidas aos membros do *Parquet*. Dessa forma, sendo a interpretação possível na espécie a restritiva, não se permite aplicar, ainda que autorizado pela Lei Complementar estadual n. 17/82, subsidiariamente, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Paraná, a pretexto de vedar o locupletamento indevido da Administração.

Por oportuno, valho-me, por se tratar de hipótese idêntica, de excertos do voto do Ministro José Arnaldo da Fonseca proferido no julgamento do REsp n. 439.662/SC, *litteris*:

[...]

“O *decisum* concluiu que tal legislação não contempla proibição à concessão de licença-prêmio e, por outro lado, que a Lei Complementar n. 17/82 autoriza a aplicação subsidiária da Lei n. 6.745/85, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Santa Catarina e mantém a licença-prêmio como direito dos servidores.

“Ora, os membros do Ministério Público seguem legislação especí-

fica, que conforme bem salientou o Estado recorrente não contempla o alegado direito.

[...]

“Veja que a legislação de regência nem mesmo contempla o benefício da licença-prêmio aos membros do Ministério Público, o que impossibilitaria, por óbvio, sua conversão em pecúnia.

“Analisando caso semelhante, o nobre Ministro Anselmo Santiago considerou:

‘Como se vê ao exame da inicial, o impetrante não apontou qualquer diploma legal que amparasse o seu pedido, usando apenas (e sem o devido acerto) norma legal que se pretende invocável por analogia, mas que, como apregoadado no aresto recorrido, não se tem como utilizá-la ao caso vertente, posto que cuida de situação diversa que a abordada na peça inicial, visto que, naquela, se prevê o pagamento de 1/3 das férias ao servidor, enquanto a pretensão vestibular fala em indenização a um magistrado (que tem estatuto próprio), das que não foram gozadas. Coisas, como se vê, completamente diversas [...]’ (RMS n. 6421/PR, DJ 6-4-98).

“Em sua ementa consignou:

‘Recurso em mandado de segurança — Férias não gozadas — Magistrado aposentado — Pretensão ao recebimento em pecúnia — Inexistência de amparo legal.

[...]

‘2. Não é possível o recurso de analogia, se diversas as situações invocadas e distintos os diplomas legais pertinentes, cada um com seu campo de ação perfeitamente estanque e sem influência de um no outro [...]’ (DJ de 22-4-2003).

Confiram-se mais alguns julgados desta Corte Superior, *in verbis*:

“Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Promotor de justiça. Licença-prêmio. Ausência de previsão legal.

“A Lei Complementar do Estado do Espírito Santo, que dispõe sobre o estatuto dos membros do Ministério Público, não prevê a concessão de licença-prêmio, sendo incabível, na espécie, a aplicação subsidiária da Lei Complementar Federal n. 75/93, que trata do Ministério Público da União.

“Recurso ordinário desprovido” (RMS n. 12.387/ES, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 24-3-2003).

“Administrativo. Constitucional. Promotor de justiça. Tempo de serviço municipal. Conversão. Pecúnia. Licença especial.

“1. Conquanto o tempo de serviço público prestado por membro do Ministério Público do Estado do Maranhão, inclusive a órgão da administração indireta, possa ser computado para todos os efeitos, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 13/91, não há previsão legal expressa acerca da conversão em pecúnia de licença especial não gozada, sendo a interpretação na espécie restritiva.

“2. Recurso ordinário provido” (RMS n. 10.239/MA, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 25-10-99).

“Processual civil. Incompetência do Tribunal de Justiça local. Matéria constitucional. Prescrição. Não ocorrência. Licença-prêmio de magistrado. Ausência de amparo legal.

“I — Se para o deslinde da questão é necessário adentrar em matéria constitucional, o recurso não pode ser analisado porquanto matéria própria de apelo extraordinário para a Augusta Corte.

“II — Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que o termo inicial para prescrição do pedido de indenização de licença-prêmio não gozada é a data da aposentadoria (Precedentes).

“III — A Loman não previu o gozo de licença-prêmio para os magistrados, não podendo outra lei federal ser aplicada para a concessão de tal direito.

“Recurso parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido” (REsp n. 4786.464/SC, rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3-1-2003).

Ante o exposto, em consonância com os precedentes jurisprudenciais firmados por esta Corte, conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido, julgando improcedente o pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência, a serem calculados sobre o valor da causa.

É como voto.

*Ministra Laurita Vaz,
Relatora.*

RECURSO ESPECIAL N. 614.222, DE SANTA CATARINA (2003/0222934-5)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Marlene Althoff Netto

Advogados: Maureci Marcelo Velter e outro

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procuradores: Vinícius de Carvalho Madeira e outros

Ementa

Previdenciário — Recurso especial — Aposentadoria por idade — Tempo de serviço rural — Regime de economia familiar — Início de prova documental — Certidão de casamento — Concessão do benefício — Precedentes.

Na esteira de sólida jurisprudência da 3ª Seção (cf. EREsp ns. 176.089/SP e 242.798/SP), afasta-se a incidência da Súmula 7/STJ para conhecer do recurso.

No caso em exame, foram produzidas provas testemunhais, que comprovam a atividade rurícola exercida pela autora, tais como certidão de casamento, qualificando seu marido como lavrador, e declaração de exercício de atividade rural, expedida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alfredo Wagner — Estado de Santa Catarina.

Ademais, a própria Autarquia Previdenciária, reconhecendo o exercício da atividade agrícola em regime de economia familiar, concedeu de forma administrativa o benefício de aposentadoria por idade, em 31-1-2002, conforme carta de concessão junta da aos autos às fls. 102 e 103.

Os documentos acostados aos autos constituem a prova documental exigida pela legislação pertinente, que demonstram a atividade rurícola da autora, razão pela qual, presentes os requisitos legais exigidos pela legislação previdenciária, há que lhe ser mantido o benefício de aposentadoria por idade.

Precedentes desta Corte.

Recurso conhecido e provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com quem votaram os Srs. Ministros Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 3 de junho de 2004
(data do julgamento).

*Ministro Jorge Scartezzini,
Relator.*

Relatório

Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Marlene Althoff Netto interpõe recurso especial com fundamento no artigo 105, III, alínea c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 90 a 98, proferido pela colenda Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja decisão encontra-se assim ementada, *verbis* (fl. 98):

“Previdenciário. Aposentadoria por idade. Rurícola. Regime de economia familiar. Descaracterização.

“1. O que caracteriza o exercício de atividade rural, em regime de economia familiar ou até mesmo individualmente, é a indispensabilidade do trabalho agrícola à subsistência do grupo ou do indivíduo.

“2. Não sendo o trabalho prestado pela autora indispensável à sobrevivência, nem ao menos constituindo principal meio de sustento da família, resta descaracterizado o trabalho agrícola em regime de economia familiar.

“3. Apelação e remessa oficial providas”.

Sustenta a recorrente, em síntese, a ocorrência de dissídio jurisprudencial, por meio da decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação Cível n. 1999.40.00.000135-3/PI, de relatoria do MM. Juiz Aloísio Palmeira Lima, publicada no DJU de 7-6-2002.

Aduz que os documentos juntados aos autos comprovam a atividade rurícola da autora, tanto que o próprio INSS, reconhecendo o exercício da atividade agrícola em regime de economia familiar, concedeu de forma administrativa o benefício, em 31-1-2002, conforme carta de concessão juntada aos autos às fls. 102 e 103.

Apresentadas contra-razões (fls. 123 a 125).

Admitido o recurso (fl. 127), subiram os autos, vindo-me conclusos.

Voto

Sr. Presidente, insurge-se a recorrente contra o v. acórdão proferido pela colenda Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em ação declaratória objetivando a concessão do benefício previden-

ciário de aposentadoria por idade, modificou a sentença monocrática concessiva do benefício, sob o argumento de que restou descaracterizado o exercício da atividade rural da autora em regime de economia familiar.

Estando divergência jurisprudencial demonstrada, afastado a incidência do verbete sumular 356/STF *para o exame do recurso, com fulcro na alínea c do permissivo constitucional*.

Primeiramente registro que, não tendo o Tribunal *a quo* reconhecido, expressamente, o direito da autora em face às provas documentais produzidas, não poderia este Colegiado Superior, por via excepcional, reformar tal julgado, em virtude da vedação contida na Súmula 7/STJ, porquanto o exame do conjunto probatório é mister reservado às instâncias ordinárias. Seria caso de não conhecimento do recurso.

Todavia, ressalvado meu ponto de vista, por ser este um Tribunal Superior de Uniformização, curvo-me ao sólido entendimento da egrégia 3ª Seção, no sentido de que a exigência legal para a comprovação da atividade laborativa do rurícola resulta num mínimo de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, certidão de casamento, ou mesmo assentos de óbito, em se tratando de pensão.

Nesse sentido, esta Corte, sensível à dificuldade do rurícola na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, afastando a Súmula 7, firmou convicção no sentido *supra*.

Ademais, numa interpretação mais abrangente, vem estendendo à esposa a qualificação profissional de lavrador do marido, em razão da própria situação de atividade comum ao casal.

Nessa esteira, transcrevo os seguintes precedentes da eg. 3ª Seção, assim ementados:

“REsp. Previdenciário. Trabalhador rural. Certidão de casamento. Início de prova material.

“A certidão de casamento, onde o marido aparece como lavrador, se constitui em início razoável de prova material, extensível até mesmo à esposa, apta à comprovação da condição de rurícola para efeitos previdenciários.

“Precedentes.

“Embargos providos” (REsp n. 176.089/SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJU de 27-9-1999).

“Previdenciário. Rurícola. Prova testemunhal. Certidão de casamento. Marido. Lavrador. Extensão. Prova material.

“1. Verificada a existência de certidão de casamento reconhecendo a atividade de rurícola do marido, é de se estender à sua mulher esta condição, para fins de obtenção de aposentadoria por idade, desde que aliada a idônea prova testemunhal.

“2. Precedentes.

“3. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 242.798/SP, rel. Minis-

tro Hamilton Carvalhido, DJU de 1º-8-2000).

No caso em exame, foram produzidas provas testemunhais (fls. 66 e 67), que comprovam a atividade rurícola exercida pela autora, tais como certidão de casamento, qualificando seu marido como lavrador (fl. 35), e declaração de exercício de atividade rural, expedida pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alfredo Wagner — Estado de Santa Catarina (fl. 38).

Ademais, a própria Autarquia Previdenciária, reconhecendo o exercício da atividade agrícola em regime de economia familiar, concedeu de forma administrativa o benefício, em 31-1-2002, conforme carta de concessão juntada aos autos às fls. 102 e 103.

Assim, a teor da jurisprudência mencionada, os documentos acostados aos autos constituem a prova documental exigida pela legislação pertinente, que demonstram a atividade rurícola da autora e presentes os requisitos legais exigidos pela legislação previdenciária, há que lhe ser mantido o benefício de aposentadoria por idade.

Por tais fundamentos, conheço do recurso, nos termos acima expostos, e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão de origem, restabelecer a r. sentença monocrática em todos os seus termos.

É como voto.

Ministro Jorge Scartezini.

RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO NO MS N. 12.431, DE SANTA CATARINA (2000/0099281-0)

Relator: Ministro Paulo Medina

Recorrente: Sigfrido Maus

Advogados: Ricardo Augusto Ferro Halla e outros

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Paulo Roney Ávila Fagundez e outros

Ementa

Recurso ordinário em mandado de segurança. Direito administrativo. Estado de Santa Catarina. Militar. Exercício de cargo em comissão no Poder Executivo. Gratificação. Incorporação.

Se ao servidor civil é conferido o direito à gratificação pelo exercício de cargo comissionado e à incorporação respectiva, fere o princípio da isonomia estender ao militar, que exerça cargo comissionado no âmbito do Poder Executivo, o mesmo direito à gratificação, mas vedar-lhe o direito à incorporação correspondente.

Precedentes.

Recurso provido, segurança concedida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da

Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Minis-

tro Hamilton Carvalho, que fará declaração de voto.

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Dr. José do Espírito Santo sustentou oralmente pelo recorrente.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalho.

Brasília (DF), 14 de outubro de 2003
(data do julgamento).

*Ministro Paulo Medina,
Relator.*

Relatório

Trata-se de recurso ordinário interposto por Sigfrido Maus contra acórdão (fls. 190 a 198) proferido pelo Primeiro Grupo de Câmaras Civas do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a segurança impetrada contra ato do Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, consistente no indeferimento administrativo da incorporação aos vencimentos da gratificação percebida pelo exercício de cargo em comissão no Poder Executivo.

A decisão recorrida restou assim ementada (fl. 190):

“Policial militar — Cargo em comissão na esfera civil — Agregação — Impossibilidade — Inaplicável o Estatuto dos Funcionários Públicos Civas aos policiais militares — Estatuto próprio.

“Por força da Constituição Federal, ‘os integrantes das Polícias Militares dos Estados não são servidores civis: são militares, integrados no regime militar, subordinados à hierarquia, à disciplina e à jurisdição de caráter militar, ao mesmo tempo que protegidos pelas garantias específicas da carreira militar. Por isso, e como primeiro ponto a fixar para a solução do caso *sub judice*, não me parece admissível sustentar-se que ao militar estadual seja aplicável o estatuto do funcionalismo civil, ou que, para certos efeitos, esteja ele equiparado aos servidores civis’ (Min. Oswaldo Trigueiro, RDA 100/108).

“Não lhes são aplicáveis, salvo expressa previsão legal, as normas do Estatuto dos Funcionários Públicos Civas do Estado. Deste modo, não fazem jus à denominada ‘estabilidade financeira’”.

Sustenta o recorrente que “quando um servidor — no caso vertente, um militar — é chamado a exercer um cargo comissionado ou uma função de confiança, ele passa a ser regido pelo diploma legal que regula as normas incidentes sobre tal cargo ou função, assumindo a Administração, em contrapartida, os deveres, as responsabilidades e as prerrogativas atinentes a tal diploma” (fl. 239).

Acrescenta que, “considerando que o Estatuto Funcional de regência o autoriza, tem-se, como consectário lógico, o direito do servidor militar investido nesta condição ao recebimento dos direitos e vantagens — *in casu* estabilidade financeira — deferidos pelo mesmo edito” (fl. 239).

Por fim, assevera que “nem seria admissível que o Estado, designando militares para o desempenho de funções civis, e pagando-lhes complementação de modo a remunerá-los pelo exercício da função civil em valor igual ao que os civis perceberiam, não conferisse aos militares o mesmo tratamento” (fl. 239).

Requer o provimento do recurso e a concessão da ordem, para que seja incorporado aos seus proventos 100% (cem por cento) da gratificação percebida enquanto Assessor Militar da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina.

Contra-razões pelo Estado de Santa Catarina (fls. 248 a 250), aduzindo que a agregação pretendida pelo impetrante estava prevista no artigo 90 da Lei n. 6.745/85 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina —, enquanto que os policiais militares são regidos por estatuto próprio, não se lhes aplicando a incorporação pleiteada, restrita aos servidores públicos civis.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 263 a 267), opinando pelo improvimento do recurso, assim ementado:

“Recurso em mandado de segurança. Agregação de valor referente a ocupação de cargo em comissão. Ausência de previsão no diploma legal que rege a carreira. Inexistência de direito líquido e certo. Parecer pelo improvimento do recurso”.

Voto

O impetrante Sigfrido Maus, ora recorrente, exerceu o cargo comissionado de Assessor Militar da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina durante 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 18 (dezoito) dias.

Com base no artigo 90 da Lei n. 6.745/85 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina —, pleiteia a agregação à sua remuneração da gratificação percebida pelo exercício do referido cargo comissionado.

Se ao servidor civil é conferido o direito à gratificação pelo exercício de cargo comissionado e à incorporação respectiva, fere o princípio da isonomia estender ao militar, que exerça cargo comissionado no âmbito do Poder Executivo, o mesmo direito à gratificação, mas vedar-lhe o direito à incorporação correspondente.

Torna-se esmaecido o argumento da Administração de que aos militares não se aplica o estatuto do funcionalismo civil, haja vista que estende o direito à gratificação, mas não à incorporação, utilizando-se, pois, de dois pesos e duas medidas.

O militar, no exercício de cargo comissionado perante o Poder Executivo, deve gozar dos mesmos direitos conferidos ao servidor civil na hipótese, jungindo-se, nesta extensão, ao estatuto do funcionalismo civil.

Nesse sentido, precedente da colenda Quinta Turma desta Corte, re-

latado pelo Ministro Jorge Scartezzini, no julgamento do ROMS n. 14.636—SC em 6-8-02, *verbis*:

“Constitucional — Recurso ordinário em mandado de segurança — Servidor público militar — Função comissionada — Lei Estadual n. 6.745/85 (art. 90) — Agregação — Irredutibilidade de vencimentos — Direito adquirido.

“1 — A vantagem, fixada em lei, conferida ao servidor público pelo exercício durante certo tempo de cargo de confiança, agrega-se ao vencimento, como garantia de estabilidade financeira, e não pode ser abolida, sob pena de ferir o princípio de irredutibilidade de vencimentos e do direito adquirido.

“2 — No caso *sub judice*, tendo o impetrante, ora recorrente, exercido durante o período de 16-3-1983 a 8-3-1996 (13 anos consecutivos) cargo em comissão de Assessoria Militar, na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, percebendo a vantagem de 100%, respaldado na Lei Estadual n. 6.745/85 c/c as Resoluções ns. 593/81 e 1.656/89, tem o mesmo direito à agregação de tal vantagem aos seus proventos.

“3 — Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a segurança, nos termos em que pleiteada na inicial. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios a teor das Súmulas 105/STJ e 512/STF”.

Esta egrégia Sexta Turma já se manifestou sobre a matéria no julga-

mento do ROMS n. 14.002—SC em 6-3-03, relatado pelo eminente Ministro Fontes de Alencar, estendendo a militar o direito à incorporação da gratificação percebida em razão do exercício de cargo em comissão no Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, *litteris*:

“Recurso ordinário em mandado de segurança.

“Policial Militar. Agregação de vantagem a proventos.

“Precedente.

“Recurso atendido”.

Portanto, se ao servidor civil é conferido o direito à gratificação pelo exercício de cargo comissionado e à incorporação respectiva, fere o princípio da isonomia estender ao militar, que exerça cargo comissionado no âmbito do Poder Executivo, o mesmo direito à gratificação, mas vedar-lhe o direito à incorporação correspondente.

Posto isso, provejo o recurso e concedo a segurança.

Custas *ex lege*.

Sem honorários advocatícios (Súmula 105 do STJ).

Ministro Paulo Medina,
Relator.

Voto-Vogal

Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar: Senhor Presidente, o eminente Ministro Relator já mencionou um precedente do qual fui relator, apenas

anotando, no particular, que não se trata, evidentemente, de *habeas corpus*.

Gostaria de lembrar que o militar tem a sua especificidade como instituição, como corporação, mas, em uma visão mais ampla, trata-se de servidor público, tanto é que assim reconheceu o Supremo Tribunal Federal e temos reconhecido na hipótese de aplicação da Lei n. 8.880, que é aquela do reajuste salarial de 28,6%.

Acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, dando provimento ao recurso e concedo a segurança.

Voto vencido

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Presidente): Senhores Ministros, estou a divergir do ilustre Ministro Relator, que deu provimento ao presente recurso ordinário.

É que, do exercício de cargo em comissão não decorre pura e simplesmente nenhum direito à incorporação, que há de ser sempre prevista em lei.

Prevista legalmente a incorporação de percentuais em razão do exercício de cargo em comissão por parte de servidor civil, por certo tal direito não se estende ao militar que eventualmente venha a exercer cargo em comissão, submetido que está a regime jurídico diverso, como na espécie.

Não há falar, por certo, nem em isonomia, nem em extensão, uma vez que o direito à incorporação é próprio

do regime jurídico dos servidores civis, não se aplicando ao militar, submetido que se acha à regência de seu específico estatuto.

Peço vênia ao Sr. Ministro Relator para negar provimento ao recurso.

Voto

O Senhor Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, tenho de longo tempo compreensão firmada sobre a matéria.

Sendo de Santa Catarina, sei que a orientação até então adotada no Tribunal de Justiça era no sentido oposto. Fui relator de um desses casos. É bem verdade que em ação ordinária.

Peço vênia a V. Exa., mas sempre entendi que o direito à percepção dessa vantagem incorporada, no caso de Santa Catarina, advinha de expressão determinação legal, que hoje não mais existe. Não há mais agregação em Santa Catarina — nem sei se existe em outros setores do serviço público do País.

Na legislação de Santa Catarina não se fazia nenhuma distinção. Com todo respeito, assim, não pode prevalecer o fundamento utilizado pelo acórdão, segundo o qual os militares têm peculiaridades em sua carreira que não lhes asseguram a percepção dessa vantagem.

Não comungo dessa compreensão, na linha de inúmeros outros pre-

cedentes do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina e, também, no contido no voto do Ministro Paulo Medina e em julgados tanto da Quinta Turma quanto desta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Por isso, Senhor Presidente, tendo em conta que o ora recorrente preenche os requisitos legais, pois desempenhou por mais de 5 anos funções gratificadas — em Santa Catarina a incorporação se dava à razão de 20% ao ano —, não vejo como

deixar de reconhecer seu direito à percepção do benefício de que se cuida.

E não poderia, por último, Senhor Presidente, até por conhecer pessoalmente o Coronel Sigfrido Maus, que foi um oficial brilhante da Polícia Militar de Santa Catarina, a quem prestou inestimáveis serviços, de registrar que é de inteira justiça o reconhecimento desse direito.

Pedindo vênha a V. Exa., acompanho o voto do Ministro Paulo Medina, dando provimento ao recurso.

RECURSO ORDINÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.001, DE SANTA CATARINA (2001/0169044-6)

Relator: Ministro Gilson Dipp

Recorrentes: Pedro Júlio Sulsbach e outro

Advogado: Paulo Leonardo Medeiros Vieira

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Governador do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Secretário de Fazenda do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Osmar José Nora e outros

Ementa

Constitucional e administrativo — Norma que assegura a participação de deficientes físicos em concurso público — Art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal — Eficácia limitada — Aplicabilidade mediata — Regulamentação impositiva — Recurso desprovido.

I — O art. 37, inciso VIII, da Magna Carta, é norma de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta. Logo, necessita que o legislador edite lei complementar ou ordinária, de

modo a assegurar a integração de sua eficácia, sem a qual o direito não pode ser exercido.

II — A regulamentação da circunstância pelo legislador ordinário em hipóteses como a presente não é facultativa, mas impositiva. Isto significa dizer que o legislador encontra-se obrigado a emitir a lei e, enquanto assim não o fizer, o direito reclama do não pode ser exercido.

III — No caso dos autos, a Lei Estadual n. 9.899, de 21 de julho de 1995, que regulamentou a participação de deficientes físicos em concursos públicos no Estado de Santa Catarina, foi publicada aos 25 do mesmo mês e ano, sendo que o Edital do certame em discussão teve sua publicação em janeiro de 1995, antes, portanto, da integração da capacidade executória daquela norma constitucional.

IV — Recurso desprovido.

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: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso”. Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Laurita Vaz, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de maio de 2004
(data do julgamento).

*Ministro Gilson Dipp,
Presidente e Relator.*

Relatório

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto

por Pedro Sulsbach e Maria Lúcia Bueno Sander contra v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, denegatório da segurança. A ementa sintetiza o julgado com o seguinte teor:

“Mandado de segurança. Concurso público. Deficientes físicos. Reserva de vagas. Previsão constante do art. 37, VIII, da Constituição Federal. Norma de eficácia contida, dependente de preceito de integração, inexistente à época do edital de abertura do certame, e que só veio a lume, em nosso Estado, quando já nomeados os candidatos aprovados e classificados, observado o limite das vagas oferecidas. Extemporaneidade da fundamentação do *writ* na citada norma constitucional. Denegação da ordem. De outra parte, a reserva, em edital de concurso público, de percentual das vagas oferecidas para deficientes físicos, não os desobriga da aprovação

e da classificação no limite estabelecido, sob pena de afronta ao princípio constitucional da igualdade, e da exigência, de caráter geral, constante do art. 37, II, da Carta Federal, destinada, sem distinção, a todos os concorrentes” (fl. 160).

Foram opostos embargos declaratórios, por meio dos quais os recorrentes apontaram omissão quanto ao fato de terem alcançado nota superior ao mínimo exigido para não serem eliminados.

O recurso integrativo restou acolhido, tão-somente para integrar o julgado, nos seguintes termos:

“Nesse rumo, patenteado o equívoco, mister que se o corrija, provendo-se o recurso para substituir-se, onde houver, a expressão ‘não obtiveram aprovação’ por ‘não obtiveram classificação’” (fl. 179).

Os impetrantes, nas razões do presente recurso, defendem a tese de que a norma inserta no art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, seria dotada de eficácia imediata, afirmando, para tanto, que “não seria justo transpor para os ombros do beneficiário, em tese, da norma legal, a responsabilidade pela omissão do legislador, a quem a Carta Magna cometeu a tarefa da regulamentação” (fl. 183).

Ademais, alegam que a lei regulamentadora da situação deveria ser aplicada retroativamente à época da publicação do Edital, de modo a não agredir o Direito, além de homenagear a Carta Política pátria, que há

seis anos já trazia o princípio regulador da participação de deficientes em concurso público.

Contra-razões às fls. 193 a 210, oportunidade em que o Estado de Santa Catarina afirma a ausência de lei que regulamentasse a situação dos impetrantes, uma vez que o art. 37, inciso VIII, da Magna Carta, é norma não auto-executável, sem nenhuma possibilidade de gerar o direito reclamado por si só. Aduz, também, que mesmo já existindo a Lei Estadual n. 9.899/95 ao tempo da publicação do Edital, reveste-se essa de inconstitucionalidade por vício do respectivo processo legislativo. Por fim, atesta que os impetrantes não foram aprovados no aludido concurso, nem comprovaram ser portadores da deficiência autorizadora do privilégio pretendido.

Parecer do Ministério Público Federal, à fl. 230, opinando pelo desprovimento do recurso.

Voto

Primeiramente, registra-se que o recurso comporta conhecimento, pois foi interposto em tempo hábil e há o recolhimento do respectivo preparo.

Consoante se verifica nos autos, os recorrentes participaram de concurso público para provimento do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais, nos termos do Edital n. 001/95 (fls. 60 a 66), ao fim do qual não foram convocados para a fase de treinamento, porquanto não obtiveram classificação

final suficiente para tal. Impetraram, assim, o Mandado de Segurança de n. 9.251, em que obtiveram liminar garantidora da participação na segunda fase do concurso. No entanto, por não constarem na portaria de homologação do certame, impetraram o presente remédio heróico, com o fim de garantir a nomeação. Mais uma vez a liminar foi concedida (fl. 37).

No julgamento do mérito, a Corte de origem entendeu que “não têm direito os impetrantes ao que postulam, baseado o pleito apenas na norma constitucional invocada, dependente, para o fim colimado, de preceito de integração, que em nosso Estado sobreveio em data posterior à realização do certame” (fl. 164).

No recurso, os impetrantes insistem na alegação de que a norma contida no art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal, contém elementos suficientes para que seja imediatamente aplicada, sustentando, ainda, a tese da retroatividade da lei regulamentadora à data do Edital.

Em que pesem os argumentos expendidos pelos recorrentes, em nenhum momento conseguiram elidir os fundamentos do v. acórdão atacado.

O art. 37, inciso VIII, da Magna Carta, assim dispõe:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

“VIII — a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

A Constituição do Estado de Santa Catarina traz em seu bojo dispositivo sobre os cargos, empregos e funções públicas, o art. 21, cujo inciso V é repetição daquele acima transcrito:

“Art. 21. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, observado o seguinte:

[...]

“V — a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Primeiramente, cumpre tecer algumas considerações acerca da eficácia e aplicabilidade da norma inserta no inciso da Constituição Federal, bem como o da Constituição do Estado de Santa Catarina citados.

Cuida-se de norma de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta. Logo, necessita que o legislador edite lei complementar ou ordinária, de modo a assegurar a integração de sua eficácia, sem a qual o direito não pode ser praticado.

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, *in*

“Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, 6ª ed., p. 122 a 126:

“Ora, as normas de que trata aqui são as não-programáticas dependentes de legislação. São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas.

[...]

“Para distingui-las das normas programáticas (que também são de princípio, esquematizadoras de programas), preferimos designá-las como normas de princípio institutivo, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo.

[...]

“A característica fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.

[...]

“São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.

“As normas constitucionais de princípio institutivo, como as

programáticas [...], são de eficácia jurídica limitada”.

No mesmo sentido é o entendimento da Suprema Corte pátria. Ilustrativamente:

“Constitucional. Previdenciário. Assistência social. Pessoa portadora de deficiência e ao idoso em estado de miserabilidade. CF, art. 203, V; Lei n. 8.742, de 7-12-93. I. Com a edição da Lei n. 8.742/93, tornou-se de aplicabilidade imediata o inc. V do art. 203, CF. II. No caso, a decisão que concedeu o benefício é posterior à citada Lei n. 8.742/93 e concedeu-o a partir da citação, tendo esta ocorrido na vigência da mencionada Lei n. 8.742/93. III. RE não conhecido” (RE n. 315.959/SP, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 5-10-2001).

“Previdenciário. Idoso. Portador de deficiência. Benefício mensal. Embargos recebidos para explicitar que o inc. V do art. 203 da CF tornou-se de eficácia plena com o advento da Lei n. 8.742/93” (RE n. 214.427 AgR—ED—ED/SP, rel. Min. Nelsom Jobim, DJ de 5-10-2001).

Ademais, com esteio naquela doutrina, é de se ressaltar que a regulamentação da circunstância pelo legislador ordinário em hipóteses como a dos autos não é facultativa, mas impositiva. Isso significa dizer que o legislador encontra-se obrigado a editar a lei e, enquanto assim não o fizer, o direito reclamado não pode ser exercido.

In casu, observa-se que a Lei Estadual n. 9.899, de 21 de julho de

1995, que regulamentou a participação de deficientes físicos em concursos públicos no Estado de Santa Catarina, foi publicada aos 25 do mesmo mês e ano, consoante informações, à fl. 101. O Edital do certame em discussão teve sua publicação em janeiro de 1995, antes, portanto, da integração da capacidade executória daquela norma constitucional.

Assim, não merece reforma o v. acórdão *a quo*, que julgou não terem os impetrantes direito ao que postulam, em razão de a norma constitucional invocada depender de preceito de integração.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

*Ministro Gilson Dipp,
Presidente e Relator.*

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.894, DE SANTA CATARINA

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça

Advogado: Edson Konell Cabral

Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Canoinhas — SC

Ementa

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Revogação de portaria. Execução fiscal. Oficial de justiça de Santa Catarina. Dispensa do adiantamento de custas. Exegese da gratificação de 20% estabelecida pelo art. 356 da Lei Estadual n. 5.624/79. Desnecessidade. Art. 39 da Lei n. 6.830/80. Precedentes.

1. Mandado de segurança impetrado no intuito de revogar o art. 2º da Portaria n. 001/02/GJ, de 18-1-2002, sob o argumento de que os filiados da Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça do Estado de Santa Catarina estão sendo obrigados a dar cumprimento às diligências das execuções fiscais, independentemente do recolhimento antecipado de custas.

2. Quanto à exegese da gratificação estabelecida pelo art. 356 da Lei n. 5.624/79, a Fazenda Pública do Estado de Santa

Catarina, especificamente, não pode ser obrigada a antecipar as custas, haja vista que os Oficiais de Justiça daquele Estado já recebem uma gratificação extra, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre seus vencimentos, destinada ao custeio das despesas feitas em razão de diligências, o que dispensa tal adiantamento, o qual, em regra geral, seria de incumbência do Poder Público (União, Estados e Municípios).

3. *Precedentes desta Corte Superior.*

4. *Recurso não provido.*

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de maio de 2004
(data do julgamento).

*Ministro José Delgado,
Relator.*

Relatório

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança que se examina recebeu, por parte do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, no Parecer de fls. 139 a 145 o relato seguinte (fls. 139 a 142):

“Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto pela Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea b, da Carta Magna, contra v. acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou o *writ*.

“A entidade em referência impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Canoinhas/SC, no intuito de revogar o art. 2º da Portaria n. 001/02/GJ, de 18-1-2002, sob o argumento de que seus filiados estão sendo obrigados a dar cumprimento às diligências das execuções fiscais, independentemente do recolhimento antecipado de custas.

“Esclarece que ‘a Circular 138/98 da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, firmada pelo Juiz Corregedor Dr. Ricardo Orofino da Luz Fontes, dirigida aos Juizes de Direito dos Juizados Especiais, acolhida integralmente pelo Corregedor-Geral da Justiça, Dr. Francisco José Rodrigues

de Oliveira Filho (doc. anexo), aconselhou a expedição de portaria para a cobrança das diligências dos oficiais de justiça, no Juizado Especial e na Vara de Fazenda', por entender que 'as custas judiciais não se confundem com as despesas efetuadas pelos Oficiais de Justiça para cumprimento dos Atos Judiciais, assinalando que estas devem ser antecipadas pela União, Estado e Município, pois o Oficial de Justiça não tem obrigação de financiar os atos judiciais em que é autor os entes públicos', fl. 7. E mais adiante, 'concluiu, o juiz Corregedor, o seu entendimento que inexistente impedimento no tocante a expedição de portaria determinando a cobrança das diligências contidas na Resolução n. CM-01/98 do colendo Conselho da Magistratura que fixa o valor da condução devida ao meirinho', fl. 9.

"Ressalta que a gratificação estabelecida pelo art. 356 do Código de Divisão Judiciária — Lei n. 5.624/79 — sobre o vencimento do oficial de justiça com exercício nas varas criminais e da Fazenda Pública, é destinada à satisfação das despesas relativas às diligências que efetuarem. Entretanto, com o advento da Lei Estadual n. 5.907, de 30-6-1981, surgiu a gratificação de diligência de 20%, perdendo, assim, o caráter indenizatório extraído do texto primitivo (Lei n. 5.614/79), esclarecendo, ainda, que o 'texto do referido artigo sofreu diversas alterações, sendo a última a determinada pela Lei Complementar n. 161/97, através de seu artigo 16, que alterou apenas o percentual' para o valor mínimo de

30% e máximo de 100% do vencimento correspondente ao nível 7, referência A, da Tabela de vencimentos do pessoal do Poder Judiciário.

"Liminar indeferida, fl. 56.

"Informações prestadas, fls. 60 a 66.

"O Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina manifestou-se pela denegação do *mandamus*, fls. 69 a 73.

"A Associação formulou pedido de reconsideração do r. despacho que indeferiu a liminar, fls. 74 a 79, indeferido à fl. 84, uma vez que a via eleita não o comporta.

"A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade, não conheceu o *writ* e determinou sua distribuição a uma das Câmaras de Direito Público, sob o seguinte fundamento:

'Mandado de segurança — Portaria editada por juiz de direito — Regulamentação de procedimentos atinentes às execuções fiscais — Competência *interna corporis* — Art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000, com redação modificada pelo Ato Regimental n. 50/2002 — Remessa a uma das Câmaras de Direito Público.

'Nos termos do art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000, com redação modificada pelo Ato Regimental n. 50/2002, a competência para julgar feitos envolvendo entidades no exercício de função pública delegada é das Câmaras de Direito Público' (fl. 91).

“A Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por unanimidade, denegou a segurança, sob o seguinte fundamento:

‘Mandado de segurança — Associação Catarinense dos Oficiais de Justiça — Pretensão de ver revogado dispositivo de portaria que determina o cumprimento de diligências de executivos fiscais independentemente do recolhimento antecipado de custas — Legalidade do ato — Existência de gratificação extra para a compensação de custas (20% sobre o vencimento) — Exegese do art. 356 da Lei n. 5.624/79 – Ordem denegada’ (fl. 104).

“Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso, fls. 110 a 122, reiterando a fundamentação exposta na exordial, sustentando, basicamente, que tal ato deve ser revogado, já que ofende direito líquido e certo ao isentar o município de recolher as custas relativas aos Oficiais de Justiça, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

“O *Parquet* Estadual, fls. 128 a 133, manifestou-se pela inadmissibilidade do recurso”.

O Ministério Público Federal, ao final do parecer apresentado, opinou pelo desprovimento do recurso.

Voto

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Tenho que não há de ser provido o recurso, conforme sugere o Ministério Público Federal no corpo do

parecer já referido, cuja excelente fundamentação adoto como razão de decidir, pelo que a registro (fls. 144 e 145):

“Entretanto, quanto à exegese da gratificação estabelecida pelo art. 356 da Lei n. 5.624/79 a Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina, especificamente, não pode ser obrigada a antecipar as custas, haja vista que os Oficiais de Justiça de Santa Catarina já recebem uma gratificação destinada ao custeio das despesas feitas em razão de diligências, o que dispensa tal adiantamento.

“A propósito, colhem-se os seguintes precedentes:

‘Processual civil. Execução fiscal. Pagamento de postagem de carta citatória pela Fazenda Pública. Desnecessidade. Art. 39 da Lei n. 6.830/80. Art. 27 do CPC. Diferenças entre os conceitos de custas e despesas processuais. Precedentes.

‘1. O Sistema Processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas *pro domo sua*, quando litiga em juízo suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (artigos 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal é clara a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos artigos 7º e 39, da Lei n. 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação.

‘2. ‘A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se

confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por oficial de justiça.

‘3. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há exigir o prévio adimplemento do *quantum* equivalente à postagem de carta citatória’ (REsp n. 443.678/RS).

‘4. Recurso especial provido’ (STJ, 1ª Turma, REsp n. 446.361/RS, Min. rel. Luiz Fux, DJ 24-2-2003, p. 198).

‘Custas — Fazenda Pública — Antecipação — Oficial de justiça.

‘A despeito do entendimento assentado na Súmula 190 do STJ, a Fazenda Pública não pode ser obrigada a antecipar o numerário para o custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça, no caso específico do Estado de Santa Catarina, salvo em situações excepcionais. É que, nesse Estado, os oficiais de justiça com exercício nas varas da Fazenda Pública já recebem uma ‘gratificação de diligência’ correspondente a 20% (vinte por cento) dos seus vencimentos (Lei Estadual n. 5.624/79, art. 356)’ (TRF 4ª Região/1ª Turma, AC n. 04010546835/SC, rel. Amir Sarti, DJ 16-12-1998, p. 277).

‘Processual civil. Oficial de justiça em Santa Catarina. Dispensa do adiantamento de custas em face da gratificação recebida nos termos do art. 356 da Lei n. 5.624/79.

‘1. A peculiaridade da situação dos oficiais de justiça do Estado de Santa Catarina, que recebem gratificação destinada especificamente ao custeio das despesas feitas em razão de diligências (art. 356 da Lei n. 5.624/79) dispensa o adiantamento de custas referido na Súmula 42 desta Corte.

‘2. Agravo provido’ (TRF 4ª Região — 3ª Turma, AGVAG 9704493681/SC, relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 29-4-1998, p. 614)”.

Com efeito, não se pode discordar do afirmado pelo acórdão recorrido, no voto-condutor elaborado pelo eminente relator (fls. 106 a 108):

“É que em Santa Catarina, ao contrário do que acontece em outros Estados, há uma lei (art. 356 da Lei n. 5.624/79) prevendo gratificação extra ao oficial de justiça, no percentual de 20% (vinte por cento) sobre seu vencimento, a fim de compensar a ausência do depósito preliminar que, em regra geral, seria de incumbência do Poder Público (União, Estados e Municípios).

“O dispositivo em comento diz:

‘Art. 356. Os oficiais de justiça com exercício nas Varas do Crime e da Fazenda Pública e de Menores terão direito a uma gratificação de diligência de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento’.

“Tal providência decorre do preceito encampado no art. 39 da Lei n. 6.830/80, em que a Fazenda Pública, na ações executivas fiscais, ficou isen-

ta do pagamento de custas e emolumentos. Ora, seria uma injustiça obrigar os meirinhos a cumprirem as diligências em favor do Poder Público sem nenhum tipo de remuneração. E pior: terem de arcar com as despesas de transporte com o dinheiro do próprio bolso’.

“Assim, o que o art. 356 da Lei n. 5.624/79 visa é adiantar, por meio da folha de pagamento dos oficiais de justiça, as verbas provenientes de gastos com o cumprimento das diligências solicitadas pelo Poder Público.

“Nesse diapasão, colhem-se da jurisprudência catarinense os seguintes julgados:

‘*Ex vi* do art. 356 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, o estipêndio do meirinho é mensalmente composto de valor destinado a dispensar a Fazenda Pública do depósito adequado correspondente à realização de diligências’ (AC n. 1997.008815-9, Des. Francisco Oliveira Filho). No mesmo sentido: TJSC. AI n. 1996.012413-6, rel. Des. Gaspar Rubik; TJSC. AI n. 1998.011943-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; TJSC. AI n. 1999.008146-0, rel. Des. Sérgio Paladino; TJSC. AI n. 2002.014712-0, rel. Des. Newton Trisotto).

“Outra:

‘A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas de oficial de justiça (Súmula 154 do TFR) — Inteligência dos arts. 27 do CPC e 39 da Lei n. 6.830/80 — Súmula 4 do TRF da 3ª Região.

‘Tal entendimento ainda mais se impõe à luz do art. 356 da Lei Estadual n. 5.624/79 (CDOJESC), que concedeu a gratificação de 20% sobre o vencimento do oficial de justiça, com exercício nas Varas da Fazenda Pública, exatamente para ressarcir estes gastos’ (AI n. 1998.001918-4, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Dessa forma, vê-se que o art. 2º da indigitada Portaria não tem nada de ilegal. Primeiro, porque calcada em dispositivo do Código de Divisão e Organização Judiciárias deste Estado (Lei Estadual n. 5.624/79). E segundo, porque o adiantamento de custas, quando se tratar de diligência solicitada pelo Poder Público, já está incluso no vencimento mensal do serventuário.

“Frise-se, não se desconhece a existência de julgados no STJ e STF, no sentido de que os serventuários da Justiça não estão obrigados a efetuar diligências em favor do Poder Público, sem o devido adiantamento de custas, mesmo que estas diligências provenham de executivos fiscais. Tanto isso é verdade que o STJ editou a Súmula 190, que diz:

‘Na execução fiscal, processada perante a Justiça Estadual, cumpre à Fazenda Pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de Justiça’.

“Todavia, esta súmula não tem aplicação no Estado de Santa Catarina, de sorte que, conforme mencionado anteriormente, a Lei Estadual

n. 5.624/79, em seu art. 356, prevê uma gratificação extra de 20% sobre o vencimento do serventuário, a fim de compensar a ausência do depósito antecipado, o que não ocorre, repita-se, com os outros Estados.

“Em verdade, quando da análise da liminar (fl. 56), deveria o Exmo. Sr. Des. Relator ter indeferido pleito (art. 8º, *caput*, da Lei n. 1.533/51), haja vista não ser caso de mandado de segurança. Pacífico é o entendimento doutrinário e jurisprudencial, de ser incabível o manuseio do *writ* contra lei em tese.

“Na espécie, o que Magistrado impetrado fez foi regulamentar um procedimento já previsto em lei (Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina), vislumbrando ser a impetrante carecedora de direito líquido e certo”.

Dessa forma, a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, haja vista que está amparada, analogicamente, pela benesse contida no art. 39 da Lei n. 6.830/80.

Assim, transcrevo trecho do voto proferido, à unanimidade, no ROMS n. 10.349/RS, de relatoria do eminente Min. Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 20-11-2000:

[...]

“Estadeado o fâcies, na trilha da solução, ganha vulto registrar disposições cujos efeitos devem ser considerados:

“— CPC, art. 27: ‘As despesas dos atos processuais, efetuados a re-

querimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido’;

“— Lei n. 6.830/80, art. 39: ‘A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independará de preparo ou de prévio depósito’.

“A focos os padrões legais comemorados, no soar da franquia, convém observar a natureza jurídica das chamadas ‘despesas’ que não se confundem com ‘custas’ e ‘emolumentos’. De imediato, sob pena de ficar desajustado, certo que o direito não pode ignorar as realidades (‘natureza das coisas’), anotadas as diferenças dos nominados ônus processuais, a jurisprudência tem excluído da dispensa as despesas fora da atividade cartorial (p. ex.: perícias, avaliações, publicações de editais na imprensa, rogatórias etc. É o sentido da Súmula 232/STJ). Fora as restritas hipóteses, entende-se que operada a isenção específica privilegiando a Fazenda Pública, os atos judiciais, a final, serão pagos pela parte ou interessado vencido. Por isso, à mão de ilustrar, a alforria do prévio preparo ou depósito de ‘custas e emolumentos’, não estão liberados, porém somente cobráveis ou exigíveis pelas serventias não oficializadas, a final (CPC, art. 27 c/c o art. 39, Lei n. 6.830/80)”.

A ementa do julgado acima reproduzido está assim espelhada:

“Mandado de segurança. Processual civil. Registro de imóveis.

Execução fiscal. Registro de penhora. Custas. Emolumentos. Despesas. Antecipação dispensada. Constituição Federal, artigos 5º, LXXXVI, 28 e 236. Lei n. 6.830/80 (arts. 7º, IV, e 39). Lei n. 8.935/94 (art. 28). CPC, art. 27. Lei Estadual n. 8.121/85.

“1. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos fora da atividade cartorial.

“2. A dispensa de prévio preparo ou depósito de custas e emolumentos não significa ordem isencional. Significa adiamento para que as serventias não oficializadas façam o recolhimento ou cobrança a final. Demais, no caso, o ato restringe-se ao registro de penhora no sítio da execução fiscal.

“3. A interpretação substanciada no aresto procurou o sentido equitativo, lógico e acorde com específica realidade processual. O direito não pode ser injusto ou desajustado às realidades (“natureza das coisas”).

“4. Não merecendo o ato malsinado o labéu de ilegal e abusivo e órfão de hábil demonstração o alegado direito líquido e certo, a segurança pedida não merece entoar o sucesso. Recurso sem provimento”.

Corroborando tal assertiva, trago à colação o posicionamento externado por José da Silva Pacheco, em sua obra *Comentários à Lei de Execução Fiscal* (Ed. Saraiva, 7ª ed., 2000, São Paulo), ao tratar do art. 39 da citada norma:

“A União está isenta de custas, selos, taxas e emolumentos na execução fiscal. Os processos de execução fiscal para cobrança da dívida da União, ainda que em curso perante a justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, estão isentos de qualquer pagamento, seja ele qual for, no que concerne a custas ou despesas judiciais.

“Não paga a taxa judiciária, não paga selo nas petições ou papéis juntos aos autos; não paga remuneração aos cartórios ou órgãos auxiliares, tais como depositários, avaliadores, partidores etc. Não há exigência de taxa judiciária, de selos ou estampilhas ou papel selado, de comissões, custas, emolumentos, dos serventuários, preparo etc. Invoque-se o art. 150, IV, a, da CF, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre serviços uns dos outros, e interprete-se o art. 1.212, parágrafo único, do CPC, amplamente. Não só os atos judiciais, nos processos em que a autora é a União, estão isentos desses pagamentos. O privilégio e a isenção são recíprocos entre a União, Estados e Municípios”.

Ainda, vale ressaltar que, de acordo com o disposto no parágrafo único do dispositivo em comento, a Fazenda Pública, se vencida, é obrigada a ressarcir a parte vencedora no que houver adiantado a título de custas, o que se coaduna com o art. 27 do Código de Processo Civil, não havendo, dessa forma, riscos de se criarem prejuízos à parte adversa com a concessão de tal benefício isencional.

No mesmo sentido, mais este precedente:

“Processual civil. Execução fiscal. Pagamento de postagem de carta citatória pela Fazenda Pública. Desnecessidade. Diferenças entre os conceitos de custas e despesas processuais.

“1. A citação postal constitui ato processual abrangido no conceito de custas processuais, de cujo pagamento a Fazenda está dispensada, por força do art. 39 da Lei n. 6.830/80. Não se confunde com despesas processuais, tais como os honorários de perito e os valores relativos a diligências promovidas por oficial de justiça. É indevida, portanto, a exigência de prévio adimplemento do valor equivalente à postagem de carta citatória.

“2. Recurso especial provido” (REsp n. 579.320/SC, 1ª Turma, DJ de 22-3-2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki).

“Processual civil. Execução fiscal. Pagamento de postagem de carta citatória pela Fazenda Pública. Desnecessidade. Art. 39 da Lei n. 6.830/80. Art. 27 do CPC. Diferenças entre os conceitos de custas e despesas processuais. Precedentes.

“1. O Sistema Processual exonera a Fazenda Pública de arcar com quaisquer despesas, *pro domo sua*, quando litiga em juízo, suportando, apenas, as verbas decorrentes da sucumbência (arts. 27 e 1.212, parágrafo único, do CPC). Tratando-se de execução fiscal é clara a lei quanto à exoneração, consoante se colhe dos

arts. 7º e 39 da Lei n. 6.830/80. Enquanto não declarada inconstitucional a lei, cumpre ao STJ velar pela sua aplicação.

“2. ‘A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por oficial de justiça.

‘3. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há exigir o prévio adimplemento do *quantum* equivalente à postagem de carta citatória’ (REsp n. 443.678/RS).

“4. Recurso especial provido” (REsp n. 464.274/RS, 1ª Turma, DJ de 2-6-2003, rel. Min. Luiz Fux).

“Processual civil. Execução fiscal. Pagamento de postagem de carta citatória pela Fazenda Pública. Desnecessidade. Art. 39 da Lei n. 6.830/80. Art. 27 do CPC. Diferenças entre os conceitos de custas e despesas processuais. Precedentes.

“1. A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartorial, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por oficial de justiça.

“2. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das

custas, não há que se exigir o prévio adimplemento do *quantum* equivalente à postagem de carta citatória.

“3. Não há violação ao art. 1.212 do CPC, quando a demanda é proposta perante a Justiça Federal, como é o caso dos autos.

“4. Precedentes desta Corte Superior.

“5. Recurso especial provido” (REsp n. 443678/RS, 1ª Turma, DJ de 7-10-2002, deste Relator).

“Processual civil. Execução fiscal. Pagamento de postagem de carta citatória pela Fazenda Pública. Desnecessidade. Art. 39 da Lei n. 6.830/80, art. 27 do CPC. Diferenças entre os conceitos de custas e despesas processuais.

“1. A citação postal constitui-se ato processual cujo valor está abrangido nas custas processuais, e não se confunde com despesas processuais, as quais se referem ao custeio de atos não abrangidos pela atividade cartoral, como é o caso dos honorários de perito e diligências promovidas por oficial de justiça.

“2. Como a Fazenda Pública não está obrigada ao pagamento das custas, não há exigir o prévio adimplemento do *quantum* equivalente à postagem de carta citatória.

“3. Não há violação ao art. 1.212 do CPC, quando a demanda é proposta perante a Justiça Federal, como é o caso dos autos.

“4. Recurso especial provido” (REsp n. 338.454/RS, 1ª Turma, DJ de 4-3-2002, desta relatoria).

O mesmo entendimento aqui sufragado foi externado no julgamento dos REsp ns. 463.181/RS, 463.203/RS, 446.299/RS, 447.541/RS, 444.713/RS, todos deste Relator.

Assim sendo, corroboro, na íntegra, as assertivas desenvolvidas no venerando acórdão hostilizado e no douto Parecer Ministerial, pelo que não há conceder a segurança almejada, sendo, pois, desnecessários quaisquer acréscimos ao acima delineado.

Por tais razões, desprovejo o presente recurso.

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

TRIBUNAL PLENO

AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

AGRAVO (ART. 4º DA LEI N. 4.348/64) NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2004.020089-7, DE JOINVILLE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Agravo do art. 4º da Lei n. 4.348/64 – Pedido de suspensão de liminar que determinou a cobrança da tarifa de limpeza urbana – Lesão à economia pública – Efeito multiplicador – Possibilidade de cobrança da prestação do serviço por tarifa – Recurso desprovido.

Os serviços de coleta, transporte e industrialização de resíduos sólidos, por se tratar de serviços de utilidade pública, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por taxas, quando prestados pela Administração Pública. No entanto, tais serviços, devido o seu caráter comercial-industrial e não-administrativo ou jurisdicional, podem ser delegados a terceiros, mediante desafetação e delegação, para serem colocados em regime de concessão e, por conseguinte, remunerados mediante tarifa.

Ocorre a possibilidade de lesão à economia pública, em face do denominado “efeito multiplicador”, tendo-se em conta que de-

cisões como a que restou suspensa, somadas à inadimplência na ordem de 40% dos contribuintes, conforme consignado pelos próprios agravantes, levaria o município a uma verdadeira quebra na prestação do serviço.

Não se mostra aparente a ofensa ao princípio da legalidade tributária, a cobrança direta ao usuário de tarifa pela empresa concessionária, referente a serviço público por ela mesma prestado e autorizado por lei que colocou sob o regime de concessão pública serviço municipal de caráter industrial e comercial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 4º, § 3º, da Lei n. 4.348/64) no Pedido de Suspensão de Liminar n. 2004.020089-7, da comarca de Joinville (Vara da Fazenda Pública), em que são agravantes Celestina Carmen da Maia e Vandir José Daronco, sendo agravado o município de Joinville:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Celestina Carmen da Maia e Vandir José Daronco, irresignados com o teor do despacho de fls. 268 a 272 que suspendeu parcialmente a medida liminar concedida pelo Juízo *a quo* para autorizar o Município a cobrar a tarifa de limpeza urbana no que se refere ao recolhimento e transporte dos resíduos domiciliares sólidos e compactáveis, interpuseram agravo com fulcro no art. 4º da Lei n. 4.348/64 e da Lei n. 8.437/92 visando à revogação da decisão impugnada para que fique integralmente suspenso o tributo referido.

Sustentaram, inicialmente, que o argumento de prejuízo ao erário público seria insubsistente, ressaltando que não seria a suspensão da tarifa para três cidadãos que causaria lesão à economia pública, considerando-se, ainda, a inadimplência municipal que estaria na ordem de 40% dos contribuintes.

Em seguida, discorreram acerca da inexigibilidade de cobrança do tributo, ante a impossibilidade de sua cobrança por meio de tarifa, uma vez que se trata de serviço público compulsório, essencial, específico e divisível, apenas passível de ser cobrado mediante taxa.

Por fim, requereram a suspensão do despacho impugnado para que seja mantida na íntegra a liminar concedida pelo Juízo *a quo*.

É o relatório.

Em preliminar, cumpre destacar que, não obstante ser apenas o Poder Público parte legítima para formular pedido de suspensão de liminar, contra esta decisão é legítima qualquer que seja a parte contrária, ainda que

pessoa física, como no presente caso, conforme se infere da interpretação do art. 4º da Lei n. 4.348/64:

“Art. 4º — Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato.

Verifica-se, portanto, que não há vedação à parte que se sentir prejudicada com a suspensão, seja de interesse público ou particular, de agravar, nos termos da referida lei, uma vez que não há menção acerca da irrecorribilidade da decisão prolatada pelo Tribunal para qualquer dos litigantes.

No mérito, cinge-se a irresignação dos ora agravantes nos seguintes argumentos:

1 — não restou comprovado o perigo de lesão à economia pública, visto que se trata da suspensão da exigibilidade da tarifa para apenas três contribuintes;

2 — o serviço prestado não é passível de cobrança por meio de tarifa, uma vez que é compulsório, essencial, divisível e específico, devendo ser mantido por taxa.

Razão não assiste aos agravantes quanto ao primeiro item, referente

à ausência de perigo de lesão à economia pública, porquanto não se trata apenas de três impetrantes, mas também do efeito multiplicador de decisões como a que restou suspensa que, somadas à inadimplência na ordem de 40% dos contribuintes, conforme consignado pelos próprios agravantes à fl. 257, levaria o Município a uma verdadeira quebra na prestação do serviço.

Registra-se, por oportuno, que o efeito multiplicador vem sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça como fundamento suficiente para suspender decisões proferidas contra o Poder Público, ora relacionando-o ao prejuízo à economia pública, ora à lesão à ordem pública. A exemplo, citamos: do STJ, Pet. n. 1776, decisão do Min. Nilson Naves, e SS n. 1051, decisão do Min. Nilson Naves; e do STF, os AGRSS ns. 1307/PE, 1887/PA e 1863/RJ, da relatoria do Min. Carlos Velloso, todos julgados pelo Tribunal Pleno.

Sustentam, ainda, os agravantes, no segundo item do recurso, que a coleta de lixo representa um serviço essencial e compulsório, divisível e específico, prestado ao usuário ou colocado a sua disposição, sendo, portanto, fato gerador de “taxa”, e, como tal, deve ser cobrado pelo, no caso, município e submetido às limitações constitucionais ao poder de tributar, o que não sucede com as tarifas que podem ser revistas constantemente, por não contar com aqueles controles, em detrimento dos contri-

buintes usuários do serviço público, efetivamente ou potencialmente.

Acerca do tema, já decidi em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1999.002303-6 e, recentemente, em Agravo no Pedido de Suspensão de Liminar n. 2004.015107-1, que adoto como fundamento para o presente caso.

É sabido, pois, que, se há concessão, a contraprestação deve ser efetuada por meio de tarifas e não de taxa.

A contrario sensu, como poderá a administração pública efetuar a cobrança da contraprestação de um serviço que não prestou? Como justificar a transformação de uma receita derivada tributária — taxa — em ingresso, uma vez que o arrecadado a título de taxa deve ser repassado à concessionária?

Por outro lado, a distinção de taxa e preço público efetuada com arraigado apego ao Enunciado Sumular 545 do STF não satisfaz, evidentemente.

De fato preleciona, nestes termos, o saudoso mestre Geraldo Ataliba:

“A taxa é mera forma. Um pagamento juridicamente configura o preço ou taxa, conforme seu regime jurídico. Ora, tal matéria está no âmbito puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa — vale dizer, estrutura tributária — ao pagamento. Ele é absolutamente livre para criar uma

entidade, como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para transformar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento).

“De todas aquelas atividades do Poder Público — diz Greco — que consistirem em serviços públicos só poderão dar ensejo à taxa. Preço público é denominação da remuneração paga ao Poder Público quando ele presta um serviço ou vende um bem em regime jurídico privado”.

Recomenda autorizadamente M. S. Giannini: “que se elimine de logo a principal fonte de confusão: a não ser de serviço público. É incrível constatar — escreve o exímio catedrático da Universidade de Roma — como é difusa a crença em que serviço público signifique serviço regido por normas de Direito Público, em vez de serviço assumido pelo poder público. Daí se pretenderia resumir que as entradas derivadas do ‘serviço público’ seriam taxas e não contraprestações (*corrispetivi*). Esta crença é radicalmente errada, porque existem serviços públicos prestados segundo normas de direito público, assim como serviços públicos prestados segundo normas de direito privado. Observa-se ainda que se ‘normas de direito público’ é coisa de fácil compreensão em sede teórica, é de difícilíssima individualização em sede prática, e não sem razão”.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ante o árduo problema da incerteza da linha demarcatória

entre as taxas e os chamados “preços públicos”, entendeu oferecer critério objetivo, capaz de perfeitamente extremá-los. Referindo-se a decisões proferidas em casos ocorridos ainda sob o império da Constituição de 1946, decretou a Corte — fundado no conceito de tributo tacitamente concebido pela norma fundamental (Constituição de 1946, art. 141, § 34; hoje art. 150, ns. I e II, *b* — o consabido enunciado n. 545 da Súmula da Jurisprudência Predominante, nestes termos: “Preços de serviços públicos e taxa não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as institui”.

Aliás já notara, com a sua habitual agudeza e precisão, o eminente Ministro Victor Nunes, no voto proferido nos embargos no RE n. 54.194, em que se disputava a respeito da natureza da denominada taxa de água e de saneamento: “[...] o critério da obrigatoriedade é absolutamente insuficiente para caracterização do tributo [...]”. No caso presente, é preciso distinguir se a obrigatoriedade resulta do serviço, que se remunera, ou se resulta de outras considerações, vindo a obrigatoriedade da remuneração do serviço por via de consequência. “[...] A obrigatoriedade, no caso em exame, de pagar a taxa de água e esgoto não está vinculada ao uso, ou não do serviço. Resulta de uma imposição de ordem sanitária segundo a qual quem quer que construa imóvel urbano há de dotar esse imóvel dos serviços de água e esgoto [...] A obrigatoriedade

do pagamento é indireta. Direta é a obrigatoriedade de equipar o imóvel urbano com esse serviço. [...] O que se discute é precisamente isso, saber onde um pagamento obrigatório é taxa ou não é taxa. Não estou sustentando que não possa haver taxa que não seja obrigatória; o que estou sustentando é que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas”.

Mas no próprio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento, em 26-4-1979, do RE n. 89.876/RJ, em que se discutia a respeito da natureza da prestação cobrada pela Companhia Municipal de Limpeza Urbana (Comlurb), do Rio de Janeiro, pela remoção do lixo dos prédios situados no município, o critério esposado pela Súmula 545 viria a ser considerado “deficiente”, sob o fundamento de que “a Súmula 545 se aplica, como critério distintivo, nos casos em que o legislador ordinário estabeleceu que a contrapartida devida pelo particular em virtude da prestação do serviço público é exigida, ainda que não use o serviço, pelo simples fato de este estar colocado a sua disposição.

Pretende, ao que parece, estabelecer um critério material de distinção mais abrangente que o adotado pela Súmula 545. Destacou, no caso ora citado, o voto do Relator, o eminente Ministro Moreira Alves: “O que importa, no caso, é examinar a natureza do serviço prestado, para saber se é ele um serviço devido pelo Poder Público”.

Todavia, a doutrina do RE n. 89.876, a despeito do que afirma o seu

eminente relator, não é, *data venia*, substancialmente diversa da que servia de fundamento à Súmula 545. Com efeito, não sendo a compulsoriedade desta última, como demonstramos, a que caracteriza o tributo em si mesmo, mas, sim, a que decorre de um fato estranho, anterior à relação tributária — e que consiste, já se disse, na demanda “forçada” do serviço, na “imposição” da prestação administrativa — não vemos como distinguir o que, *in casu*, é chamado “compulsoriedade” (Súmula 545) daquilo que, no RE n. 89.876, designa-se como “obrigatório”. A verdade é que, tanto num quanto noutro caso, é sempre da atuação necessária do Poder Público, da obrigatoriedade da prestação administrativa, enfim, da utilização “forçada” do serviço.

Impõe-se assinalar, outrossim, em reforço às considerações precedentes, que tais serviços públicos “necessários” ou “obrigatórios” — na linguagem do RE n. 89.876: serviços de “utilização compulsória” — (p. ex.: serviços de travessia por balsas ou *ferry boats*, coleta de lixo, extinção de incêndios, sepultamento, água e esgoto, saneamento, seguro social, assistência médica e odontológica etc.), constituem, todavia, nos ordenamentos de vários países estrangeiros e, em alguns desses casos, até em nosso próprio País, objeto de prestação por particulares, mediante concessão, permissão ou autorização. Ora, em qualquer dessas hipóteses, não parece absolutamente concebível que a remuneração devida aos sujeitos particulares encarregados da presta-

ção daqueles serviços econômicos, de regra em regime monopolístico, possa, a despeito de “imposta” aos usuários, qualificar-se de outro modo que não como “tarifa” ou “preço público”. De fato, referindo-se aos serviços concedidos (mas a observação vale a *fortiori* para os permitidos e autorizados), leciona Hely Lopes Meirelles: “O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo)”. Mesmo porque, prescindindo de outras objeções teóricas, daí resultaria, nesta última hipótese, a absurda figura de um tributo que não seria receita pública (cf. art. 9º da Lei n. 4.320, de 17-3-64); ou, ao ângulo subjetivo, a hipótese inconcebível de uma obrigação tributária cujo sujeito seria (contrariamente ao art. 119 do CTN) um particular. Por outro lado, seria igualmente inconcebível que a remuneração paga, quer aos poderes públicos, quer a um particular, por motivo de prestação de um mesmo serviço, deva mudar sua natureza e converter-se, ora em tributo, ora em preço, como decorrência, tão-somente, da qualidade (pública ou privada) do prestador do serviço.

Ensina, a respeito, A. Theodoro Nascimento, *Preços, Taxas*, *ob. cit.*, p. 38: “[...] ninguém poderá obter água, gás, energia elétrica ou telefônica sem não comprando tais serviços ao Estado ou ao concessionário beneficiado por esse monopólio de fato. Mas isso não basta para dizer que o preço pago por tal serviço configura tributo. O simples raciocínio de que a quantia paga não passará de preço de monopólio privado, se o serviço é prestado sob

regime de concessão, é suficiente para induzir à concessão de que não deixaria de ser preço, apenas por haver o Estado, substituindo o concessionário, passado a prestar diretamente o serviço”.

Em síntese, a conclusão, quanto a este ponto, é a de que, a despeito de ser a taxa um tributo e, enquanto tal, uma prestação pecuniária compulsória (CTN, art. 3º), o critério da “compulsoriedade” (que inspira e domina tanto a Súmula 545 quanto o RE n. 89.876) não parece bastar a uma segura distinção, no plano jurídico, entre essa e o “preço público”. Isso porque a compulsoriedade representa, na acepção de propriedade essencial para prestação tributária, somente um dentre vários caracteres distintivos, conforme bem assinalou o Ministro Victor Nunes, em seu notável voto, já citado, no ERE n. 54.194, ao afirmar que a referida compulsoriedade seria “absolutamente insuficiente para caracterização do tributo”, uma vez que há pagamentos obrigatórios, os quais, não obstante, não são taxas.

A “compulsoriedade”, enfim, no sentido em que a concebe a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, e aí particularmente o RE n. 89.876 —, ou seja, como utilização coativa de um serviço público, enquanto esse é, *verbis*: “obrigatório para o poder público e indispensável para o particular” — não vale de critério distintivo entre a taxa e o “preço público”, não só porque é, nesse sentido, um elemento indiscutivelmente estranho ao conceito jurídico de tribu-

to, mas também porque tal critério não se coaduna com a experiência do Direito Tributário.

O que essencialmente distingue, portanto, no plano jurídico, a taxa do “preço público” é, não como entende a doutrina da “compulsoriedade”, uma determinada característica da relação, ou uma circunstância a ele atinente, isoladamente considerada, mas, sim, exclusivamente, a respectiva fatispécie ou fato gerador que consiste, neste caso, como sabemos, *a contrario sensu* da definição genérica do art. 16 do CTN, no exercício de uma atividade estatal específica (vale dizer, inerente ao Poder Público), relativa ao contribuinte.

Reconhece, de fato, quanto a esse ponto, a doutrina mais categorizada, vindo à frente Mario Pugliese: “As taxas são tributos e não preços, porque correspondem sempre a prestações próprias e exclusivas do Estado, que têm por objeto, prevalentemente, não uma entidade econômica, mas, sim, uma entidade jurídica. É claro, portanto, o critério de determinação das taxas: elas não são pagas como contraprestações (*sic*) de todos os serviços que o Estado presta em regime de monopólio, mas só daqueles que, pelo seu caráter, não podem ser fornecidos senão monopolista-Estado e se subtraem, por esse motivo, às leis privadas do monopólio econômico [...] as taxas são correspondentes exclusivamente à prestação de serviços que o Estado fornece agindo na qualidade de ente soberano de Direito Público, dotado,

em tal qualidade, de um monopólio absoluto, total e permanente para a prestação desses mesmos serviços”.

Assim, a partir dessa observação — mas tendo antes constatado, como já se sabe, com toda a respeitável doutrina precedentemente citada, que “à taxa corresponde, antes de tudo, atividade dos poderes públicos que não tem propriamente o caráter de serviços, mas que são, antes, funções” — M.S. Giannini percucientemente assinalou que a natureza da entrada do ente público se ordena concretamente, não a uma abstrata atividade pública, privada ou de direito especial, conforme o caso, mas, sim, precisamente, ao ato (jurisdicional ou administrativo) que vem a ser praticado e à conseqüente relação. Pode dizer-se, nesse caso — precisa ainda Giannini — que a taxa corresponde e se vincula à prática de atos administrativos ou de atos jurisdicionais: desde que, ao contrário, o ato praticado não tenha esta natureza, estar-se-á em presença de entradas patrimoniais (ou contraprestacionais) (*corrispetive*).

No intento de desfazer dúvidas surgidas a respeito do exato alcance do seu pensamento, o próprio M.S. Giannini, em trabalho posterior (louvamo-nos, nesse ponto, em referências obtidas por intermédio de A. Berliri), teve ocasião de confirmar amplamente que a taxa se deve “individualar somente pela sua coligação com a prática de um provimento

administrativo ou jurisdicional”, esclarecendo, ademais, que em todos os outros casos a receita deve ser, ao contrário, considerada “contraprestação (*corrispetivi*) pecuniária, se e enquanto as fatispécies devam constituir-se como obrigações de prestar e dar, por parte do ente público, e como obrigação de pagar uma soma, por parte do indivíduo”. E, ainda mais incisivo, arremata o insigne autor: “taxa é o quanto cabe pagar pelo único fato de que se requer e se obtém o provimento administrativo ou a pronúncia jurisdicional”.

Ao conceito de taxa assim delineado por Giannini, e aqui irretidamente acolhido (tributo que tem como fato gerador a prática de um ato administrativo ou jurisdicional cujo destinatário é o contribuinte) poderia objetar-se, porém, que esse não passa de um conceito doutrinário, que (supõe-se) não corresponde ao conceito do Direito Positivo, porque, a adotá-lo, ficariam sumariamente excluídas da categoria das taxas pelo menos todas aquelas prestações, distintas das chamadas “taxas de polícia”.

Dessa feita elucidam os textos a seguir colacionados extraídos dos artigos de autoria de Geraldo Ataliba — Considerações em torno da Teoria Jurídica da Taxa-RDP n. 9 e Apontamentos sobre o conceito da taxa por Flávio Bauer Novelli — Rev. Direito Administrativo — RT 189, jul/set/1992:

“Ela (a taxa), como todo tributo, é obrigação *ex lege*. Cabe quando os serviços recebidos pelo contribuinte resultam de função específica do Estado, ato de autorização, que por sua natureza repugna ao desempenho do particular e não pode ser objeto de concessão a este” (Baleeiro, Aliomar, *in* Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed., 2003).

E acrescenta Ruy Barbosa Nogueira:

“Convém também esclarecer que esse serviço específico é aquele que somente pode ser prestado pelo Estado, isto é, serviço administrativo ou jurisdicional. Só ao Estado compete prestá-lo aos seus jurisdicionados como desempenho de atribuições públicas e como decorrência do *jus imperii*. Uma atividade civil, comercial ou industrial que possa ser prestada dentro da relação negocial não tem a natureza dessa atividade estatal específica. Esse serviço específico há de decorrer do exercício do poder de regular (poder de polícia), do poder de tributar ou da consorciação destes e sempre, para cada pessoa jurídica de direito público, em razão do exercício de atribuições constitucionais de cada governo” (*in* Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 5ª ed., p. 174).

A. Theodoro Nascimento leciona:

“A quantia paga só configura taxa, quando o serviço que o Estado

proporciona é de natureza administrativa ou jurisdicional [...] o serviço de natureza administrativa ou jurisdicional constitui prerrogativa estatal, atividade específica, decorrente do *jus imperii*, indelegável, e, por isso, não poderá ser objeto de concessão ao particular” (*in* Preços, Taxas e Parafiscalidade — vol. VII do Tratado de Direito Tributário Brasileiro, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977).

Por fim, completa Alberto Xavier:

“As taxas correspondem a bens ou serviços que são por essência da titularidade do Estado, de acordo com a concepção política dominante numa sociedade; [...] E daí ainda que a obrigação de taxa não resulte de um acordo de vontades, antes revista a natureza de uma obrigação legal” (*in* Manual de Direito Fiscal, Ed. Viseu, 1974, p. 54).

Diante do exposto, desprovejo o agravo, mantendo incólume o despacho que determinou a cobrança parcial da tarifa de limpeza urbana no tocante ao recolhimento e transporte de resíduos domiciliares sólidos e compactáveis, por estar, nesse aspecto, em consonância com a legislação tributária em vigência.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Pedro Manoel

Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato,

Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar e Amaral e Silva.

Funcionou como Procurador-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro.

Florianópolis, 1º de setembro de 2004.

Jorge Mussi,

Presidente;

Anselmo Cerello,

Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.003843-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Gastaldi Buzzi

Mandado de segurança — Concurso público para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro — Pretensão de movimentação de uma classe para outra — Impossibilidade — Só é permitida a remoção dentro da mesma categoria — Exegese do art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/99 — Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2002.003843-1, da comarca da Capital, em que é impetrante Lio Ogê Gaya Júnior e impetrados o Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Ingresso e Remoção na Atividade Notarial e de Registro e o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Oli Ogê Gaya Júnior, titular da Escrivania de Paz de Itoupava (comarca de Blumenau), impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra atos do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que expediu o Edital n. 62/2000, e do Exmo. Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Ingresso e Remoção na Atividade

de Notarial e de Registro que, aplicando o disposto no instrumento de abertura do certame, indeferiu o seu pedido de inscrição visando a transferência da Escrivania de Paz do Distrito de Itoupava, comarca de Blumenau, para o 2º Tabelionato de Notas e Protestos de Brusque, ambos de mesma entrância.

Alegou que: a) foi nomeado para exercer o cargo de Escrivão de Paz do Distrito de Itoupava, da comarca de Blumenau, no dia 20-1-1986; b) em 6-10-2000, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) lançou o Edital n. 62/2000, inaugurando o concurso público de ingresso na atividade notarial e de registro e remoção dos titulares desses serviços no Estado de Santa Catarina; c) seu pedido de inscrição para remoção no referido certame foi indeferido sob o argumento de ser inadmissível que o titular de uma Escrivania de Paz assumas as funções de um Tabelionato de Notas e Protestos, porquanto se enquadram em classes distintas, por força do disposto na Lei Complementar Estadual n. 183/1999; e, d) esta negativa ofende o seu direito líquido e certo de disputar a concorrência para exercer suas atividades no mencionado Ofício brusquense, haja vista a Lei n. 8.935/94 não estabelecer a exigência de que a remoção em foco somente seja possível dentro da mesma categoria.

Postulou, por derradeiro, a concessão da liminar para garantir, *ab initio*, a sua inscrição no concurso, na modalidade pretendida, sendo, ao fi-

nal, confirmada a segurança (fls. 2 a 10).

Juntou os documentos de fls. 11 *usque* 48.

Notificadas, as dignas autoridades informaram que: a) a legislação estadual em que se baseia o ato guerreado está em perfeita consonância com o disposto no art. 18 da Lei n. 8.935/94, de sorte que a restrição de movimentação apenas dentro da mesma classe é plenamente válida; e, b) o art. 3º da Resolução n. 15/2000 do Conselho da Magistratura estabelece a distinção entre classes, ficando claro que o impetrante não pode ser removido para Ofício de categoria diversa da qual pertence (fls. 58 e 59).

A liminar restou indeferida, conforme despacho de fl. 61.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer da lavra do Dr. Narcísio G. Rodrigues, opinou pela denegação da ordem (fls. 66 a 68).

É o relatório.

II — Voto

A segurança é denegada em razão da inexistência de direito líquido e certo do impetrante, porquanto válida a restrição contida no art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/1999, no tocante à impossibilidade de remoção entre classes distintas de Ofícios.

a) Competência para legislar sobre atividade notarial ou de registros e análise do art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/1999

O art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) estabelece regras especiais com relação aos serviços notariais e de registro, estipulando que o Poder Judiciário do Estado respectivo deverá fiscalizar essas atividades e prover por concurso os cargos existentes.

De fato, os serviços notariais são providos por certame público estadual, em razão de sua natureza tipicamente regionalizada e intrinsecamente ligada à Justiça dos Estados, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que, durante a ausência da lei federal que disciplinasse o referido art. 236 da Carta Magna, estes poderiam dispor sobre esta seara da atividade pública, *in verbis*:

“A ausência de lei nacional reclamada pelo art. 236 da Constituição não impede o Estado Membro, sob pena de paralisação dos seus serviços notariais e registrais, de dispor sobre a execução dessas atividades, que se inserem, por sua natureza mesma, na esfera de competência autônoma dessa unidade federada” (STF, ADIMC n. 865/MA, relator Min. Celso de Mello).

Posteriormente, foi editada a Lei Federal n. 8.935/94 que passou a disciplinar a matéria, mas admitindo, contudo, a regulamentação de questões regionais pelos Estados, que podem legislar para adaptar a norma federal às suas particularidades, desde que não a contrarie. Aliás, é inviável cogitar-se do contrário, haja vista ser impossível a fiscalização e o provimen-

to das vagas existentes na atividade notarial e de registro sem que o Poder Público estadual correlato pudesse dispor sobre o tema.

Atentos ao fato de que a atividade dos tabeliães está umbilicalmente ligada à Jurisdição dos entes federativos, os congressistas, ao elaborarem a lei ordinária de que trata o art. 236 da Carta Republicana, expressamente conferiram a estes autonomia para dispor sobre determinadas questões, principalmente no que toca aos concursos públicos de remoção, *in verbis*:

“Art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção”.

Com efeito, interpretando o art. 236 e demais dispositivos da Lei Fundamental concernentes a esta matéria à luz dos princípios exegéticos que disciplinam a hermenêutica constitucional, principalmente os da unidade (evitar contradições), do efeito integrador (primazia aos critérios favorecedores da integração política), da máxima efetividade (conferir à lei máxima a maior eficácia possível) e da força normativa da constituição (dentre as posições possíveis, adotar aquela que garanta a maior aplicabilidade), chega-se à conclusão de ser possível, quando não absolutamente necessário, que o legislador estadual discipline as questões regionais de forma a adequar as normas gerais federais aos seus aspectos particulares, sem contrariá-las, contudo. Sobre o tema, veja-se:

“A criação, o provimento e a instalação das serventias extrajudiciais pelos Estados Membros não implicam usurpação da matéria reservada à lei nacional pelo art. 236 da Carta Federal” (STF, ADIMC n. 865/MA, relator Celso Mello).

Destaca-se que seria inócuo a *Lex Fundamentalis* atribuir aos componentes da Federação o dever de fiscalizar e promover as medidas relativas ao provimento de cargos dos Ofícios de notas e registros sem assegurar-lhes o mínimo poder regulamentar para tanto.

Não há falar, ainda, que o art. 22, XXV, e parágrafo único, da CRFB, somente admite a delegação de competência legislativa no que concerne a registros públicos por meio de lei complementar, porquanto o art. 236 da CF expressamente prevê que a atividade notarial e de registro seja disciplinada por lei ordinária. Ademais, o Pretório Excelso já pôde manifestar-se pela constitucionalidade do mencionado art. 18 da Lei Federal n. 8.953/94, que permite aos Estados dispor sobre o certame de remoção de notários, ao indeferir a liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.069/DF.

Em razão de todo o exposto, é possível afirmar ser plenamente aplicável o art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/1999, no tocante à vedação da remoção entre titulares de serventia de classe diversa, o que, conseqüentemente, implica a validade do item 3.1.2. do edital de abertura do concurso em comento, no ponto em que veicula tal exigência.

E é cabido destacar, ainda que a título meramente ilustrativo, que a vedação ínsita no preceito acima aludido, no sentido de proscrever a remoção entre entrâncias diferentes, não estaria militando contra a pretensão do impetrante por várias razões. A uma, porque o demandante exerce função em comarca da mesma entrância daquela cujo cargo quer se remover; a duas, porque não existe quadro específico de progressão estabelecendo o início da hipotética carreira nem sua progressão; a três, porque também seria ilógico admitir que os recém-ingressos na atividade notarial pudessem acessar diretamente às entrâncias mais elevadas sem estender tal possibilidade, via remoção, aos já efetivados no cargo nas comarcas de menor entrância (art. 5º, *caput*, CRFB).

Assim, forçoso concluir ser válido e aplicável o art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/99, reproduzido no edital do certame em discussão, no ponto em que proíbe o concurso para remoção entre serventias de natureza e funções distintas.

b) Remoção dentro da mesma classe

Constatada a vigência e fixada a exegese do art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/1999, passa-se à análise da pretensão do apelante em remover-se da Escrivania de Paz do Distrito de Itoupava para o 2º Tabelionato de Notas e Protestos de Brusque, ambos de mesma entrância, mas de categorias diversas.

O Código de Divisão e Organização Judiciárias de Santa Catarina, nos arts. 128 a 141, reproduzido simetricamente no art. 3º, § 2º, da Resolução n. 15/2000 do Conselho da Magistratura, prevê a existência de quatro classes distintas de serviços notariais e de registro, quais sejam: I — oficiais de registro civil de pessoas naturais e jurídicas e de títulos e documentos; II — tabeliães; III — oficiais de registro de Imóveis; e IV — escrivães de paz.

Essa classificação não trata de quadro de carreiras de servidores públicos, porque os serventuários da área notarial e de registro não são servidores *strictu sensu*, mas, conforme ensina Maria Sílvia Zanella Di Pietro, enquadram-se no conceito amplo de agentes públicos, como “particulares em colaboração com o Poder Público”, exercendo atividades específicas, definidas em lei, por via de delegação (*in* Direito administrativo. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 437).

Notadamente, ainda que considerados agentes públicos (em colaboração com o serviço público), “não são — notários e registradores — funcionários públicos, porque não estão submissos a uma carreira. Não há cargos, não há classe, não há carreira para notários e registradores, como existem para os funcionários públicos”, cabendo anotar, ainda, que “o termo serventia, contido no texto, identifica especificamente serviço e não função que está ligado a cargos, classe e carreira, atividades específicas dos servidores públicos” (Pereira, Antônio Al-

bergaria. Comentários à Lei n. 8.935. São Paulo: Edipro, 1995, p. 54).

Assim, muito embora não sejam servidores enquadrados em carreiras, são agentes públicos com atribuições específicas, previstas em lei, sendo inadmissível a remoção do serventuário de um ramo de atuação para outro de competência diversa, o que só pode ocorrer, logicamente, mediante novo certame de ingresso.

Com efeito, para Diego de Figueiredo Moreira Neto, a transferência, que é a mudança dentre categorias com atribuições diversas, é inconstitucional, sendo possível somente a remoção, como forma de movimentação horizontal do agente público dentro do mesmo quadro (*in* Curso de direito administrativo. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 300).

Maria Sílvia Zanella Di Pietro também afirma ser inconstitucional a passagem de um cargo para outro de conteúdo ocupacional diverso, o que chama de transposição (*in* Direito administrativo. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 488).

Por estas razões, é vedada a transferência pretendida pelo impetrante, pois implicaria a transposição de uma classe (escrivães de paz) para outra (tabeliães de notas e protestos) com funções discrepantes.

De fato, cada uma das classes de atividade notarial e de registro possui uma área de atuação bem definida, dentro da qual exerce uma específica gama de atividades, razão pela

qual é inadequada a transferência de uma categoria para outra, em razão de suas atribuições serem diversas.

Compulsando-se os autos, percebe-se que a pretensão do impetrante é a chamada transferência/transposição, passando de uma classe para outra de atribuições diferentes, o que é tido como inconstitucional, como já explicado *supra*, sob pena de afronta à obrigatoriedade do concurso público, prevista no art. 21, I, da Carta Barrega Verde, que reproduz por simetria o art. 37, II, da CRFB.

c) Conclusão

Ante o exposto, verifica-se legítima a exigência prevista no item 3.1.2. do Edital n. 62/2000 do TJSC, no sentido de somente possibilitar a remoção dentro da mesma classe, em razão do previsto no art. 18 da Lei n. 8.935/94 e no art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 183/99, sendo impossível reconhecer o direito do impetrante de ser removido de uma categoria para outra, razão pela qual se denega a segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Tribunal Pleno, por votação unânime, denegar a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Salim Schead dos Santos, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben e Rui Fortes.

Florianópolis, 1º de setembro de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Gastaldi Buzzi,
Relator.

SEÇÃO CIVIL

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2004.022619-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Cesar Abreu

Conflito negativo de competência. Ação de busca e apreensão alicerçada em contrato de consórcio garantido por alienação

fiduciária. Matéria de natureza eminentemente comercial. Conflito provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2004.022619-5, da comarca de Criciúma, em que é suscitante a Terceira Câmara de Direito Civil, sendo suscitada a Terceira Câmara de Direito Comercial:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, julgar procedente o conflito para reconhecer a competência da Câmara de Direito Comercial suscitada.

Custas *ex lege*.

I — Relatório

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pela Terceira Câmara de Direito Civil contra decisão monocrática do Des. Trindade dos Santos, membro da Terceira Câmara de Direito Comercial, que reconheceu a competência das Câmaras Cíveis para processar e julgar o recurso de Apelação Cível n. 2003.007728-6.

Sustenta a suscitante que a demanda tem natureza comercial, uma vez que se pretende reformar a sentença que indeferiu o pedido de conversão da ação de busca e apreensão, aforada com fundamento no Decreto-Lei n. 911/69, em depósito, julgando-a extinta.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pela procedência do conflito.

II — Voto

O incidente em exame merece uma breve consideração quanto ao seu conhecimento.

Uma interpretação precipitada do art. 10 do Ato Regimental n. 57/02 poderia levar à conclusão de que o conflito de competência somente ocorre quando há manifestação do Colegiado, seja pelas Câmaras, de forma isolada, ou entre os Grupos de Câmaras de um Tribunal.

Consabido que as recentes alterações no Código de Processo Civil, no intuito de dar celeridade à prestação jurisdicional, aumentaram consideravelmente os poderes do relator da causa, delegando a este a prática de certos atos processuais que, em princípio, competiriam ao Órgão Colegiado.

A respeito da matéria colhe-se da doutrina:

“Nota-se nos últimos anos marcante tendência de ampliação dos poderes atribuídos ao relator ou presidente do tribunal para individualmente proferir decisões. Quanto ao relator, considerem-se especialmente as inovações trazidas pelas Leis ns. 8.038/90, 9.139/95, 9.756/98 e 10.352/2001. Em relação ao presidente do tribunal, tome-se em conta a ampliação das hipóteses de suspensão da eficácia de decisões contra o Poder Público, antes restrita ao mandado de segurança (Leis ns. 8.437/92 e 9.494/97).

[...].

“É da tradição constitucional brasileira o julgamento do colegiado em segundo grau. Está implícita na estruturação constitucional do Poder Judiciário a pluralidade na composição dos tribunais locais e federais. E isso não consiste em mero capricho burocrático ou administrativo. Ao estruturar os tribunais em órgãos colegiados, pretende-se fazer com que as decisões aí proferidas sejam essencialmente fruto de deliberação conjunta — em contraposição às decisões isoladamente adotadas pelos juízes singulares (de *primeiro grau*). Eis, aliás, um dos próprios motivos que justificam a existência de tribunais.

“Isso não impede que lei delegue a prática de certos atos a um dos integrantes do colegiado — em regra, o relator da causa (sem grifo no original). É justificável que seja assim, por razões de economia processual (v.g., CPC, arts. 531, 544, §§ 3º e 4º, e 557) e de efetividade da tutela (é o que se dá nos casos de atribuição de tutela urgente). Vale dizer, a imposição de julgamento colegiado nos tribunais cede espaço — e limitadamente, como se vê a seguir a esses outros valores, igualmente prestigiados pela Constituição” (in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de acordo com a Lei n. 10.352/01, RT, 2002, SP, p. 180 e 181).

Nesse contexto, vê-se que a decisão monocrática proferida pelo eminente Des. Trindade dos Santos, reconhecendo a competência das Câmaras de Direito Civil, apesar de não

emanar do órgão fracionário — mas, com certeza, por delegação deste —, não impede o conhecimento do presente conflito.

Aliás, em caso análogo a egrégia Terceira Câmara Civil, em precedente da lavra do Des. Vanderlei Romer, já decidiu:

“Conflito de competência. Decisão monocrática do relator determinando a redistribuição do feito. Desnecessidade de prolação de acórdão para instauração do referido incidente. Novo entendimento após a vigência do artigo 557 do CPC, com a ampliação dos poderes do relator do processo. Divergência acerca da competência formada. Execução de ação de desejo cumulada com cobrança de aluguéis. Matéria afeita à Primeira Câmara Civil. Conflito conhecido e provido” (Conflito de Competência n. 2001.020623-4, de Itajaí).

A resolução da questão de fundo demanda a investigação da competência das Câmaras Comerciais.

Inicialmente, quando realizada a especialização das Câmaras deste Tribunal, ficou estabelecido que as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis seriam competentes para julgar *novos recursos e feitos originários de Direito Privado, relacionados com o Direito Comercial, inclusive 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 às questões processuais das matérias previstas neste item* (art. 6º, II, do Ato Regimental n. 41/00).

Sob a égide desta norma, as quatro Câmaras Cíveis assentaram, em *definição conjunta*, que incumbia às 3ª e 4ª Câmaras Cíveis julgar os recursos de ações envolvendo consórcio e arrendamento mercantil.

Posteriormente, com a edição do Ato Regimental 57/02/TJ, as 3ª e 4ª Câmaras passaram a denominar-se 1ª e 2ª Câmara de Direito Comercial, oportunidade em que foi instituída também mais uma Câmara de Direito Comercial, com *competência exclusiva para julgamentos de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como questões processuais relativas às matérias acima* (art. 3º).

Conforme se depreende dos autos, a ação tem como fundamento o contrato de consórcio garantido por alienação fiduciária. Por isso, inadimplida uma das parcelas avançadas, a autora ajuizou a presente ação de busca e apreensão, nos moldes do Decreto-Lei n. 911/69, que restou extinta em face do bem não ter sido localizado.

Ora, em que pesem as alterações impostas pelo Ato Regimental 57/2002, tem-se que a competência para o julgamento da matéria em questão permaneceu inalterada, porquanto se trata a alienação fiduciária de matéria eminentemente comercial, conforme o disposto no n. 8 do item II da aludida *definição conjunta*.

Nesse sentido é a orientação pacífica da jurisprudência desta Corte:

“Apelação cível. Cobrança alicerçada em contrato de consórcio garantido por alienação fiduciária. Incompetência das Câmaras de Direito Cível. Aplicação do art. 3º, *caput*, do Ato Regimental n. 57/02. Recurso não conhecido. Redistribuição” (Ap. Cív. n. 2001.012476-9, de Lages, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“Agravamento de instrumento. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Matéria estranha à competência fixada pelos artigos 6º, inciso II, e 7º, ambos do Ato Regimental n. 41/2000, com redação modificada pelo ato regimental n. 57/2002. Recurso não conhecido. A alienação fiduciária integra o rol de competência especializada das Câmaras de Direito Comercial desta Corte, de acordo com Ato Regimental n. 41/2000, modificado pelo Ato Regimental n. 57/2002” (AI n. 2002.011056-1, da Capital, rela. Des. Salette Silva Sommariva).

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 2002.016497-1, de Imbituba, rel. Des. Mazoni Ferreira; Ap. Cív. n. 2002.018106-0, de Tubarão, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben; AI n. 2003.010880-7, de Timbó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento.

III — Decisão

Diante do exposto, por votação unânime, julga-se procedente o conflito para reconhecer a competência da Câmara de Direito Comercial suscitada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Tulio Pinheiro, Salete Silva Sommariva, Salim Schead dos Santos, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Alcides Aguiar, Orli Rodrigues, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Mazoni Ferreira, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro

Rocha, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes e Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 24 de novembro de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2005.003639-2, DE TIJUCAS

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Conflito negativo de competência. Busca e apreensão. Compra e venda a crédito com reserva de domínio. Direito obrigacional. Competência das câmaras de direito civil.

“A ação que tem por pedido a busca, apreensão e depósito de bem, objeto da venda a crédito com reserva de domínio, amparada no art. 1.071 do Código de Processo Civil, envolve relação de direito obrigacional contemplada no Código Civil de 2002, parte especial, Livro I — direito das obrigações (arts. 521 a 528), matéria incluída na competência das Câmaras de Direito Civil, conforme Atos Regimentais ns. 41/2000, art. 6º, inc. I, e 57/2002, art. 3º, caput, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina” (TJSC, CC n. 2003.029565-8, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 23-2-2005).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2005.003639-2, da comarca de Tijucas (Vara Única), em que é suscitante a Terceira Câmara de Direito Civil, sendo suscitada a Terceira Câmara de Direito Comercial; interessados Kimoto Camping e Veículos Ltda. e Adriana Marizete da Silva:

ACORDAM, em Seção Civil, por maioria de votos, conhecer do conflito para declarar competente a Terceira Câmara de Direito Civil.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Kimoto Camping e Veículos Ltda. e Adriana Marizete da Silva in-

terpuseram recurso de apelação (fls. 91 a 93 e 102 a 107) contra a r. sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da Ação de Busca e Apreensão n. 072.02.001670-2.

A Segunda Câmara de Direito Comercial, na data de 23-9-2004, decidiu, por votação unânime, não conhecer dos recursos interpostos, “posto não versarem os autos presentes sobre matéria afeta ao Direito Bancário, ao Direito Empresarial, ao Direito Cambiário e ao Direito Falimentar, não tratando-se, de outro lado, de recurso envolvendo questões processuais relativas a tais matérias, mas, essencialmente, ao Direito Civil” e, em consequência, determinou, nos termos do art. 3º do Ato Regimental n. 57/2002, a remessa dos autos à Diretoria Judiciária para fins de redistribuição a uma das Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (fls. 111 a 115).

Os autos foram distribuídos para a Terceira Câmara de Direito Civil que suscitou o conflito negativo de competência com a Segunda Câmara de Direito Comercial perante a Seção Civil, asseverando que a autora da ação “praticou *ato de comércio*, configurando a competência das Câmaras de Direito Comercial” (fl. 127), segundo o Ato Regimental n. 41/00 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, além de o fato da operação revelar litígio sobre contrato de natureza empresarial e não ato negocial de natureza essencialmente civil (fls. 125 a 128).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo.

Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior, manifestou-se pelo reconhecimento da competência da Segunda Câmara de Direito Comercial (fls. 134 a 138).

É o relatório.

II — Voto

1 — O conflito deve ser acolhido.

2 — Compulsando-se os autos, constata-se que o negócio jurídico celebrado entre as partes envolve uma motocicleta Honda C100 BIZ ES, chassi n. 9C2HA07101R212670, ano 2001, no valor de R\$ 4.296,00.

Observa-se, também, que o referido bem objeto da lide diz respeito ao contrato de compra e venda a prazo com cláusula de reserva de domínio (fls. 6 e 7).

3 — Assim, desde logo, importante ressaltar que tal discussão não envolve matéria de natureza comercial, porquanto tal contrato encontra-se inserido no Código Civil de 2002, Parte Especial, Livro I, no capítulo do “Direito das Obrigações” (arts. 521 a 528) e não no “Direito de Empresa”, que aborda as atividades empresariais e societárias, além de institutos complementares, não incluindo a produção ou circulação de bens e serviços, contratos e negócios a estes subjacentes.

4 — Ademais, o Ato Regimental n. 41/2000, editado pelo colendo Órgão Especial, dispõe que:

“Art. 6º — A partir de 1º de janeiro de 2001, serão distribuídos:

[...]

“II — Para as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos ori-ginários de Direito Privado, relaciona-dos com o Direito Comercial, inclusi-ve Direito Falimentar e todas as cau-sas relativas a obrigações ativas ou passivas de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscaliza-ção do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões proces-suais das matérias previstas neste item.

“Art. 7º — A partir de 1º de ja-neiro de 2001, serão redistribuídos às 3ª e 4ª Câmaras Cíveis os feitos de Di-reito Comercial e os demais a que se refere o inciso II do artigo anterior que ainda se encontrem tramitando nas 1ª e 2ª Câmaras Cíveis, procedendo-se, também, à redistribuição para as 1ª e 2ª Câmaras Cíveis dos feitos de Direito Civil, Família e Acidentes do Traba-lho, vinculados à seguridade social, em tramitação nas 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, bem como os feitos relaciona-dos a questões processuais das ma-térias previstas neste item”.

5 — Em face das disposições do Ato Regimental n. 41/2000, o Vice-Presidente desta Corte de Justiça, jun-tamente com os demais membros das Câmaras Cíveis, elaboraram, na data de 18-12-2000, “Definição Conjunta”, especificando as matérias abrangidas tanto pela Câmara de Direito Civil quanto pela de Direito Comercial.

5.1 — Destarte, a respeito da competência, assentou-se que:

“I — As 1ª e 2ª Câmaras Cíveis, componentes em matérias de *Direito Civil*, julgarão os recursos de ações envolvidas de:

[...]

“15. Reserva de Domínio”.

6 — Posteriormente, no ano de 2002, restou editado o Ato Regimen-tal n. 57, alterando a estrutura do Tri-bunal de Justiça de Santa Catarina, criando as novas Câmaras de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Pú-blico.

6.1 — De modo que, segundo o seu artigo 3º “[...] as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter com-petência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Ban-cário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às ma-térias acima”.

7 — Ora, da análise do Ato Re-gimental n. 41/00, da citada Definição Conjunta e do Ato Regimental n. 57/ 00, chega-se à conclusão de que o exame da matéria em questão não se inclui na esfera de competência das Câmaras de Direito Comercial.

Com efeito, consoante observa-do, tais órgãos têm somente a com-petência para julgar feitos relaciona-dos com Direito Bancário, Empresa-rial, Cambiário e Falimentar e envol-vendo questões processuais relativas aos referidos assuntos.

8 — Nesse sentido, colhe-se os seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

“A cláusula contratual de reserva de domínio não vincula-se ao Direito Comercial, ao Direito Falimentar ou ao Direito Bancário. Sendo ela cláusula especial dos contratos de compra e venda, tem caráter nitidamente civil, refugindo a competência para o reexame de causas nela sustentadas, em grau recursal, às Câmaras de Direito Comercial” (2ª Câmara de Direito Comercial, Ap. Cív. n. 2004.017491-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 19-8-2004).

E ainda:

“Por tratar o pacto de reserva de domínio em contrato de compra e venda a prazo de matéria de direito civil, há que se declarar a incompetência deste órgão julgador para conhecer da matéria recursal, tanto em razão da especialidade da jurisdição distribuída pelo Colegiado fracionário, quanto porque o caso em tela não se encontra enumerado naqueles em que o Ato Regimental n. 57/2004 atribuiu à Câmara de Direito Comercial, quais sejam, feitos relacionados com o Direito Bancário, Empresarial, Cambiário e Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas a estas matérias” (3ª Câmara de Direito Comercial, Ap. Cív. n. 2000.016975-7, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 13-5-2004).

9 — Ressalta-se que deste entendimento, tem dissentido os Exmos. Srs. Des. Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato e Luiz Carlos Freyesleben, para os quais deve ser reconhecida a competência das Câmaras de Direito Comercial para pro-

cessar e julgar as ações de busca e apreensão, decorrentes de contrato de compra e venda com reserva de domínio.

Destaca-se:

“Agravo de instrumento — Ação de apreensão e depósito de coisa vendida a crédito com reserva de domínio — Liminar indeferida — Aplicação do Ato Regimental n. 41/00 e definição conjunta — Matéria comercial estranha ao direito civil — Remessa à Câmara de Direito Comercial — Recurso não conhecido” (Agravo de Instrumento n. 2004.021938-5, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 12-11-2004).

10 — No entanto, sobre o tema, recentemente, já decidiu, por maioria de votos, a Seção Civil desta Corte:

“A ação que tem por pedido a busca, apreensão e depósito de bem, objeto da venda a crédito com reserva de domínio, amparada no art. 1.071 do Código de Processo Civil, envolve relação de direito obrigacional contemplada no Código Civil de 2002, parte especial, Livro I — direito das obrigações (arts. 521 a 528), matéria incluída na competência das Câmaras de Direito Civil, conforme Atos Regimentais ns. 41/2000, arts. 6º, inc. I, e 57/2002, art. 3º, *caput*, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina” (Conflito de Competência n. 2003.029565-8, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 23-2-2005).

11 — Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer do conflito para declarar competente a Terceira Câmara de Direito Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, decidiu conhecer do conflito para declarar competente a Terceira Câmara de Direito Civil.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Sérgio Izidoro Heil, Jorge Schaefer Martins, Sônia Maria Schmitz, Jaime Ramos, Jaime Luiz Vicari, Alcides Aguiar, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Nelson Schaefer Martins, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Dionizio Jenczak que votaram no sentido de declarar a competência da colenda Câmara suscitada.

Florianópolis, 29 de junho de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato:

Divergi da tese vencedora pelas razões explicitadas no acórdão de fls. 125 a 128, proferido na suscitação do presente conflito de competência, cuja ementa contém o seguinte teor:

“Busca e apreensão — Compra e venda com reserva de domínio — Litígio que versa sobre matéria de direito empresarial — Competência especializada das Câmaras — Conflito negativo suscitado.

“Se versa o litígio sobre contrato de natureza essencialmente empresarial, não compete às Câmaras de Direito Civil processar e julgar recurso a ele relativo [...]” (AC n. 2004.024108-9).

Marcus Túlio Sartorato

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Dionizio Jenczak:

Acolho como razão de decidir o acórdão de fls. 125 a 128, por coadunar integralmente com suas razões de decidir.

Florianópolis, 27 de julho de 2005.

Dionizio Jenczak

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.014663-9/0001.00, DA CAPITAL

Relator: Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva

Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Termo de juntada de mandado de intimação destituído de indicação do processo a que se refere, de identificação do escrivão e de qualquer outro elemento ao exercício de intelecção em prestígio ao princípio da instrumentalidade das formas. Imprestabilidade desse documento à verificação da tempestividade do agravo de instrumento. Seguimento negado. Declaração de autenticidade das peças instrutórias do reclamo. Irrelevância. Recurso desprovido.

Se os documentos que instruíram o agravo de instrumento são imprestáveis à verificação da sua tempestividade, apresenta-se correta a decisão monocrática que nega seguimento ao reclamo.

A declaração do recorrente no sentido de serem autênticas as peças instrutórias do recurso não produz, como é patente, o efeito jurídico de presunção de veracidade, em favor do declarante, do conteúdo dos documentos e, tampouco, estabelece relação entre mandado judicial e termo de juntada.

Vistos, relatados e discutidos | *do CPC) no Agravo de Instrumento n. estes autos de Agravo (art. 557, § 1º,* | *2004.014663-9/0001.00, da comarca*

da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o município de Florianópolis, sendo agravada Trindade Serviços Postais Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se do recurso previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto pelo município de Florianópolis, relativamente à decisão de fls. 75 a 79 que negou seguimento ao agravo de instrumento intentado pelo ora recorrente, ao argumento de ser imprestável o documento de fl. 15 à verificação da tempestividade do reclamo.

Requer o provimento do agravo sucessivo (fl. 90).

É o relatório.

II — Voto

O recurso é tempestivo, e o agravante, nos termos do artigo 511, § 1º, do CPC, está dispensado de efetuar o pagamento do preparo (fls. 81 e 82).

O recorrente admite que, para demonstrar a interposição do agravo de instrumento no prazo legal, juntou, apenas, as peças de fls. 14 e 15.

Negou-se seguimento ao agravo pelos seguintes fundamentos:

“[...] O documento de fl. 14v. revela que o município de Florianópolis foi citado/intimado em 11-5-2004.

“Dessa data até a interposição do agravo transcorreram mais de 20 dias.

“Observa-se que o recorrente trouxe a cópia de um carimbo, indicando que, em 20-5-2004, foi juntado ‘aos presentes autos’ um mandado de citação (fl. 15).

“No entanto, esse documento não serve como prova da efetiva juntada aos autos do mandado de fl. 14, pois não contém nenhuma informação para a identificação do processo a que se refere e da escritã que o subscreveu, tampouco informa o número da página na origem.

“Por isto, competia ao agravante juntar certidão específica e discriminada acerca da sua intimação.

“Este fato implica na impossibilidade de aferir-se a tempestividade do reclamo [...]” (fls. 75 e 76).

No agravo sucessivo, o recorrente alega, em síntese, que as cópias juntadas aos autos foram declaradas autênticas pelo seu procurador, razão pela qual o documento de fl. 15 é válido.

Não se questiona que o termo de fl. 15 é proveniente do Poder Judiciário, contudo, *data venia*, não serve à verificação da tempestividade do recurso pelos motivos anteriormente alinhados.

Inexiste um elemento nos autos a indicar que o termo de juntada

de fl. 15 diz respeito ao mandado de citação e intimação de fl. 14. Como se disse, sequer há o número da folha na origem a permitir, observando-se a seqüência das páginas, uma inteligência em prestígio ao princípio da instrumentalidade das formas e a verificação, com alguma segurança, acerca da efetiva relação entre os aludidos documentos.

A declaração do agravante no sentido de serem autênticas as peças que instruíram o recurso não produz, como é patente, o efeito jurídico de presunção de veracidade, em favor do declarante, do conteúdo dos documentos e tampouco estabelece nexo entre os mencionados mandado judicial e termo de juntada.

É notório que o litigante não pode, sob nenhum pretexto, atestar fato do processo em seu benefício.

Por esses breves fundamentos, a declaração de autenticidade do documento em referência, subscrita pelo procurador da parte, não tem o condão de informar ou atestar a sua prestabilidade.

Aplicáveis ao caso em apreço:

1) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) em Agravo de Instrumento n. 2003.021919-6/0001.00, da Capital, relator o subscritor:

Agravo (art. 557, § 1º, do CPC). Certidão de intimação da decisão *quo* destituída de dados à indentificação de processo a que se refere [...]. Imprestabilidade. Recurso desprovido [...].

2) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) em Agravo de Instrumento n. 2002.008888-4/0001.00, de Turvo, rel. Des. Jaime Ramos:

“[...] Ao agravante compete o ônus de instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e *diligenciar para que todas elas estejam completas, sob pena de não conhecimento*, eis que não cabe baixar os autos em diligência para completar o instrumento, nem é possível a juntada posterior” (grifou-se).

3) Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.025371-2/0001.00, de São Carlos, rel. Des. Nilton Macedo Machado:

“[...] ‘A nova sistemática do agravo de instrumento atribui ao advogado da parte recorrente o dever de formar o recurso com todas as peças essenciais exigidas pela lei, *fiscalizando-as quanto à regularidade e apresentação*’ (STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental no AI n. 120.596/DF, rel. Min. José Delgado, DJU de 6-10-97) [...]” (grifou-se).

4) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) em Agravo de Instrumento n. 2001.021376-1/0001.00, de Curitiba, rel. Des. Jaime Ramos:

“Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Certidão de intimação da decisão agravada incompleta — Aposição de assinatura do advogado declarando-se ciente da decisão recorrida — Insuficiência como prova da tempestividade — Seguimento negado — Agravo não provido.

“[...] Por se tratar de prova produzida unilateralmente, a simples aposição da assinatura do advogado, declarando-se ciente da decisão recorrida, não é suficiente para comprovar a tempestividade do recurso, por isso que não afasta a exigência de juntada da certidão completa sobre a intimação da decisão recorrida, expedida pelo Escrivão Judicial [...]”.

O agravo sucessivo, *data maxima venia*, não merece ser provido.

III — Decisão

Pelo exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 9 de setembro de 2004.

Silveira Lenzi,

Presidente, com voto;

Ronaldo Moritz Martins da Silva,

Relator.

AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC) NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.019485-4/0001.00, DE JOINVILLE

Relator: Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva

Agravo de instrumento — Endereçamento ao juízo de primeiro grau com pedido de reconsideração do decisor atacado — Posterior pleito para a remessa das peças a este pretório via protocolo unificado — Dever do recorrente de fiscalização e vigilância quanto à regularidade formal não cumprido — Seguimento negado, ao argumento de haver dúvida acerca da efetiva data da apresentação das razões de inconformismo, diante dos desacertos do insurgente — Agravo sucessivo desprovido.

Ao utilizar-se da facilidade do protocolo unificado, cabe ao agravante apresentar o recurso no respectivo setor do Juízo de primeiro grau em absoluta ordem, instruindo-o com todos os documentos necessários ao seu conhecimento, não se admitindo a sua cômoda postura de entregar aos servidores do Judiciário a tarefa de conferência das peças.

É do recorrente o ônus pela regularidade formal do agravo de instrumento, sua verificação, fiscalização e vigilância.

Se a sucessão de desacertos do agravante gera dúvida a respeito da indispensável necessidade do protocolo simultâneo de

petição de interposição do agravo e suas razões, a negativa de seguimento à insurgência recursal mostra ser a solução adequada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, CPC) no Agravo de Instrumento n. 2004.019485-4/0001.00, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que são agravantes Banco Boavista Interatlântico S.A. e outros, sendo agravada Joceane de Fátima Venturi:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se do recurso previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto pelo Banco Boavista Interatlântico S.A. e outros contra a decisão de fls. 521 a 523 que negou seguimento ao agravo de instrumento intentado pelos ora recorrentes, ao argumento de haver dúvida acerca da efetiva data da apresentação das razões de inconformismo, diante do confuso procedimento adotado pelos insurgentes.

Requer o provimento do agravo sucessivo (fls. 527 a 533).

É o relatório.

II — Voto

O recurso é tempestivo e o preparo foi efetuado na data da sua interposição (fls. 526 e 527 e 552).

O *decisum* impugnado merece ser mantido pelos seus próprios fundamentos, *in verbis*:

“[...] Os recorrentes sustentam a tempestiva da interposição do agravo, contudo, segundo alegam, a petição foi dirigida, equivocadamente, à 4ª Vara Cível da comarca de Joinville, motivo pelo qual requereram àquele Juízo o desentranhamento das peças correspondentes e o seu encaminhamento a este Tribunal, via protocolo unificado (fls. 2 e 3).

“A procuradora dos agravantes foi intimada do teor do *decisum* impugnado (fls. 488 e 489), por meio de publicação no Diário da Justiça do dia 21-6-2004, conforme se observa da certidão de fl. 491.

“Aplicando-se o tríduo previsto no Provimento n. 03/1992 da Corregedoria-Geral da Justiça e no art. 453 do CNCGJ, o prazo de 10 (dez) dias (art. 522, *caput*, do CPC), para a interposição da insurgência recursal, teve início na data de 25-6-2004 (6ª feira), encerrando-se em 5-7-2004 (2ª feira), porquanto o décimo dia caiu num domingo.

“À fl. 4, foi juntada cópia da petição de agravo, dirigida ao MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville e protocolada em 2-7-2004 (6ª feira).

“Repousa às fls. 5 e 6 o interlocutório prolatado pelo magistra-

do de primeiro grau, no qual, diante do requerimento dos ora recorrentes, determinou o desentranhamento das ‘peças e documentos de fls. 452 a 959’ e o seu encaminhamento, via protocolo unificado, a esta Corte.

“Analisando os autos, verifica-se a ausência das fls. 452 a 469 da origem.

“Logicamente, correspondendo a fl. 451 da origem à petição de agravo (fl. 4), as fls. 452 e seguintes (também da origem), certamente, contemplam as razões do recurso.

“Constata-se, portanto, que a petição e as razões juntadas às fls. 7 a 24 (fls. 963, e 965 a 981 da origem) não devem ser aquelas inicialmente encaminhadas, ‘equivocadamente’, ao Juízo *a quo*. Podem ser peças novas, à vista do requerimento de fl. 514 (fl. 961 da origem), datado de 8-7-2004, quando já havia-se esgotado o prazo recursal.

“Essa circunstância, *data venia*, conspira contra os recorrentes e gera dúvida acerca da indispensável necessidade do protocolo simultâneo de petição de interposição do agravo e das suas razões, o que impede o conhecimento da insurgência recursal [...]” (fls. 521 e 522).

Não procede o argumento do recorrente no sentido de que o agravo de instrumento foi erroneamente juntado no processo em trâmite no primeiro grau.

O aludido recurso foi endereçado ao “Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito

da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville–SC” e o agravante requereu, “com base nas anexas razões de agravo, se digne V. Excia. reconsiderar a r. decisão agravada, oficiando-se, nesse caso, o egrégio Tribunal *ad quem* acerca do juízo de retratação” (fl. 4 — fl. 451 na origem).

Há evidência que, em razão dessa circunstância, a peça recursal foi encartada no feito.

O Magistrado singular, então, proferiu o despacho de fls. 5 e 6 (fls. 471 e 472 na origem), nestes termos:

“[...] 4 — Na data *infra*, foi recebida petição do agravante, na qual noticia o seguinte: ‘Esta parte interpôs agravo de instrumento, de forma tempestiva e regular, efetuando o preparo, mas, equivocadamente, protocolou o referido agravo perante a 4ª Vara Cível de Joinville quando deveria ter sido encaminhado diretamente ao Tribunal. Assim, requer a juntada do comprovante de recolhimento do protocolo unificado, para que este Juízo remeta o agravo de instrumento ao Tribunal [...]’.

“5 — A interposição de agravo de instrumento perante este Juízo, por óbvio, é descabida, a teor do art. 524 do CPC. Contudo, sem entrar na questão da admissibilidade ou não do agravo interposto (questão que deve ser analisada pelo órgão competente), o fato é que o agravante requer a remessa do recurso ao Tribunal de Justiça, juntando o comprovante do pagamento do protocolo unificado. Se a própria parte assim o requer, o pedido

deve ser deferido, sobretudo porque salutar à ordem do processo [...]”.

Com efeito, *data venia*, o tumulto procedimental foi criado exclusivamente pelo agravante. Não pode este, agora, imputar ao serviço judiciário a responsabilidade pelos equívocos cometidos.

Vale lembrar que é do insurgente o ônus pela regularidade formal do agravo de instrumento, sua verificação, fiscalização e vigilância.

A propósito do tema:

1) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) no Agravo de Instrumento n. 2003.013292-9/0001.00, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Câmara Civil Especial, j. 14-8-2003:

“Recurso cível. Agravo de instrumento [...] Seguimento negado pelo relator (CPC, art. 557). Interposição do agravo inominado. Alegação de fotocópia integral do processo. Recurso não provido.

‘A nova sistemática do agravo de instrumento atribui ao advogado da parte recorrente o dever de formar o recurso com todas as peças essenciais exigidas pela lei, fiscalizando-as quanto à regularidade e apresentação’ (STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental no AI n. 120.596/DF, rel. Min. José Delgado, DJU de 6-10-97) [...]” (grifou-se).

2) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) no Agravo de Instrumento n. 2003.011645-1/0001.00, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Câmara Civil Especial, j. 26-6-2003:

“Recurso cível. Agravo de instrumento [...] Seguimento negado pelo relator (CPC, art. 557, *caput*). Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) [...]”.

“Ao agravante incumbe examinar e fiscalizar a instrumentalização do recurso de agravo de instrumento [...]” (grifou-se).

3) Agravo de Instrumento n. 1999.021630-6, de Pinhalzinho, rel. Des. Gaspar Rubik, Quinta Câmara Civil, j. 9-8-2001:

“Agravo de instrumento. Instrução deficiente. [...] Recurso não conhecido.

‘É ônus do agravante a formação do instrumento [...] (1ª Conclusão do CETARS)’” (grifou-se).

4) Agravo (art. 557, § 1º, CPC) no Agravo de Instrumento n. 1999.005539-6, de Bom Retiro, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Terceira Câmara Civil, j. 25-5-1999:

“Agravo no agravo de instrumento (art. 557, § 1º, do CPC). Negativa de seguimento [...] Decisão mantida. Recurso desprovido.

‘Incumbe às partes o dever de vigilância na formação do instrumento, não produzindo nenhum efeito as peças obrigatórias juntadas noutra oportunidade (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 58.480-1, SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, STJ, 3ª T., m.)’” (grifou-se).

Na espécie, com mais rigor, deve-se atentar para a aludida obrigação, porquanto o reclamo foi inter-

posto sem a observância das formalidades legais expressamente previstas na legislação processual.

Sublinha-se que, ao utilizar da facilidade do protocolo unificado, cabia ao agravante apresentar o recurso no respectivo setor do Juízo de primeiro grau em absoluta ordem, instruindo-o com todos os documentos necessários ao seu conhecimento.

Os servidores do Judiciário, como é intuitivo, não têm a atribuição de conferir para o insurgente se os pressupostos de admissibilidade restaram observados.

In casu, competia unicamente ao agravante, antes do recurso ser encaminhado a este Pretório, promover as diligências necessárias à sua viabilidade. No entanto, assim não procedeu, devendo arcar com as consequências da sua inércia.

A sucessão de desacertos do recorrente é patente.

Inicialmente, endereça o agravo de instrumento ao Magistrado singular, e pede a este a reconsideração do ato judicial atacado. Ao constatar

a erronias, postula a remessa da inconformidade para esta Corte de Justiça e, somente nesse momento, promove o pagamento das despesas relativas ao protocolo unificado.

Como visto, a negativa de seguimento ao reclamo resultou, *data venia*, da inexatidão procedimental do agravante.

As justificativas apresentadas no agravo nominado não podem ser acolhidas.

III — Decisão

Pelo exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 23 de setembro de 2004.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Ronaldo Moritz Martins da Silva,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES N. 2003.030127-5/0001.00, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Orli Rodrigues

Embargos de declaração — Omissão e prequestionamento — Pretensão de reexame de matéria decidida no acórdão — Inviabilidade de rediscussão do que está suficientemente julgado — Requisito de embargabilidade inexistente — Rejeição.

“Os embargos de declaração não se prestam para rediscutir matéria já solvida em duplo grau de jurisdição, inadmissível buscar neles efeitos infringentes” (RJTJRGs — 177/178).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao acórdão dos Embargos Infringentes n. 2003.030127-5/0001.00, da comarca de Biguaçu (2ª Vara), em que é embargante Transportes Adriano Ltda., sendo embargada Plasc — Plásticos Santa Catarina Ltda.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Transportes Adriano Ltda., inconformada com a decisão deste Grupo de Câmaras que, por uniformidade de votos, deu provimento ao recurso de embargos infringentes, declarando a responsabilidade civil da empresa transportadora pelo furto da mercadoria, compareceu aos autos

com tempestivos embargos de declaração, com efeito modificativo, alegando omissão no julgado no tocante à aplicação dos arts. 1.058 do CC de 1916 e 333, II, do CPC.

Defende que seu preposto não agiu culposamente no infortúnio, pois tomou todas as precauções inerentes à atividade de transporte, razão pela qual deve ser reconhecida a ocorrência de força maior na espécie.

Sucessivamente, pede o pronunciamento expresso deste Órgão Julgador a respeito dos dispositivos citados para que seja viabilizada a interposição de recurso às instâncias superiores.

Este é o relatório.

II — Voto

O recurso não comporta acolhimento.

O que se deduz da peça recursal de fls. 184 a 187 é que a embargante está pretendendo o reexame de matéria já decidida por ocasião do julgamento, com reforma do decisório, o que, evidentemente, fere a fundo a sistemática recursal, embora não seja o caso de aplicação da regra do parágrafo único do art. 538 do CPC.

As matérias relacionadas com os dispositivos citados — ônus da prova e não responsabilização civil da devedora em face de caso fortuito ou força maior — foram devidamente tratadas no aresto, porém com interpre-

tação desfavorável à empresa embargante.

A falta de citação dos artigos na fundamentação do acórdão é absolutamente irrelevante, pois as teses jurídicas invocadas restaram afastadas com argumentação compreensível à parte acionada.

Nesse sentido:

“Embargos de declaração — Disposição legal não mencionada no acórdão — Desnecessidade — Omissão não caracterizada — Embargos rejeitados.

‘O dispositivo legal não é requisito essencial da sentença’ (JTJ/SP 155/122)” (Embargos de Declaração no MS n. 2000.011928-8, da Capital, rel. Des. Gaspar Rubik).

À hipótese em exame, aplica-se o julgado deixado pelo saudoso Des. Alves Pedrosa, *ipsis literis*:

“Sendo os embargos de declaração um recurso de natureza estrita, não se pode, através dele, renovar discussão sobre questões julgadas no mérito, para corrigir ou alterar qualquer fundamento constante do acórdão, ou modificar-lhe a conclusão” (RF 250/328).

No mesmo sentido, precedente da lavra deste Relator, nos embargos de declaração opostos na Apelação Cível n. 1998.011276-1, da Capital:

“Embargos de declaração — Omissão e prequestionamento — Indisfarçável pretensão das embargantes em obter reexame da matéria

decidida, com modificação da conclusão do decisório — Inviabilidade de rediscussão do que está suficientemente julgado — Rejeição do reclamo recursal.

“1. ‘Os embargos de declaração não se prestam para rediscutir matéria já solvida em duplo grau de jurisdição, inadmissível buscar neles efeitos infringentes’ (RJTJRGS — 177/178).

“2. ‘Os embargos de declaração não servem para responder a questionários sobre meros pontos de fato; para reexame de matéria de mérito; para explicitar dispositivo legal, quando a matéria controvertida foi resolvida; para repetir a fundamentação da sentença de primeiro grau adotada pelo acórdão; para obrigar o juiz a renovar ou reforçar a fundamentação do decisório; para provocar lições doutrinárias; para abrandar o impacto que a concepção jurídica do julgador cause aos jurisdicionados; para esclarecimento de matéria doutrinária; para permitir a interposição de recurso extraordinário, pois a Súmula 356 não

criou caso novo de embargos de declaração. Embargos rejeitados’ (Fonte: RJTJRGS — 148/166)”.

Pelo meu voto, estou rejeitando os embargos de declaração opostos.

III — Decisão

Por tais razões, o Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por uniformidade de votos, rejeitar os embargos declaratórios.

Tomaram parte no julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira, Wilson Augusto no Nascimento, José Volpato, Monteiro Rocha, Luiz Carlos Freysleben, Salete Silva Sommariva e Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 13 de dezembro de
2004.

Orli Rodrigues,
Presidente e Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.002232-2, DE TUBARÃO

Relatora: Des. Salete Silva Sommariva

Apelação cível — Reintegração de posse — Pedido de indenização por perdas e danos — Carência de ação — Ilegitimidade

de parte — Inépcia da inicial — Cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide — Inocorrência — Presença dos pressupostos de desenvolvimento regular do processo — Prefaciais afastadas.

Não há falar em carência de ação quando estiverem presentes todos os pressupostos de desenvolvimento válido do processo.

Todos aqueles que possuem interesse jurídico vinculado à decisão da lide estão legitimados para integrar o feito, mormente quando a eficácia da decisão ficar condicionada à participação de todos os interessados.

A cumulação do pedido possessório com ressarcimento por perdas e danos, mencionado no art. 921 do Código de Processo Civil, deve observar o disposto no art. 292 do mesmo diploma legal. Entretanto, não induz inépcia da inicial quando os pedidos possessório e indenizatório forem deduzidos, cada qual, contra apenas um dos réus, se dessa atitude não decorreu prejuízo processual às partes.

À luz do Código de Processo Civil, sempre que os aspectos decisivos da demanda já estiverem suficientemente demonstrados, é dever do julgador proceder ao julgamento antecipado da lide, em prol da celeridade e efetividade processual.

Apelação cível — Reintegração de posse cumulada com indenização por perdas e danos — Concubinato — Morte do companheiro antes da entrada em vigor da Constituição e da Lei n. 9.278/96 — Aplicação da Súmula 380 do STF — Contribuição indireta para aquisição dos bens — Possibilidade — Direito à meação já reconhecido em demanda diversa — Reintegração e indenização devidas — Recursos desprovidos.

Se antes da vigência da Lei n. 9.278/96, que regulamentou o § 3º do art. 226 da atual Constituição, o concubinato foi extinto pela morte do companheiro, a concubina somente terá direito à meação se comprovar que os bens foram adquiridos pelo esforço conjunto do casal (Súmula 380/STF).

Reconhecido, em recurso diverso, que a contribuição indireta dada pela concubina foi indispensável à aquisição dos bens

da sociedade de fato, inclusive, garantindo-lhe o direito à meação patrimonial cuja partilha ainda não foi realizada, a ela cabe proteção possessória do bem que serviu de moradia do casal durante a relação concubinária.

Estando evidenciada a ocorrência de prejuízo ocasionado diretamente pelo esbulho possessório praticado pelos réus, a responsabilidade civil e o conseqüente dever reparatório devem ser reconhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.002232-2, da comarca de Tubarão, em que são apelantes Maria Lenyr das Neves Rodrigues e outro e apelada Élia Alves de Medeiros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, quanto ao mérito, negar provimento às apelações.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Tubarão, Élia Alves de Medeiros ajuizou ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos contra Gravatal Hotéis de Turismo S.A. e José Agostinelli Neto, objetivando ser restabelecida na posse da butique e suíte localizados no Hotel Internacional de Gravatal, onde residia em companhia do *de cujus*.

Sustenta sua pretensão no argumento de que, após a morte de seu companheiro, firmou acordo judicial com o inventariante, por intermédio do

qual se comprometia a desocupar a suíte e a butique do hotel em troca de uma pensão mensal que lhe garantir-se o sustento. Referida avença foi objeto de recurso interposto por Maria Lenyr das Neves Rodrigues, tendo sido anulada ante a falta de participação de todos os interessados (art. 992, II, CPC), motivo pelo qual deve ser reintegrada na posse dos imóveis acima descritos.

A liminar pleiteada foi concedida, restituindo à autora a posse dos bens descritos na inicial, determinando-se a citação da ré, oportunidade em que Maria Lenyr das Neves Rodrigues foi incluída no pólo passivo da demanda, na condição de litisconsorte passiva necessária, nos termos do art. 47 da *Lex Instrumentalis* (fls. 90 a 97). Posteriormente, por decisão deste Tribunal, referida liminar foi cassada (fl. 273) ao argumento de já ter sido fixada pensão alimentícia em favor da autora, não sendo lícito “locupletar-se às custas do acordo anulado, de sorte que até a decisão final da lide alimentar, a reintegração não merece validade”. Por oportuno registrar que posteriormente esta Corte também revogou a decisão que concedeu alimentos à apelada.

Citados, os réus apresentaram resposta, na forma de contestação, aduzindo, em preliminar, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva *ad causam* e carência de ação. No mérito, salientaram que a autora ocupava os imóveis por ato de mera tolerância, não tendo direito à proteção possessória e à indenização perseguida, mormente pelo fato de não ter comprovado os requisitos autorizados do deferimento do pleito.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Julgador proferiu a sentença de fls. 400 a 404, por intermédio da qual afastou as prefaciais e, no que concerne ao mérito, julgou parcialmente procedente o pedido, reintegrando a postulante nos imóveis descritos no pacto de fl. 28, bem como condenou os réus ao pagamento de indenização e lucros cessantes, cujo valor deve ser apurado em liquidação de sentença.

Inconformada, Maria Lenyr das Neves Rodrigues interpôs apelação, aduzindo que o art. 158 do Código Civil é inaplicável à espécie e a restituição do *status quo ante* deve impor à autora a devolução dos valores que recebeu em razão do acordo anulado. Asseverou, ainda, a carência da ação possessória, ao argumento de que a autora não tinha posse dos imóveis, mas, sim, mera detenção e, pelo mesmo motivo, afirmou que o pedido indenizatório deve ser julgado improcedente (fls. 407 a 420).

Irresignado com a prestação jurisdicional que lhe foi entregue, o

acionado Gravatal Hotéis de Turismo S.A. interpôs recurso de apelação, ratificando as teses aduzidas na instância inferior, além de pugnar pelo reconhecimento do cerceamento de defesa para que fosse anulado o feito a partir da sentença objurgada, devendo ser proferida outra decisão no sentido de extinguir a demanda sem julgamento do mérito, acolhendo-se as preliminares suscitadas ou, alternativamente, declarando a improcedência dos pedidos formulados (fls. 423 a 446).

Em contra-substratos recursais, Élia Alves de Medeiros pleiteou pela antecipação de tutela, a fim de que fosse restituída na posse dos imóveis em tela, oferecendo em garantia o direito conquistado na ação declaratória de sociedade de fato e, ao final, clamou pela improcedência dos recursos interpostos (fls. 449 a 454).

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição das preliminares e, quanto ao *meritum causae*, pelo conhecimento e provimento dos apelos oferecidos (fls. 83 a 85).

II — Voto

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, ensejando, pois, decisão de mérito a seu respeito.

Aprioristicamente, tendo em vista as prefaciais levantadas, atento à ordem de prejudicialidade que a melhor técnica impõe, surge como

primeiro ponto de análise a preliminar de carência de ação, ventilada sob o argumento de que a autora, como concubina do *de cujus*, não detinha a posse dos imóveis referidos na inicial, não fazendo *jus*, portanto, à proteção possessória pleiteada.

Como se vê, o busílis da prejudicial cinge-se, tão-somente, em averiguar se a demandante goza da condição de possuidora dos bens, ou seja, se ela realmente tinha a posse dos imóveis que usufruía com seu falecido companheiro ou se neles residia apenas na condição de mera detentora. A despeito de ter sido sempre tratada como preliminar, à luz do contido no art. 927, inciso I, do Código de Processo Civil, a questão da existência ou inexistência de posse induz, respectivamente, na procedência ou improcedência do pedido possessório e não na extinção do feito sem análise de mérito (art. 267, CPC), tendo, portanto, evidente cunho meritório, motivo pelo qual sua apreciação deve ser relegada para o momento oportuno.

Afasta-se, por conseguinte, a prejudicial invocada.

Quanto à preliminar de inépcia da inicial, argüida sob a alegação de que a cumulação de pedidos mencionada no art. 921 do Código de Processo Civil somente é possível quando voltados contra a mesma pessoa, melhor sorte não socorre aos recorrentes.

Com efeito, consoante se verifica da petição inicial (fl. 7), o pedido possessório foi dirigido contra o recor-

rente Gravatal Hotéis Turismo S.A., enquanto o pleito indenizatório foi direcionado em desfavor do inventariante José Agostinelli Neto.

A esse respeito, o art. 921, inciso I, do Código de Processo Civil expressamente admite a cumulação do pedido possessório com o pleito de condenação por perdas e danos. Entretanto, essa cumulação de pedidos deve obedecer a certos requisitos, valendo ressaltar a lição de Adroaldo Furtado Fabrício:

“Importa desde logo lembrar aqui que os requisitos gerais de admissibilidade de cumulação de pedidos estão definidos no art. 292, § 1º, do Código, e entre eles se coloca o de identidade de forma do procedimento. Esta exigência, porém, é atendível mediante renúncia, por parte do autor, ao rito especial ou aos ritos especiais que em tese corresponderiam a um ou alguns dos pedidos, com a consequente adoção para todos o rito ordinário” (*Comentários ao código de processo civil*. 8ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, tomo III, 2002, p. 407 a 408).

Dessa feita, não pairam dúvidas de que a cumulação de pedidos ora mencionada deve obedecer ao art. 292 do Digesto Processual Civil, que dispõe o seguinte:

“Art. 292. É permitida a acumulação, num único processo, *contra o mesmo réu*, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

“§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

“I — que os pedidos sejam compatíveis entre si;

“II — que seja competente para conhecer deles um mesmo juízo;

“III — que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

“§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação se o autor empregar o procedimento ordinário” (grifou-se).

Se assim o é, ao contrário do que foi referido na sentença hostilizada, a cumulação de pedidos a que se refere o art. 921 da *Lex Instrumentalis* fica condicionada à identidade quanto ao pólo passivo da demanda, situação que, conforme já mencionado, inexistente *in casu sub examine*.

Contudo, em que pese a constatação *supra*, atento às peculiaridades do presente caso, denota-se que a simples existência de dois pedidos, cada qual deduzido contra apenas um dos réus, não constitui, por si só, obstáculo à cumulação sob enfoque. Isso porque é de se observar que as partes recorrentes foram incapazes de identificar qualquer prejuízo que tenha advindo da cumulação de pedidos da forma como realizada nos presentes autos. Ao contrário, vislumbra-se que a adoção do rito ordinário ampliou a oportunidade de defesa dos réus, favorecendo que a parte contra a qual foi direcionado apenas o pleito possessório efetuas-se defesa, inclusive, sobre o pedido indenizatório e vice-versa.

Assim sendo, em atenção aos princípios da instrumentalidade, efetividade e celeridade processual e não havendo prejuízo decorrente da sistemática adotada nos presentes autos, é de se afastar a preliminar de inépcia da inicial por impossibilidade de cumulação de pedidos.

A prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam*, levantada sob a alegação de que o acordo foi celebrado com o espólio de Hélio Armando Agostinelli, o qual não integra o feito, não havendo interesse comum dos apelantes, não merece ser acolhida.

Isso porque, consoante bem salientado pelo douto Procurador de Justiça, os imóveis cuja reintegração se pretende apresentam relação direta com as partes envolvidas, pois não se tem, até aqui, notícia de homologação de partilha que seja capaz de identificar a quem caberão os bens sob comento após o término do inventário.

Dessa feita, é inegável o fato de que a solução da presente demanda afetará a situação jurídica de todos os recorrentes, legitimando-os para compor a lide e impondo o afastamento da proemial engendrada.

Por fim, resta analisar a prefacial de nulidade da sentença por cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, o qual, segundo alegação dos apelantes, impossibilitou a produção da prova testemunhal requerida, impedido a comprovação de que a autora não detinha a posse dos imóveis.

Nesse aspecto, em que pesem os argumentos trazidos pelos recorrentes, não se vislumbra dos autos qualquer elemento de prova capaz de evidenciar a necessidade da oitiva de testemunhas. Essa comprovação é indispensável à caracterização do cerceamento de defesa.

De igual maneira, denota-se que o fato de a autora ter residido com o *de cujus* na suíte do hotel, bem como ter trabalhado na boutique localizada no térreo daquele mesmo estabelecimento, é incontroverso, porquanto não impugnado no momento da contestação. Assim, na forma do art. 334, inciso III, do Digesto Processual Civil, é dispensável a produção de prova a esse respeito, bastando, apenas, verificar se essa situação induz, ou não, posse.

Ademais, a exegese do art. 330 do Código de Processo Civil permite concluir que o julgamento antecipado da lide é legítimo sempre que os aspectos decisivos da demanda já estiverem suficientemente líquidos para embasar o convencimento do julgador.

Nesse sentido é o julgado do Pretório Catarinense que ora se traz à colação:

“Julgamento antecipado da lide — Cerceamento inexistente.

“A necessidade da produção de outras provas, além das já existentes nos autos, se submete à prudente discricção do juiz, impondo-se o julgamento antecipado da lide quando as provas requeridas pelas partes forem absolutamente irrelevantes para o pro-

nunciamento do juízo decisório, evitando-se, desta forma, a prática de atos inúteis ao processo, atendendo aos princípios da economia e celeridade processual” (Ap. Cív. n. 97.009254-7, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Diante de tais considerações, não tendo os apelantes se desincumbido do ônus de demonstrar a necessidade da produção da prova por eles pretendida, não há reconhecer o cerceamento de defesa alegado, razão pela qual se afasta a prefacial invocada.

Vencidas as preliminares, quanto ao mérito, o inconformismo dos apelantes consiste no fato de ter sido conferida a proteção possessória à autora, não obstante a ausência de posse, porquanto, na condição de concubina, ela não poderia ser considerada co-possuidora dos imóveis, mas, sim, e tão-somente mera detentora dos bens.

Com efeito, o possuidor tem o direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no caso de esbulho (art. 926, CPC), desde que cumprido o disposto no art. 927 da Lei Adjetiva Básica, *verbis*:

“Art. 927. Incumbe ao autor provar:

“I — a sua posse;

“II — a turbação ou esbulho praticado pelo réu;

“III — a data da turbação ou do esbulho;

“IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manuten-

ção; a perda da posse na ação de reintegração”.

Com relação à posse, a demandante assevera que viveu maritalmente com o falecido Hélio Armando Agostinelli por mais de 20 (vinte) anos, sendo que, após o desquite do finado com a recorrente Maria Lenyr das Neves Rodrigues, ocorrido em 14-11-1972, passaram a coabitar uma suíte, de aproximadamente 90,00m² (noventa metros quadrados), localizada na cobertura do hotel internacional que era administrado pelo *de cujus* e a usufruir de uma butique localizada no térreo daquele mesmo estabelecimento.

Em tese, não haveria maiores problemas em caracterizar tal situação como composses da autora sobre os imóveis em discussão, uma vez que se tratam de bens indivisíveis cuja posse era exercida simultaneamente pelo falecido e pela demandante.

Acerca da composses, esclarecedora se revela a lição de Arnold Wald. Senão vejamos:

“No direito brasileiro, conhecemos a composses *pro indiviso* ou *in solidum*, quando diversas pessoas possuem ao mesmo tempo uma coisa na sua totalidade, nenhuma podendo excluir a posse das outras. Tal situação ocorre em relação aos cônjuges que normalmente têm a composses das coisas que lhes são comuns e aos herdeiros que, antes da partilha, são condôminos e muitas vezes composses da herança.

[...]

“No caso da composses, qualquer um dos composses pode utilizar os interditos possessórios contra terceiros que venham a perturbar a sua posse” (*Direito das coisas*. 4^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 59).

A relação de concubinato existente entre a recorrida e o falecido Hélio Armando Agostinelli não foi objeto de impugnação pelos apelantes quando da apresentação de suas respostas, ganhando *status* de fato incontroverso que, na forma do art. 334, inciso III, do Código de Processo Civil, independe de comprovação.

Dessa feita, estando comprovada a condição de concubinato e coabitação existente entre a autora e o *de cujus*, resta apenas verificar se essa relação coloca a recorrida na condição de co-possuidora dos bens, como forma de preencher o primeiro requisito à proteção possessória pleiteada (art. 927, I, CPC).

Nesse contexto, denota-se que visando a regulamentar o § 3º do art. 226 da CRFB/88, em 10-5-1996 entrou em vigor a Lei n. 9.278 (Lei da União Estável) cujo art. 5º regula o seguinte:

“Art. 5º. Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

“§ 1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união”.

Dessa maneira, isenta-se de incertezas o fato de que, após a entrada em vigor do ato normativo supramencionado, a concubina era co-possuidora dos bens de seu companheiro, já que presumidamente adquiridos pelo esforço comum do casal.

Todavia, não se pode perder de vista o fato de que a regra do art. 226, § 3º, da CRFB/88 e a da Lei n. 9.278/96 somente atingem os fatos ocorridos após a sua vigência, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88 e art. 6º, § 1º, LICC). Se assim o é, considerando o fato de que a relação de concubinato entre a autora e o extinto teve seu termo com o falecimento deste último, ocorrido em 22-12-1986, ou seja, muito antes da vigência dos dispositivos legais antes mencionados, a união estável nestes autos noticiada não pode ser considerada situação análoga a do casamento, inviabilizando a aplicação da presunção contida no *caput* do art. 5º da Lei da União Estável.

A esse respeito, leciona Sylvio Capanema de Souza:

“A Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que disciplinou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, regulando os direitos assistenciais e patrimoniais decorrentes da união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, adotou o mesmo

regime comum de bens do casamento legítimo, ou seja, o da comunhão parcial, segundo o qual se comunicam aqueles bens havidos, onerosamente, no curso da união, ainda que por um só dos conviventes.

“Estabeleceu-se, inclusive, uma presunção legal de esforço comum para a aquisição dos bens que dispensa a prova da efetiva contribuição, ficando em condomínio todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

“É evidente que tal regime, que inclui tanto os bens móveis quanto imóveis, só se aplica a partir da vigência da Lei n. 9.278. Assim sendo, aqueles bens adquiridos por um dos companheiros antes de 10 de maio de 1996 não serão alcançados por esta presunção de esforço comum, não se considerando em condomínio, e sua partilha, entre os companheiros, uma vez dissolvida a união, obedecerá às regras do sistema antigo, aplicando-se a Súmula 380 do STF, que exige a prova da efetiva contribuição para a aquisição” (A união estável e o seu regime de bens, COAD — Informativo Semanal 47/96 — ADV, p. 590 e 599) (grifou-se).

Em situação semelhante não destoou o entendimento deste Pretório. Senão vejamos:

“Concubinato — Sociedade de fato — Extinção anterior à Lei n. 9.278/96 — Irretroatividade do novo diploma legal.

“Como regra geral, alcança a lei nova os efeitos decorrentes do esta-

do das pessoas, tendo assim aplicação imediata e geral, alcançando os efeitos ainda não produzidos dos fatos passados. Daí por que entendemos ser aplicável a Lei n. 9.278 às uniões estáveis vigentes à época de sua publicação, sendo irrelevante que se tenham constituído antes dela” (Ap. Cív. n. 97.011700-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Eder Graf, j. em 30-6-98).

Ou ainda:

“Dissolução de sociedade de fato — Impossibilidade de incidência das Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 — Extinção da sociedade de fato pela morte de um dos conviventes, anterior às Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 — Impossibilidade de retroação do novo diploma legal visando à declaração de união estável — Ausência de aquisição de propriedades em conjunto — Realização de serviços e compra de materiais pelo convivente supérstite, nas propriedades da *de cuius* — Indenização devida, sob pena de enriquecimento sem causa dos herdeiros — Sentença parcialmente reformada — Apelo parcialmente provido.

“As Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96 somente têm aplicação para os casos existentes após sua vigência, não podendo ser bem-sucedida uma reivindicação de meação ou herança em caso de óbito de companheiro ou companheira anterior a sua vigência, porque impera o princípio da irretroatividade do direito material, que se fundamenta na regra da imediata transmissão do domínio e da posse da herança aos herdeiros do *de cuius*, ao lado da capacidade para suceder ao

tempo da abertura da sucessão, conforme estabelece o Código Civil, nos arts. 1.572 e 1.577, pois são situações pretéritas, constituídas e exauridas sob o império da lei antiga, e a salvo do direito novo, que não pode retroagir” (Ap. Cív. n. 1999.008936-3, de Brusque, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 27-8-2001).

Dessa feita, restando inviável a aplicação da presunção sobredita, nos termos da Súmula 380 do Supremo Tribunal de Federal, confere-se à concubina o direito à meação dos bens adquiridos na constância da relação concubinária, desde que comprovado o fato de o patrimônio ter sido adquirido mediante o “esforço comum” dos companheiros.

Muito embora não haja nos autos qualquer elemento de convicção dando conta de ter havido contribuição material por parte da autora para a formação do patrimônio, é certo que a expressão “esforço comum” constante da Súmula 380 do STF deve ser entendida em sentido amplo para englobar a contribuição indireta da companheira, dando-se especial relevo, pois, à colaboração da mulher para a economia doméstica.

No mesmo norte, colhe-se do escólio jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

“Concubinato. Sociedade de fato. Partilha dos bens havidos mediante esforço comum.

“Para a ocorrência da sociedade de fato, não há mister que a contribuição da concubina se dê necessa-

riamente com a entrega de dinheiro ao concubino; admite-se para tanto que a sua colaboração possa decorrer das próprias atividades exercidas no recesso do lar (administração da casa, criação e educação dos filhos). Precedentes” (REsp n. 20202-8, de São Paulo, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 9-8-1994).

Ou ainda:

“Civil — Sociedade de fato — Contribuição indireta da companheira para a formação do patrimônio.

“I — A jurisprudência do STJ acolhe entendimento no sentido de que, se a concubina, direta ou indiretamente, contribuiu para a formação do patrimônio, a este faz jus.

“II — Recurso conhecido e provido” (REsp n. 120.335, do Rio de Janeiro, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 21-5-1998).

In casu sub examine, não está em discussão eventual participação da autora, direta ou indireta, na formação do patrimônio, porquanto tal circunstância já foi reconhecida na Apelação Cível n. 48.767, da relatoria do Des. Newton Trisotto, na qual a ela foi resguardado, inclusive, direito de meação. É certo, portanto, que a companheira laborava para o bom funcionamento da casa, além de trabalhar na butique, embora com rendimentos inferiores aos do varão.

Na referida apelação cível ficou estabelecido que “a parte do patrimônio das empresas que exceder ao apurado conforme exposto ante-

riormente, decorre de investimentos pessoais feitos pelo *de cujus*, formará o monte partilhável entre os filhos de Hélio e a autora”. Reconheceu-se, portanto, o condomínio entre a autora e o extinto em relação aos bens da empresa, dentre os quais se enquadram a suíte e a butique cuja reintegração nestes autos se pretende.

Reconhecida essa co-propriedade em demanda diversa, cai por terra o argumento de que a concubina não exercia posse sobre os imóveis em comento, deixando hialinamente preenchido o requisito do art. 927, inciso I, do Código Buzaidiano.

Com relação ao esbulho possessório, tem-se à fl. 102 que as partes formularam acordo judicial, por intermédio do qual ficou ajustado que a autora desocuparia os imóveis mediante o pagamento de uma pensão mensal. Entretanto, com a anulação do ajuste por esta Corte de Justiça (fls. 29 a 32), a pensão deixou de ser paga sem, todavia, que os imóveis fossem devolvidos à concubina meeira, caracterizando-se aí o esbulho possessório que alude o art. 927, inciso II, do Digesto Processual Civil.

A data do esbulho (art. 927, III, CPC), por seu turno, é aquela em que se verificou o trânsito em julgado do acórdão de fls. 29 a 32, que anulou a transação judicial para a desocupação dos imóveis e a perda da posse (art. 927, IV, CPC), sequer restou impugnada, dispensando comprovação nos termos do art. 334, III, c/c art. 302, ambos da *Lex Instrumentalis*.

Destarte, estando demonstrados todos os requisitos exigidos pelo art. 927 da Lei Adjetiva Básica, a reintegração da posse da suíte que a demandante residia com o *de cujus* e da butique, localizados, respectivamente, na cobertura e no térreo do Hotel Internacional de Gravatal, é medida que se impõe.

Por derradeiro, cumpre analisar a insurgência recursal no tocante à condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos e lucros cessantes decorrentes do período em que a autora ficou privada da utilização dos imóveis em questão.

A esse respeito, é imperioso salientar que, em se tratando de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (art. 159, CC/1916, e art. 186, CC/2002), para que seja reconhecido o direito à indenização é necessária a efetiva demonstração do dano, do comportamento ilícito (*dolo* ou *culpa*) do agente e do nexo de causalidade entre ambos, ou seja, é imprescindível a comprovação de que o postulante da indenização sofreu prejuízo diretamente ocasionado pela conduta indevida da outra parte.

A esse respeito, Silvio Rodrigues assevera o seguinte:

“[...] para a configuração da responsabilidade civil, é necessária a composição dos seguintes pressupostos: I) ação ou omissão do agente; II) culpa do agente; III) relação de causalidade; IV) dano experimentado pela vítima. [...] Ordinariamente, para que a vítima obtenha a indenização, de-

verá provar entre outras coisas que o agente causador do dano agiu culposamente” (Direito civil — responsabilidade civil. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14 a 17).

Com efeito, consoante assinado na sentença vergastada, o prejuízo decorrente da impossibilidade de a postulante usufruir da suíte e da butique, localizadas no Hotel Internacional de Gravatal, muito embora não seja possível a mensuração, é inconteste, motivo pelo qual, à caracterização do dever indenizatório, resta, apenas, a averiguação do comportamento culposos dos recorrentes e do nexo de causalidade entre esse comportamento e o prejuízo experimental.

Verifica-se dos autos que o comportamento culposos atribuído aos recorrentes consiste no fato de terem permanecido na posse dos imóveis mesmo após a anulação do acordo formulado nos autos do inventário, caracterizando esbulho possessório que deu razão ao prejuízo noticiado.

Essa questão já ficou esclarecida anteriormente, quando se caracterizou o esbulho possessório ensejador da reintegração, não pairando incertezas, portanto, de que a retenção do imóvel mesmo após a anulação do acordo que ensejou a sua desocupação (fl. 102) constitui-se comportamento ilícito capaz de gerar responsabilidade civil pelos danos verificados.

Por derradeiro, cumpre salientar que o nexo de causalidade ressal-

ta-se evidente, uma vez que o prejuízo ocasionado pela impossibilidade de utilização da suíte e da butique nestes autos mencionada decorreu diretamente da retenção indevida do bem por parte dos recorrentes.

Assim, verificada a ocorrência do dano suportado pela autora em razão do comportamento indevido dos recorrentes, o dever indenizatório revela-se imperativo, restando apenas a aferição do seu montante, o qual, à mingua de subsídios, será melhor apurado em liquidação de sentença.

Destarte, estando presentes os requisitos do art. 927 do Digesto Buzaidiano, bem como os pressupostos da responsabilidade civil dos recorrentes, nega-se provimento a ambas as apelações, mantendo-se incólume a decisão objurgada, a fim de julgar parcialmente procedentes os

pedidos reintegratório e indenizatório formulados na inicial.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, decide a Câmara, à unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 30 de março de 2004.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Saete Silva Sommariva,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.011330-4 , DE CAÇADOR

Relatora: Des. Saete Silva Sommariva

Apelação cível — Ação de adoção — Família biológica desestruturada — Mãe que se prostituía para sustentar 6 (seis) filhos menores — Entrega voluntária da criança em tenra idade à família substituta — Posterior arrependimento por insistência do pai biológico casado e com quatro filhos — Estudo social favorável ao casal postulante — Prevalência dos interesses da menor — Perda do poder familiar pelo desleixo dos pais biológicos independente de suas condições financeiras — Adoção deferida não como penalidade aos pais mas como prioridade do bem-estar da criança que já se encontra plenamente integrada ao novo lar — Recurso desprovido.

Se a criança foi entregue ao casal adotante por deliberação da própria mãe, desde o início da sua vida, em decorrência da ausência de condições materiais para a sua criação e abandono pelo pai biológico, e já se encontra integrada ao lar substituto, nele deve permanecer, regularizando-se a adoção e destituindo-se por consequência os pais biológicos do poder familiar.

Não se aplica in casu o art. 45 do ECA, que prevê a necessidade do consentimento dos pais para o pedido de adoção, quando houve a entrega espontânea da criança, ficando claro que nunca houve o exercício fático dos deveres do poder familiar. Não pode, nessas condições, o mero arrependimento dos pais biológicos prevalecer, mormente quando o infante já se encontra integrado à outra família, com afeto e estrutura familiar que jamais teve.

Faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o bem-estar de menores, vítimas da negligência de seus pais, a fim de salvaguardar direitos indisponíveis garantidos pela Carta Política de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.011330-4, da comarca de Caçador, em que são apelantes E. G. e N. B. da C., sendo apelados V. A. N. e L. de C. P.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

V. A. N. e sua mulher L. de C. P. ajuizaram ação de adoção em 12-11-99, requerendo, liminarmente, a

guarda e responsabilidade da menor B. G., nascida em 15-5-99., com base nos arts. 33, § 1º, 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os réus E. G. e N. B da C., pais biológicos da criança, contestaram, alegando que: a) a criança foi morar com os autores com aproximadamente 4 (quatro) meses; b) a mãe deixou a filha com os adotantes porque tem outros seis filhos para cuidar e estava com dificuldades antes do pai biológico voltar e passar a morar com ela, inclusive registrando sua filha em audiência, reclamando-a no Fórum e no Conselho Tutelar; c) que os autores são proprietários de casas de prostíbulos, como confessado, não sendo ambiente adequado para a boa

educação da filha; d) que não houve o deferimento da guarda provisória e a forma de adoção é irregular.

O representante ministerial determinou a realização de novo estudo social em ambas as famílias envolvidas no processo de adoção, o que foi feito e juntado às fls. 69 e 70.

Foram juntados documentos referentes à ação de separação litigiosa do pai biológico da adotanda para comprovar o desleixo deste com a esposa e quatro filhos, havendo também boletim de ocorrência referente a “ameaça” exercida pelo pai biológico contra a adotante.

O Ministério Público, invocando o art. 23 do ECA, pronunciou-se no sentido de que a carência de recursos materiais não é motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder, opinando pelo indeferimento do pedido de adoção.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido, concedendo a adoção aos autores e dispensando o estágio de convivência por já se encontrar a criança vivendo com os adotantes há mais de três anos à época (fls. 111 a 117).

Irresignados, apelam os pais biológicos (fl. 125), arguindo que a análise da destituição do poder familiar somente poderia ser objeto de procedimento próprio, o que não ocorreu. Aduzem que a sentença foi proferida com base apenas no relato visivelmente parcial do Serviço Social, sem considerar a profissão dos adotantes e a forma irregular da adoção. Acrescen-

tam que a adoção depende do seu consentimento, conforme art. 45 do ECA.

Contra-arrazoando o apelo às fls. 144 a 149, mencionam os apela-dos jurisprudência dos tribunais pátrios sobre a destituição do pátrio poder pelo abandono material, intelectual e moral de filhos menores e invocam o interesse da infante na permanência no lar em que se encontra.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no sentido de negar provimento ao recurso, por ser de primordial interesse ao bem-estar da criança permanecer no lar em que vive há quase quatro anos (fls. 155 a 160).

II — Voto

Aduzem os apelantes a inviabilidade do manejo do pedido de destituição de poder familiar com o de adoção, devendo ser o primeiro objeto de procedimento próprio.

Vislumbra-se que é perfeitamente possível a cumulação do pedido de adoção com destituição do poder familiar, sendo esta uma consequência do deferimento do primeiro. Não há regra legal que impeça a cumulação dos pedidos, bem como inexistente julgamento *extra petita* se o acatamento da adoção acarreta, de conseguinte, a destituição do poder familiar. Por óbvio, quando os apela-dos requereram a adoção da criança implicitamente já objetivavam a destituição do poder familiar dos apelan-

tes, o que aconteceria mesmo se houvesse o expresse consentimento desses com a adoção.

Denota-se que a criança B. G. foi entregue ao casal adotante pela própria mãe biológica, em decorrência da ausência de condições para sua criação, inclusive tendo aquela de recorrer à prostituição para sustentar os outros 6 (seis) filhos.

Os estudos sociais realizados bem como os próprios depoimentos dos pais biológicos comprovam a precária noção de responsabilidade com os filhos, que não se pode confundir com a precariedade financeira.

Há de se admitir que a situação de miséria não impõe o desleixo com o bem-estar dos menores, pois em outros lares simples, em que pesem as agruras da vida, pode-se observar o desvelo dos pais pelos filhos e a integridade e estabilidade que une a família, com as dificuldades sendo enfrentadas com retidão e bons exemplos dos pais, que por não raras vezes servem como esmeril para formar personalidades fortes e batalhadoras.

Vale transcrever aqui trecho do parecer da lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, que com precisão ao caso manifestou-se pelo deferimento da adoção:

“De acordo com o parecer, realizado após as visitas e entrevistas, resta claro que a criança teria seus direitos melhores atendidos permanecendo com os pretensos adotantes.

“Os pontos de divergência, portanto, cingem-se aos seguintes:

“Em primeiro lugar, a falta de consentimento dos pais biológicos ou a destituição de seu pátrio poder, como estabelece o art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“A mãe, embora tenha manifestado consentimento no início, mudou de idéia posteriormente. Quanto ao pai, após reconhecer a filha, oferece forte resistência ao processo adotivo. Deste modo, é de se reconhecer que realmente não houve a concordância dos genitores com a adoção. Já no tocante à destituição do pátrio poder, entendemos de maneira diversa.

“O pai, desde o nascimento da filha, não prestou à mesma qualquer assistência, seja material ou afetiva, abandonando a mãe com a recém-nascida. Quando questionado pela assistente acerca deste fato gravíssimo, respondeu somente que ‘teve problemas em Videira, por essa razão, não deu assistência à menina, mas agora está disposto a criá-la’ (fl. 18).

“Ao deixar a criança à própria sorte, infringiu o genitor o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe: ‘Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais’.

“Quanto à mãe da infante, é verdade que passava por sérias dificuldades, tendo um total de 7 (sete) filhos para criar. Contudo, em diversas ocasiões ela deixa claro que a

única razão pela qual quer a filha de volta, é para manter o amásio consi- go [...].

“Impossível, a nosso ver, reti- rar B. de uma família em que se en- contra plenamente ajustada, bem cui- dada e tratada, para devolvê-la aos pais biológicos, sendo que um deles, no momento está disposto a criá-la — mas não teve problema algum em abandoná-la no passado, quando aquela estava passando por sérias necessidades — e a mãe só quer a filha de volta para agradar o amásio. Ora, que espécie de pátrio poder pos- suem esses pais sobre B.?

“Mesmo após o início do litígio, os genitores continuaram não demons- trando interesse pela filha, vez que sequer cumpriram a determinação do Julgador Singular para a visitarem se- manalmente, de modo que a infante criasse algum vínculo com os mesmos (fl. 70) (grifei)

“Parece-nos, assim, que o ar- gumento de que não houve a destitui- ção do pátrio poder não é apto a im- pedir ou obstaculizar o processo ado- tivo em questão. O próprio Estatuto define, em seu art. 6º, a regra de in- terpretação a si aplicada, rezando que:

‘Art. 6º. Na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres in- dividuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’.

“O formalismo legal deve, por- tanto, ceder lugar ao objetivo maior da

lei, que é assegurar o bem-estar dos infantes.

[...]

“O artigo 45 do ECA condiciona a adoção ao consentimento dos pais ou de estarem destituídos do pátrio poder.

“Não se pode, porém, deixar a realidade dos fatos de lado — convi- vência longeva, laços familiares con- solidados, interesse da adotanda — para se dar atenção ao preenchemen- to de requisitos legais que, excepcio- nalmente, na hipótese, traduzem-se em formalismo inoperante, pois não atendem ao objetivo maior do proces- so de adoção, que é o de beneficiar o infante.

‘A proteção ao interesse do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado’ (Ap. Cív. n. 42.947, de Curitibaanos, rel. Des. Vanderlei Romer) (grifei).

“Outro ponto levantado pelos apelantes, é o fato de os requerentes possuírem dois bares de tolerância na cidade, o que impediria a concre- tização da adoção, haja vista a ausên- cia de ambiente familiar desejável.

“É certo que o ideal seria que os pais adotivos não tivessem qual- quer relação com este tipo de ativida- de. Entretanto, vivemos numa reali- dade extremamente imperfeita, na qual a função jurisdicional há que se munir de uma sensibilidade única com vistas a atingir efetivamente a melhor solução para o caso — que aqui re- presenta a decisão que resguarde a criança em adoção.

“E assim agiu o Magistrado Singular, determinando, além da realização do estudo social, mais duas outras visitas pela assistente para melhor avaliar a situação. Assim procedido, as conclusões foram unânimes em atestar o bem-estar de B., que de fato vive em ambiente familiar, completamente apartado dos bares cujos proprietários são os requerentes. O último informativo relata:

‘Temos a descrever que a infante B. G. recebe de V. e L. o que existe de melhor dentro da cidade para seu bem-estar, e é tratada com muito mimo, dedicação e desfruta de um excelente conforto.

‘Para proporcionar um melhor ambiente à menina, longe do trabalho, V. e L. mudaram-se do anexo ao bar, situado atrás da Rodoviária, e hoje habitam uma confortável casa alugada [...]’ (fl. 69).

“Ressalte-se, ainda, que se realmente a casa dos requerentes não oferecesse condições familiares adequadas, é certo também que a menina não estaria em ambiente ideal morando com os pais biológicos, já que a mãe admite que a prostituição é um meio seu de obter sustento (fl. 27).

“Ademais, retirar a menina que já mora com os pais adotivos já quase 4 (quatro) anos, sem um motivo extremamente grave, seria uma violência imensurável” (fls. 155 a 160).

Nessas condições, é desnecessária, inclusive, a ouvida dos pais biológicos para o deferimento do pedido

de adoção, posto que restou comprovado que o casal agiu de forma displacente, tendo a mãe entregue espontaneamente a criança.

Heloísa Helena Barboza, em artigo intitulado: “O consentimento na adoção de criança e de adolescente”, publicado na RF 341/71, elucida a questão afirmando que é “razoável afirmar-se que a adoção de criança e de adolescente opera a extinção do pátrio poder dos pais naturais, que se transfere, de pleno direito e sem necessidade de qualquer procedimento específico, para os adotantes. A análise dos requisitos específicos para a adoção não revela exigência da destituição prévia do pátrio poder. A adoção, por si só, opera o efeito extintivo, não prestando, portanto, prévia destituição a qualquer título”.

A posição jurisprudencial não diverge da doutrina:

“Menor — Adoção — Cumulação com destituição do pátrio poder — Admissibilidade — Hipótese, em que os pedidos são compatíveis, é competente o mesmo juízo e o procedimento é adequado para todos — Inteligência do art. 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Os dois pedidos, ainda que um deles (destituição do pátrio poder) esteja implicitamente vinculado ao outro (adoção), podem ser tratados num único processo, posto que compatíveis entre si, para ambos é competente o mesmo juízo e o tipo de procedimento é adequado para todos” (RT 692/58).

“Adoção — Deferimento sem prévia expressa destituição do pátrio poder — [...] — Prevalência do interesse da criança, e não de formalismos que não condizem com as normas do ECA — Recurso não provido — A perda do pátrio poder é conseqüência implícita da adoção, tornando-se dispensável o consentimento exigido pelo artigo 45, § 1º, do ECA — A menor em questão está perfeitamente integrada ao lar e o pai já constituiu nova família e não lhe dispensa nenhuma ajuda material — Invocada violação dos artigos 227 e 229 da Constituição da República de 1988 — Improcedência eis que tais deveres têm sido cumpridos pelos adotantes” (TJSP, relator Lair Loureiro — Apelação Cível n. 14.039-0 — Tatuí — 20-2-92).

“Adoção plena — Recém-nascido entregue a terceiros pela mãe — Menor já integrado no lar substituto, único que conheceu — Posterior casamento dos genitores, vindo o casal a apresentar condições satisfatórias de vida — Circunstância que em nada aconselha, do ponto de vista dos interesses da criança, seja alterada a situação existente, com entrega do menor a pessoas que as contingências da separação fizeram estranhas — Pedido deferido, destituídos os genitores do pátrio poder — Aplicação do art. 5º da Lei n. 6.697/79 [...] (RT 649/45).

‘Adoção plena — [...]’

‘Havendo suficiente evidência de que o menor, assim que nasceu, foi entregue a terceiro para colocação em lar substituto e de que o nascimen-

to resultou de união ocasional, e não de relacionamento razoavelmente prolongado, entre os genitores, sendo, aliás, escassa a responsabilidade destes, deve ser reconhecida a situação irregular da criança, destituído o pátrio poder dos pais e deferida a adoção plena ao casal que obteve a guarda provisória’ (RT 649/46)” (in Apelação Cível n. 98.011825-5, de Lages — Relator Desembargador Alcides Aguiar).

Em síntese, os pais biológicos, na prática, nunca exerceram os deveres que lhes competiam como atribuições do poder familiar, para que pudessem exigir os direitos dele decorrentes, não lhes garantindo o direito de anuir no futuro da criança que há muito tempo vive confortavelmente com outra família.

Pode-se concluir com clareza e tranqüilidade que: fosse o melhor caminho para a criança a sua retirada do lar substituto, isso já teria ocorrido, aliado ao bom senso das autoridades que interviram no presente feito, e o tempo contou a favor da criança, deve ser mantida no lar onde criou identidade e vínculo, já que lá vive por mais de 5 (cinco) anos.

Denota-se evidente a intenção da apelante que, na verdade, pretende apenas apoiar a vontade do pai da criança para tê-lo ao seu lado. Ademais, demonstrou que a filha não era sua prioridade ao afirmar que não tinha tempo de visitar a criança devido aos demais filhos que tem a seus cuidados, e que “*se perdeu um pouco de vínculo pela falta de convivência*”.

Extrai-se do depoimento da genitora às fls. 74 e 75:

“[...] que deu a criança por três meses para L. cuidar porque o pai não tinha assumido a filha, tendo registrado em seu nome em juízo, numa audiência. Que não assumiu a filha porque era casado. Que deu a criança para ser cuidada e L. disse que devolveria a criança numa boa. *A depoente disse que dissera que se N. não viesse para assumir a filha deixaria B. sob a guarda de L. A depoente viu B. pela última vez em dezembro de 2000, e depois disso não teve mais tempo, porque não tem com quem deixar as crianças, e que sempre tem o que fazer porque tem tanta criança.* Que não tem outros filhos com N. *A depoente acha que se perdeu um pouco de vínculo, pela falta de convivência.* No início a depoente visitava a criança toda semana, por determinação judicial. Quando a depoente entregou B. para L. estava sozinha eis que o pai de B. era casado. Disse N. da C., ter 49 anos e trabalha de pedreiro e tem rendimento variável, em torno de R\$ 800,00 por mês. Paga aluguel no valor de R\$ 80,00 reais. [...] Que é separado e tem outros quatro filhos vivos, e paga pensão no valor de R\$ 52,00 para sua filha deficiente física” (fls. 74 e 75).

Num dos três relatórios realizados pelo Serviço Social, encontra-se registrado:

“Na última audiência ficou estabelecido que E. G. como também o senhor N., deveriam visitar a infante, semanalmente, para que esta, passasse a habituar-se com os pais, no en-

tanto, a última visita de E. para B., aconteceu no dia de Natal e E. alega, que não visitou a menina, porque não tem com quem deixar os demais filhos [...].

“Na tentativa de diálogo que proporcionamos entre as duas mães, que aconteceu na casa de L., percebemos que ambas as mães desejam manter a infante, cada qual com seu motivo. L. deseja ficar com sua criança, porque a ama profundamente, não poderá ter mais filhos, sofre, chora com a possibilidade de vir a perder sua filha, que é a razão de sua vida. *E. quer a filha de volta, porque é mãe biológica, tem seus direitos e quer ter a filha a seu lado e o pai biológico, senhor N., a pressiona para reaver a filha, impondo-lhe condições;*

“*B. não reúne qualquer sentimento pela mãe biológica, que para ela é uma pessoa desconhecida, como não poderia ser diferente, porque a infante está há mais de um ano e seis meses, convivendo com os pais do coração*” (original sem grifo) (fls. 69 e 70)

Extrai-se, ainda, da sentença recorrida:

“O que realmente tem de ser considerado é a situação da criança, que, por incúria dos pais biológicos, foi conviver com os autores desde os cerca de quatro meses de idade, e que atualmente os têm como seus verdadeiros pais, ou seus pais do coração, que, consabidamente, importa muito mais do que a relação sanguínea. Atenta-se então para as constatações

da Assistente Social através de seus vários relatórios:

“Em 30-12-99, expôs que o réu, ‘quando questionado sobre o fato de ter abandonado sua filha todo esse tempo, sem reconhecer a paternidade e prestar a devida assistência à criança, ele se defende, dizendo que teve problemas em Videira, por essa razão, não deu assistência à menina, mas agora está disposto a criá-la’. Alertava também que ‘o empecilho maior para a concretização da adoção de B. pelo casal requerente, foi o retorno do suposto pai biológico, que não assumiu a responsabilidade perante sua filha, foi embora sem dar satisfações, porém voltou e passou a exigir seus direitos paternos (direitos, sem deveres?)’. E no parecer final, concluiu que “do princípio ‘dos melhores interesses da criança’, seria a permanência de B. com o casal requerente” (fls. 111 a 117).

Assim, o recurso deve ser desprovido, mantendo-se intocado o *decisum* combatido.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Dionizio Jenczak e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 17 de agosto de 2004.

*Salete Silva Sommariva,
Presidente e Relatora.*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022566-2, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Ação de indenização por dano moral — Protesto de cambial de valor quitado anteriormente — Anotação indevida — Sentença procedente — Insurgência do banco — Quantificação tarifada — Atecnia — Danos morais indenizáveis moralmente —

Inexistência de lei — Livre arbítrio judicial — Aspecto moral da quantificação — Redução do valor indenizatório — Acolhimento — Provimento parcial — Sentença reformada.

Comete ilícito, passível de indenização por dano moral, o banco que, mesmo tendo recebido a quantia devida, permite o protesto de cambial emitida em nome de cliente.

Inexistindo texto de lei quantificando danos à personalidade, o abalo de crédito é indenizável em patamar monetário que mantenha a essência moral do bem protegido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022566-2, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelado Luiz Carlos da Silva:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade, conhecer do recurso para dar-lhe provimento parcial e, por maioria de votos, fixar os danos morais em R\$ 3.000,00, vencido o Des. Monteiro Rocha, que os fixava em R\$ 1.000,00.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tratam os autos de ação de indenização por danos morais movida por Luiz Carlos da Silva contra Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, decorrente do indevido protesto de cambial paga.

Instruído o feito, a sentença julgou parcialmente procedente o pleito exordial, conforme se vê:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a presente demanda, para condenar o réu a pagar ao autor o valor de 100 salários mínimos a título de danos morais, sendo 50 salários mínimos para cada um dos títulos equivocadamente encaminhados a protesto.

“Em razão da procedência parcial, cada parte arcará com honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da respectiva sucumbência, nos termos do art. 21 do CPC”.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. apelou da sentença alegando que os valores fixados na decisão são indevidos, conforme posicionamento legal, razão pela qual postula o provimento do recurso para julgar improcedente a ação, ou a redução do *quantum* indenizatório.

Contra-arrazoando o apelo, Luiz Carlos da Silva postula o improviamento do recurso para manter a sentença de primeiro grau.

É o relatório.

II — Voto

Os presentes autos de ação de responsabilidade civil indenizatória por danos morais são provenientes de indevido protesto de título cambiário emitido por Besc Financeira S.A. contra o autor Luiz Carlos da Silva (fl. 12), cujo valor encontrava-se quitado por meio de lançamento bancário na conta corrente do requerente.

O apelante postula a reforma do *decisum* de primeiro grau para: a) julgar-se improcedente a indenizatória, ou, b) alternativamente, reduzir-se o *quantum* dos danos morais fixados em primeira instância.

a) No tocante à pretensão do apelante em reformar a sentença para julgar-se improcedente a demanda, esta não pode prosperar. O protesto do título emitido em nome do autor deu-se exclusivamente pela falta de diligência do apelante no tocante à administração de seus créditos, provenientes do contrato de financiamento que mantinha com o autor apelado, uma vez que, ao não observar a quitação do débito pelo autor, deixou que o título fosse apontado para protesto.

Certidão positiva de protesto, à fl. 12, atesta a inscrição de protesto de título apontado em 26-11-97, no valor de R\$ 601,10, pago em 26-11-97, conforme fl. 11.

A prova documental carreada aos autos revela com clareza o protesto indevido do título cambial emitido em nome do autor Luiz Carlos da Silva, embora não houvesse débito

deste para com o requerido Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

A Constituição Federal de 1988 consagrou explicitamente em seu art. 5º, V, a mais completa e integral reparação dos danos morais, resultando ser o dano moral indenizável.

O entendimento jurisprudencial dominante é o de que os danos morais não reclamam prova robusta e emergem do ilícito praticado pelo estabelecimento demandado contra o requerente, restando evidente o agravo e os constrangimentos decorrentes do abalo ao crédito do autor na praça.

Entretanto, ao dispensar-se a prova do dano moral, configura-se a adoção da responsabilidade civil objetiva, que em nosso sistema jurídico só excepcionalmente prevalece.

Como se sabe, em matéria de responsabilidade civil, a regra geral é a de que ela é subjetiva, não tendo o legislador dispensado expressamente o elemento subjetivo para a configuração dos danos morais.

Não bastasse isso, e levando em conta que o direito vive e reina sobre provas, em matéria de indenização por danos morais, o julgador não tem nenhum parâmetro objetivo para a respectiva fixação, decorrendo daí a nuvem espessa que dificulta diferenciar livre arbítrio de arbitrariedade.

Outrossim, o apelante deveria ter-se revestido de maior diligência na administração de seus créditos, resultando intolerável o apontamento para

protesto do título cujo valor se encontrava pago, conforme documento de fl. 11.

Porque o autor teve seu nome protestado, traz-se aos autos entendimento jurisprudencial que vem sendo aplicado até o presente momento, independentemente de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva e livre arbítrio ou arbitrariedade:

“Em se cuidando de indenização por dano moral em face de inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral (de natureza extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da própria inscrição irregular nesse cadastro” (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n. 165.727/DF).

“A inscrição em cadastro de instituição protetora de crédito, sem as devidas cautelas e eivada de irregularidade, implica, por si só, em dano moral” (TJSC, 2ª Câm. de Direito Civil, rel. Des. Anselmo Cerello, Apelação Cível n. 2000.018625-2, de São Carlos).

Em decorrência do narrado acima, verifica-se que pelo entendimento predominante — responsabilidade sem culpa — estão presentes todos os requisitos à configuração do ilícito moral e respectiva responsabilidade civil.

Improcede o pleito recursal que postula a improcedência da ação formulada por Luiz Carlos da Silva contra Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

b) Redução do valor condenatório

A ação de indenização por danos morais não pode objetivar o enriquecimento da parte acionante, mas, exclusivamente, buscar a declaração da prática de ilícito que lhe foi impingido, com a fixação de valor indenizatório que suavize o sofrimento moral da vítima.

Traz-se aos autos entendimento doutrinário aplicável ao caso vertente:

“Os tribunais brasileiros, em matéria de indenização de danos morais, têm concedido a reparação em dinheiro, na maioria dos casos. *A presente reflexão visa demonstrar o equívoco dos julgadores, pois a moral pertence ao campo da ética e, assim sendo, não pode ser transformada em dinheiro, que pertence ao campo da lógica. É necessário, urgentemente, rever a jurisprudência que está se formando, para que a reparação dos danos morais seja feita, exclusivamente, pelos meios morais*” (Ademir Buitoni, Reparar os Danos Morais pelos Meios Morais, São Paulo, Revista de Direito Privado, Editora Revista dos Tribunais, vol. 16, p. 37).

O mesmo autor, no trabalho anteriormente mencionado, complementa seu pensamento sobre a indenização dos danos morais pelos meios morais:

“A idéia de justiça, de ética, de moral [...] não pode ser confundida nem simbolizada pelo dinheiro, no desenvolvimento da vida jurídica. Há

valores que não podem ser transformados em moeda, nem quantificados como tal. Os planos estético, ético e lógico são distintos na vida humana e devem ser tratados como campos normativos inconfundíveis e inconversíveis entre si.

“É necessário que a Justiça Brasileira, que os operadores jurídicos, que a sociedade como um todo, *revisem a perigosa tendência atual de reparar os danos morais em dinheiro e comecem a propor a reparação, quando efetivamente cabível, pelos meios não pecuniários, a serem definidos caso a caso.*

“É interessante a contradição do argumento de muitos que advogam pela indenização pecuniária para punir o autor do dano, condenando-o a uma espécie de pena pecuniária. *O dano moral não é para reparar a dor da vítima? Ou é para punir pecuniariamente o autor? Para casos de punição existe o Código Penal. Parece que se quer criar uma nova pena pecuniária para pessoas físicas e jurídicas, sem previsão legal, ao arbítrio do julgador*” (p. 42 a 44).

A doutrina e a jurisprudência ora voltam seus recursos técnicos em favor do ofendido, ora fazem uso desses instrumentos objetivando punir o ofensor, de modo que este não venha a reincidir no ilícito. Entretanto, esse último entendimento não se coaduna com a natureza do direito civil, sendo exclusivamente sanção penal.

Em indenização por danos morais, o jurista Calmon de Passos es-

creveu artigo intitulado “O Imoral nas Indenizações por Dano Moral”, entendendo que o prejuízo extrapatrimonial deve ser indenizado pelos fundamentos éticos e morais:

“Quando a moralidade é posta debaixo do tapete, esse lixo pode ser trazido para fora no momento em que bem nos convier. E justamente porque a moralidade se fez algo descartável e de menor importância no mundo de hoje, em que o relativismo, o pluralismo, o cinismo, o ceticismo, a permissividade e o imediatismo têm papel decisivo, o ressarcimento por danos morais teria que também se objetivar para justificar-se numa sociedade tão eticamente frágil e indiferente. O ético deixa de ser algo intersubjetivamente estruturado e institucionalizado, descaracterizando-se como reparação de natureza moral para se traduzir em ressarcimento material, vale dizer, *o dano moral é significativo não para reparar a ofensa à honra e aos outros valores éticos, sim para acrescentar alguns trocados ao patrimônio do felizardo que foi moralmente enxovalhado*” (Revista *Jus Navegandi*, 2002, in www.jus.com.br).

No caso vertente, a Magistrada *a quo*, erroneamente, reparou o dano moral supostamente sofrido pelo autor com verba equivalente a 100 salários mínimos (50 salários mínimos por título protestado), integralizando a importância de R\$ 15.100,00 (!), à época da sentença.

O posicionamento da Magistrada *a quo* pode até estar fundamen-

tado em doutrina e jurisprudência europeias (sistema fechado de quantificação, em que os valores indenizatórios são prefixados na legislação ou na jurisprudência), mas não no sistema jurídico pátrio, que determina ser a indenização por danos morais fixada pelo livre arbítrio judicial fundamentado.

No tocante a valores tarifados em indenização por danos morais, o eminente Min. Antônio de Pádua Ribeiro, do STJ, resolve o assunto relativo ao tarifamento da indenização por danos morais:

“Não mais prevalece, a partir da Constituição em vigor, a indenização tarifada, prevista na Lei de Imprensa, devida por dano moral.

“O valor da indenização por dano moral não escapa ao controle do STJ. Assim se entendeu em razão dos manifestos e freqüentes abusos na estipulação das verbas indenizatórias, especialmente as decorrentes de dano moral” (REsp n. 162545/RJ — 3ª T., *in* DJU 27-8-2001).

“Inadmissível a fixação do montante indenizatório em determinado número de salários mínimos” (STJ, 4ª T., Min. Barros Monteiro, REsp n. 443095/SC).

Destarte, sendo o autor hipossuficiente em relação à instituição financeira ré e levando em conta que esta possui considerável porte econômico, reputo que a verba indenizatória para cumprir seu mister dissuasivo deve ser de R\$ 1.000,00, entendimento este respaldado pela

jurisprudência pátria, conforme o que se vê abaixo:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação [...].

“Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida” (STJ, 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* REsp n. 205.268/SP).

Enfim, enquanto não forem suficientes nas indenizatórias por dano contra a personalidade, resposta jurisdicional ética, como por exemplo a publicação de sentença ou também com fundamento ético, condenação em valores mínimos de R\$ 1,00, R\$ 10,00, R\$ 100,00 ou até mesmo de R\$ 1.000,00 objetivando reparar o dano moral sofrido, é sinal de que os danos extrapatrimoniais estarão sendo reparados exclusivamente sob o aspecto financeiro, o que é uma heresia jurídica.

Em decorrência do exposto, até que se assentem parâmetros adequados para indenizar os danos morais pelos meios morais, conheço do recurso interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. e dou-lhe provimento parcial para, reduzindo o valor indenizatório de R\$ 15.100,00, fixá-lo em R\$ 1.000,00.

Honorários advocatícios de 20% sobre o valor condenatório.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade, resolve conhecer do recurso interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, para dar-lhe provimento parcial e, por maioria de votos, fixar os da-

nos morais em R\$ 3.000,00, vencido o Exmo Sr. Des. Monteiro Rocha, que os fixava em R\$ 1.000,00.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 9 de setembro de 2004.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.003546-7 DE TUBARÃO

Relator: Des. Monteiro Rocha

Direito civil — Indenização — Inscrição indevida nos órgãos cadastrais de crédito — Dano moral configurado — Procedência no juízo a quo — Inconformismo — Citação inválida, conexão e carência de ação — Preliminares afastadas — Fixação em 20 vezes sobre os valores indevidamente inscritos — Quantia tarifada — Atecnia — Quantum exacerbado — Adequação pelo livre arbítrio judicial — Provimento parcial do recurso.

Válida é a citação do estabelecimento bancário na pessoa do gerente que firmou contrato com o consumidor.

Inexiste conexão entre duas ações se uma delas já foi julgada.

Incorrendo impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade de parte e ausência de interesse processual, afasta-se a alegada carência de ação.

A inscrição indevida do nome do consumidor em órgãos de proteção ao crédito — e em desobediência à ordem judicial — acarreta dano moral ao ofendido.

É ilegal a aplicação de multiplicador sobre os valores consignados indevidamente no SPC para mensurar os danos morais porque nosso sistema jurídico não adota o tarifamento na fixação

dos mencionados danos, mas, sim, o regime do livre arbítrio judicial fundamentado.

Observados a situação social e profissional do ofendido, o porte econômico do ofensor e o grau de sua culpa, o pequeno gravame recebido pela vítima, bem como a inexistência de repercussão da ofensa, fixa-se valor indenizatório capaz de fazer com que o ofensor não reincida na prática delituosa.

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.003546-7, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelado Lédio Rosa de Andrade:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, e, por maioria de votos, reduzir o valor da verba indenizatória moral para R\$ 15.600,00, vencido o Des. Jorge Schaefer Martins, que o fixava em R\$ 24.000,00.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Lédio Rosa de Andrade formulou ação de reparação civil por danos morais contra Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, em razão da inscrição de seu nome nos cadastros do Serasa, pelo que postulou a citação da instituição financeira para contestar o pedido inicial, bem como a produção de provas, e, ao final, a condenação do estabelecimento requerido ao pagamento de danos mo-

rais, a serem fixados judicialmente, mais custas processuais e honorários advocatícios.

À inicial foi atribuído valor e anexados os documentos de fls. 21 a 112.

Contestando o pedido inicial (fls. 113 a 135), Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc aduziu, preliminarmente, a invalidade da citação, porque feita na pessoa de gerente de banco sem poderes para recebê-la; a existência de conexão entre o presente feito e os autos de Revisão de Contrato n. 075.00006037-7; a carência de ação, por ausência de documentos indispensáveis à instrução do feito, bem como a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por inexistir prova da impossibilidade do autor em efetuar compra no comércio local e do conhecimento por terceiros da inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

Alegou ainda o estabelecimento requerido a inexistência de nexo de causalidade para configurar o aludido ilícito, tendo em vista haver anuência do autor ao contrato, autorizando os procedimentos apontados como irregulares.

No tocante ao mérito, o estabelecimento requerido postulou a improcedência da prefacial por não ter incorrido em culpa ou dolo, trazendo aos autos os documentos de fls. 136 a 154.

Às fls. 155 a 168, ao impugnar a contestação, o autor rebateu as preliminares argüidas, alegando haver impossibilidade de composição amigável entre as partes e postulando o julgamento antecipado do feito, com a procedência da exordial.

Proferindo sentença (fls. 170 a 176), a Juíza de primeiro grau condenou o requerido ao pagamento de indenização por danos morais, contendo a parte dispositiva o seguinte teor:

“Diante do exposto, ao mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido formulado por Lédio Rosa de Andrade nesta Ação de Indenização por Danos Morais contra Banco do Estado de Santa Catarina, para condenar o requerido ao pagamento de R\$ 268.184,40 a título de indenização por danos morais, acrescidos de juros legais e correção monetária, a contar da citação” (fl. 178).

Inconformado com a prestação jurisdicional ofertada, o estabelecimento requerido formulou recurso de apelação (fls. 180 a 192), postulando a reforma do decisório de primeiro grau para decretar a improcedência do pedido preambular ou, caso mantida a sentença, que seja reduzido o valor indenizatório.

Contra-arrazoando o recurso (fls. 194 a 211), o requerente postula a manutenção integral da sentença proferida no Juízo *a quo*.

É o relatório.

II — Voto

A instituição financeira apelante pretende a reanálise de suas preliminares aduzidas na contestatória, o que se passa a fazer:

1) Citação inválida — inacolhe-se a argüição de que o ato citatório é inválido porque “pelas peculiaridades da espécie, tem-se por válida a citação feita em gerente de instituição financeira, em que a pretensão resistida posta em desate decorreu de atos por ele praticados, sendo que a sede da referida instituição situava-se em outra comarca” (RSTJ 102/362).

Outro entendimento não possuiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão lavrado pelo Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, REsp n. 161.146/SC, quando decidiu o seguinte:

“Citação — Pessoa jurídica — Gerente.

“Admissibilidade de que se faça na pessoa do gerente, quando o litígio se refira a contratos firmados na agência ou sucursal em que exerce suas funções, encontrando-se em outra comarca a sede da empresa. Revisão do entendimento da Turma”.

O mesmo STJ, *in* JTJ 175/11, decidindo no mesmo sentido, entendeu ser válida a citação de gerente “com a aparência de ostentar poderes de representação da pessoa jurídica citanda”.

Inexiste nulidade do ato citatório quando, mesmo argüindo-se a nulida-

de de citação, também são deduzidas outras matérias de defesa direta e indireta, conforme compreensão do artigo 214, parágrafo 2º, do CPC.

Afasta-se, portanto, a preliminar de nulidade de citação.

2) Existência de conexão — a conexão deve ser argüida e resolvida em primeiro grau de jurisdição, conforme predominante entendimento jurisprudencial (Lex — JTA 151/233). A conexão não imprime regra de competência, mas, sim, de direção. Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 235, entende que “a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Afasta-se, portanto, a preliminar de conexão.

3) Carência de ação — o estabelecimento requerido a confunde com ônus da prova, como também porque inexistem nos presentes autos impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade de parte e ausência de interesse processual. Realmente, o pedido inicial é juridicamente possível porque é ele admissível em nosso ordenamento jurídico, possuindo previsão legal. Além disso, as partes são legítimas *ad causam* (matéria de mérito), além de ambas possuírem interesse processual, este consistente na pretensão deduzida pelo autor, pois a existência de litígio constitui *conditio sine qua non* do processo (RJTJERGS 152/602).

No tocante ao ônus da prova, dispõe o CPC, em seu artigo 333, que ao autor incumbe provar o fato

constitutivo do seu direito, enquanto que ao réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, numa filosofia voltada para o princípio da igualdade formal. Entretanto, com o advento da Constituição Federal, que estabelece como cláusula pétrea a igualdade substancial, os iguais devem ser tratados igualmente, enquanto que os desiguais, com desigualdade. Daí o motivo pelo qual um dos princípios fundamentais da nossa CF é a defesa do consumidor, por meio da qual consumidores e fornecedores de produtos ou serviços devem ser tratados desigualmente, tudo em decorrência de que os primeiros são hipossuficientes em relação aos últimos.

Afasta-se, portanto, a preliminar de carência de ação.

4) Ilegitimidade passiva *ad causam* — o alegado ilícito civil noticiado nos autos decorre de relação de consumo existente entre o autor — consumidor e o fornecedor apelado. A matéria, entretanto, é de mérito, pelo que com este será resolvida.

5) No tocante ao mérito, sustenta o autor que, em 7-8-2000, ajuizou ação revisional de contratos de financiamento contra o estabelecimento requerido, obtendo tutela antecipada para que seu nome não fosse negativado nos órgãos de proteção ao crédito.

Entretanto, ao efetuar compra de pneus na Loja LAS Importadora de Veículos, foi surpreendido no momento do pagamento pela não aceitação

de seu cheque, por estar positivado no Serasa, em decorrência de contratos firmados com estabelecimento requerido, ocasionando-lhe danos morais.

O artigo 159 do Código Civil Pátrio dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Tratando sobre a configuração do dispositivo legal *supra*, para fins de indenização, traz-se aos autos entendimento doutrinário de Washington de Barros Monteiro, *in* Curso de Direito Civil, Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 276:

“Pela nossa lei civil, aí está o primeiro entendimento indispensável à configuração do ato ilícito: urge que o fato lesivo seja voluntário ou imputável ao agente por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

“Em segundo lugar exige-se a ocorrência de um dano.

“O terceiro elemento caracterizador do ato ilícito é a relação de causalidade entre o dano e comportamento do agente”.

O dano é uma lesão a qualquer bem que goze de tutela jurídica; o fato lesivo é, em regra, toda ação ou omissão voluntária, negligente ou imprudente que produza dano, e o nexo causal é o liame que vincula os dois primeiros elementos.

Existentes os elementos constitutivos do art. 159 do Código

Civil, há obrigação daquele que praticou o ilícito em reparar os danos sofridos pela vítima.

Conforme se infere do documento de fl. 24 dos autos, houve fato lesivo praticado pelo estabelecimento bancário contra o requerente, que, em manobra imprudente, ensejou a inscrição do último nos órgãos cadastrais do Serasa como inadimplente com o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

Por que a inclusão do nome do autor no Serasa caracterizou-se como ilícito? Porque o parágrafo 2º do artigo 43 do CDC determina que “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”; porque o artigo 42 do CDC dispõe que “na cobrança de débitos o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”; porque entre as partes, por ocasião da positivação do requerente no Serasa, já havia demanda questionando o valor devido; porque, em decorrência da tutela antecipada deferida em favor do demandante, o estabelecimento bancário estava proibido de inscrever o nome do autor no Serasa e, não havendo obediência à ordem judicial, caracterizou-se mais uma vez, sob outro fundamento, o ilícito noticiado nos autos.

Inarredável, então, no caso *sub examine*, a obrigação de reparar o dano causado, não sendo outro o entendimento jurisprudencial de nossa egrégia Corte de Justiça:

“O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito tem por consequência um efetivo abalo de crédito para o inscrito, lança profundas implicações na vida comercial do negativado, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios da dignidade e de credibilidade inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim atua, de prestar indenização ao ofendido” (TJSC, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Trindade dos Santos, Ap. Cív. n. 49.415, da Capital).

Enquanto que o requerente trouxe aos autos comprovante de que seu nome foi inscrito nos cadastros do Serasa (fl. 24), o estabelecimento requerido, nas razões recursais de fl. 182, afirma que “[...] em momento algum procuramos negar que houve breve e explicada positivação do nome do apelante no Serasa (somos certamente confessos quanto a esta questão), mais procuramos esclarecer que tal fato foi consequência de um equivocado e vetusto sistema informatizado bancário que, independentemente da intimação passada acerca do despacho processual a ser cumprido (fls. 136 a 153), emitia automaticamente a positivação no Serasa de qualquer financiado que não pagasse até o vencimento as parcelas contratuais [...]”

Assim, o estabelecimento requerido, além de confessar o ilícito por si praticado, afirma que o evento danoso decorreu de sua precária técnica de informatização dos serviços prestados, acarretando a sua responsabilidade civil pelo ato praticado contra o autor.

A propósito, o Código de Defesa do Consumidor, que adota como regra geral a responsabilidade civil objetiva, dispõe em seu artigo 14, parágrafo 3º, que “o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I — que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II — a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

No caso *sub judice*, o apelante não trouxe aos autos provas de inexistência do defeito ou de que a culpa fosse exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso *in specie*, o estabelecimento requerido possui condições econômicas e financeiras superiores às do requerente; o estabelecimento requerido não cumpriu o artigo 15, parágrafo 2º, da Resolução n. 2.878/2001 do Conselho Monetário Nacional, que determina que os serviços bancários preservem a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas com clientes e usuários; o apelante também infringiu a mesma Resolução, segundo a qual “os estabelecimentos bancários e financeiros devem adotar medidas que objetivem assegurar a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, causados a seus

clientes e usuários” (art. 1º, V); o ilícito praticado pelo estabelecimento ofensor causou restrições de crédito ao requerente, restrições que afetam o seu dia-a-dia. Se o apelante estivesse cumprindo em seu dia a dia os requisitos determinados pela Resolução n. 2.878 do CMN, nenhum dano teria impingido ao requerente.

Ficaram comprovados nestes autos os requisitos necessários à configuração do ilícito e à da responsabilidade civil do estabelecimento requerido: a) ação antijurídica culposa; b) ação positiva quando levou o nome do requerente ao rol dos devedores do Serasa; ação negativa porque o estabelecimento bancário, ao inserir o nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito, não notificou antecipadamente o suposto devedor de que seu nome seria cadastrado nos mencionados bancos de dados; c) ocorrência de dano ao requerente — dano moral; d) relação de causalidade entre o ilícito perpetrado pelo requerido e o dano acarretado ao autor.

Traz-se aos autos entendimentos jurisprudenciais aplicáveis ao caso vertente:

— “Responsabilidade civil — Banco — Inscrição Indevida de devedor no SPC — Cabimento de indenização por dano moral — Banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral decorrente dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da

inscrição irregular” (STJ, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp n. 51158-5/ES, j. unan. em 27-3-1995).

— “A inclusão indevida de pessoas físicas ou jurídicas em cadastros restritivos de crédito, no particular, no SPC, configura dano moral, indenizável na forma dos arts. 5º, V e X, da CF/88; 159 do CC e 6º, VI, e 42 do CDC. Recurso conhecido e provido” (TJPI, 2ª Câmara. Esp. Civ., rel Des. Osiris Melo, Ap. Civ. n. 01000301-0).

Na história da jurisprudência pátria, o dano moral inicialmente era quantificado em valores ínfimos; posteriormente, passaram a ser quantificados, levando-se em conta a redução do sofrimento interno recebido pela vítima, a aplicação de uma pena ao ofensor que o faça reeducar-se e que a aludida quantificação não acarrete enriquecimento ilícito às custas de outrem; finalmente, passou-se à exacerbação das quantias fixadas por dano moral, a ponto de, em determinado Estado brasileiro, haver sido atribuído o valor de R\$ 250.000,00, por danos morais decorrentes da indevida devolução de cheque de pequeno valor.

A sentença apelada (fls. 170 a 178), ao julgar procedente o pedido inicial, condenou o estabelecimento requerido ao pagamento da importância de R\$ 268.184,40, a título de indenização por danos morais, acrescidos de juros legais e correção monetária a contar da citação, “entendendo por justo fixar a indenização em vinte vezes sobre os valores indevidamente inscritos, constantes à fl. 24”.

Não julgou acertadamente a Juíza sentenciante por numerosos motivos: a) conforme entendimento jurisprudencial dominante, “o valor do título não serve como parâmetro para fixação do valor a ser indenizado por dano moral” (rel. Juiz Batista Franco, TAMG, 2ª Câm. Civ., Ap. Civ. n. 0295587-3); b) nosso sistema jurídico adotou o regime aberto de quantificação por dano moral, sendo inviável a fixação em determinado número de vezes sobre os valores indevidamente inscritos, o que seria, indiretamente, o acolhimento do regime fechado, por tarifamento, na quantificação dos danos morais; c) o dano moral do requerente não consistiu apenas em sua inscrição pelo inadimplemento obrigacional de não pagar as importâncias aludidas no documento de fl. 24, mas sobretudo no fato de que seu nome esteve inscrito no Serasa, em desobediência judicial do estabelecimento bancário, que, por meio de tutela antecipada em favor do requerente, não podia inscrever o nome do autor nos mencionados órgãos cadastrais de crédito. Além disso, sob o aspecto moral, as pessoas não fazem diferença entre dever pouco ou muito, a diferença está exclusivamente no seu não-pagamento; d) os valores indenizatórios fixados nos EUA nada têm a ver com os atribuídos nas ações de indenizações em nosso país. É que enquanto naquele país todos os serviços são segurados, no Brasil o seguro é uma exceção, necessitando de uma legislação que resolva, de uma vez, o problema decorrente de omissão legislativa; e) a

fixação indenizatória de R\$ 268.184,40, que corresponde a mais de 1.340 salários mínimos, não condiz com nenhum parâmetro legal e jurisprudencial — objetivo e subjetivo — aceito na quantificação do dano moral como a condição econômica e social das partes, a lesão e suas consequências e a necessidade de que o ofensor não volte a reincidir no mesmo erro, com um castigo pecuniário que atenda ao aspecto educativo-retributivo.

A Magistrada *a quo* valorou o ilícito havido, tendo como parâmetro exclusivo a posição social e profissional do requerente, que também é a sua. Entretanto, tal valoração, que não pode ser superdimensionada, não basta à aplicação dos danos morais. Esse entendimento fará com que pessoas mais abastadas recebam indenizações mais expressivas, enquanto que às mais humildes sejam conferidos valores indenizatórios ínfimos.

No caso *sub judice*, constatou-se a existência de anotações negativas contra o requerente à fl. 23, em data de 26-3-2001, mas, em 27-4-2001, o estabelecimento requerido informa que aquele teve seu nome excluído dos órgãos cadastrais do Serasa (fl. 152).

O estabelecimento apelante deve saber a lição de Rudolf Von Ihering, segundo a qual o direito necessita regular o egoísmo humano e que para o grande jurista há necessidade da contribuição legislativa, jurisprudencial e de cada pessoa na eticização dos direitos morais. A so-

cidade deve reconhecer que quaisquer mudanças partem dos seus membros pela convicção em padrões éticos que tragam ventos de esperança e sensatez, melhorando o relacionamento ofensor/ofendido no tocante aos ilícitos extrapatrimoniais e suas consequências.

Porque segundo o jurisfilósofo Von Ihering, “a luta pelo direito é a poesia do caráter e a ciência jurídica deve regular o egoísmo humano”.

Porque o Direito deve combater energeticamente o enriquecimento ilícito e a jurisprudência pátria está coibindo, veementemente, a industrialização do dano moral.

Porque o requerente deve ser protegido em seus atributos morais constitutivos de sua personalidade.

Porque a instituição financeira requerida agiu egoisticamente e com abuso de direito na defesa de seus direitos patrimoniais, causando prejuízos morais ao autor, voto pela procedência parcial do recurso para o fim de limitar a pena pecuniária civil em R\$ 15.600,00, acrescida de juros legais e correção monetária a partir da data em que foi proferida a sentença de primeiro grau.

Não se diga que o valor indenizatório fixado neste *decisum* não tenha o dom de reparar os danos morais sofridos pela vítima, até por que conforme melhor doutrina, estes devem ser reparados pelos meios morais, como, por exemplo, a publicação pela imprensa de que as inserções no SPC contra o autor foram indevidas.

Bastaria isso para que o autor se sentisse respeitado em sua integridade moral.

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do apelo interposto.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, e, por maioria de votos, reduzir o valor da verba indenizatória moral para R\$ 15.600,00, vencido o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, que o fixava em R\$ 24.000,00.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 13 de maio de 2003.

Monteiro Rocha,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau Jorge Schaefer Martins:

Ementa aditiva

Apelação cível. Dano moral. Inscrição do nome em órgão creditício.

Valoração. Critérios para fixação do *quantum* indenizatório adstritos

à discricionariedade do julgador e condições particulares das partes e da situação fática.

Singularidades do caso concreto. Ação de inexistência de débito cumulada com antecipação de tutela. Concessão da tutela antecipatória. Determinação judicial, impossibilitando a inscrição do nome em órgãos creditícios. Descumprimento da ordem judicial. Confissão da apelante de estar utilizando sistema operacional ultrapassado. Configuração da culpa grave por parte da apelante.

Apelado que exerce profissão de juiz de direito. Atividade que exige a manutenção de seu prestígio perante a sociedade. Previsão legal que determina ser dever do magistrado a manutenção de conduta irrepreensível na vida pública e particular (art. 35, inciso VIII, da Lei Complementar n. 35/79 — Loman).

Minoração da quantia arbitrada na sentença, com a fixação no importe de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais).

Aplaudi e acompanhei a brilhante decisão exarada pelo relator desta apelação, Des. Monteiro Rocha, que foi acompanhado pelo Des. Luiz Carlos Freysleben, dissentindo da douta maioria unicamente no que toca ao limite da redução do valor arbitrado ao dano moral produzido.

A sentença de primeiro grau condenou a instituição financeira ao pagamento de R\$ 268.184,40 (duzentos e sessenta e oito mil, cento e oitenta e quatro reais e quarenta centa-

vos), tendo sido mantido o reconhecimento da configuração do abalo moral injustificado, mas provido parcialmente o recurso, à unanimidade, por ser considerado por demais elevado o *quantum* atribuído em primeira instância.

Nesse ponto reside a discordância, pois por maioria fixou-se o ressarcimento em R\$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais).

É sabido que a quantificação da indenização por abalo moral é tema bastante controvertido, tanto na doutrina como na jurisprudência. Carlos Dias Motta, discorrendo sobre o tema, assenta:

“[...] uma das maiores resistências ao acolhimento da indenização por dano moral era justamente a dificuldade da apuração de seu valor. Por não ter natureza reparatória, torna-se difícil ou até mesmo impossível a fixação da indenização em valor equivalente ao dano. [...] A questão da quantificação é, no estado de nosso direito, sem dúvida, o grande desafio de quantos cuidam do dano moral (Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 88, vol. 760, de fevereiro de 1999, p. 83).

Portanto, sabendo-se que cabe ao magistrado o arbitramento da indenização, respeitado o princípio do livre convencimento motivado, ante a dificuldade na valoração do dano moral, mister se faz a utilização de determinados critérios que auxiliem o aplicador do direito a desanuviar o seu processo de quantificação.

Esses critérios, por sua vez, estabelecidos pela prática jurisdic-

cional, devem atentar às particularidades tanto do ofendido como do ofensor. Assim, leva-se em conta, dentre outros, o transtorno sofrido e a posição social da vítima, além da capacidade financeira do agente. A força punitiva da indenização também deve ser considerada, de modo que, ao mesmo tempo em que o agente danoso sintá-se coibido a reiterar a prática ilícita, a vítima não seja enriquecida imprópria e demasiadamente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 00172).

Por outro lado, é sabido que esta Segunda Câmara de Direito Civil tem entendido que a quantificação de indenizações por dano moral deve comportar valores razoáveis, a fim de se evitar condenações extremadas, buscando fixar parâmetros, senão de uniformização, de equilíbrio, tendo em conta a própria credibilidade do instituto.

Contudo, o caso em comento apresenta elementos particulares, os quais, *data venia*, não foram considerados, tornando-se indispensável a verificação de cada um deles para maior justiça do valor fixado.

Primeiramente, necessária se faz a elucidação acerca da discussão da dívida: o apelado, irredimido com os valores cobrados pelo apelante, ingressou com ação revisional de contratos de financiamento contra este, logrando obter a antecipação de tutela, no sentido de que seu nome não fosse negativado nos órgãos de proteção ao crédito. Entretanto, em descumprimento à determinação judicial, houve a inscrição do nome do apelado no Serasa, acarretando a presente ação. Além disso, houve a admissão por parte do apelante de que o sistema operacional da instituição financeira está ultrapassado, não atendendo aos ordenamentos realizados pelos operadores. Isto é, existindo o débito, imediatamente, o nome do cliente é encaminhando ao banco de dados.

Portanto, evidencia-se a culpa grave, a irresponsabilidade da instituição bancária apelante, já que houve desobediência à expressa determinação judicial, buscando justificá-la com o inaceitável argumento de que o seu sistema apresenta falhas graves.

Ora, se era sabedor da ineficiência do sistema informatizado, deveria tê-lo substituído, ou então deixado de utilizá-lo, e não continuar com ele operando em detrimento do direito de terceiros.

O outro fato que agrava a situação, e deve ser efetivamente considerado, sem que por isso se deva considerá-lo superdimensionado, é a posição social do apelado. É ele Juiz de Direito, atividade que exige a manutenção de prestígio perante a sociedade, sobretudo em razão do respeito que o ofício exige.

O apelado, é fato notório, goza de prestígio nos meios jurídico e social, sendo reconhecida por todos a sua idoneidade moral.

O fato ocorrido pôs em xeque o conceito do apelado, circunstância que obviamente causou-lhe transtornos, repercutindo em sua boa estima e consideração.

Salienta-se que a manutenção de *conduta irrepreensível na vida pública e particular*, além de ser um predicado inerente à condição de um bom cidadão, é um dos deveres do juiz, consoante dispõe a Lei Comple-

mentar n. 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Loman), e o descumprimento poderia ensejar responsabilização funcional.

Por conseguinte, a inscrição indevida do nome do magistrado em órgãos creditícios acarreta seríssimos danos em sua vida social e profissional, com o risco de graves prejuízos pessoais, o que não pode e não deve ser desconsiderado.

Assim sendo, atendendo aos princípios da razoabilidade, além da proporcionalidade, tenho que a redução para o valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) era a medida que se impunha, para o fim de ressarcir o apelado pelo abalo sofrido em sua imagem, bem como para coibir eventual reiteração do apelante de atos ilícitos de tal natureza.

É como voto.

Jorge Schaefer Martins.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.015134-6, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Civil. Contrato de seguro contra incêndio. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos securitários. Perda total do bem. Obrigação de indenizar pelo valor da apólice. Exegese dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil de 1916. Recibo de quitação parcial da dívida. Complementação devida. Juros de mora a contar da citação válida.

Aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre empresa seguradora e seus clientes, a teor do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90.

Prescreve em cinco anos o direito de ação do segurado contra o segurador, nos termos do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, que afastou a prescrição ânua do art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916.

Comprovada a perda total do bem segurado em decorrência de incêndio, assim como o pagamento do prêmio pelo segurado, o valor da indenização deve corresponder ao contratado na apólice, sobre o qual é calculado e cobrado o prêmio, de acordo com a dicção dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil de 1916, sob cuja égide sucederam os fatos, sem indagar-se sobre os prejuízos efetivamente havidos.

Essa obrigação da seguradora mantém-se hígida, ainda que o segurado haja dado recibo de quitação plena, geral e irrevogável, ao receber valor menor do que o efetivamente devido, podendo buscar em juízo a complementação da indenização securitária.

Tratando-se de responsabilidade contratual, contam-se os juros de mora a partir da citação válida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.015134-6, da comarca de São Joaquim (2ª Vara), em que é apelante Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A. e apelado Gil Chiodelli:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Gil Chiodelli aforou ação de cobrança contra Brasilseg Seguradora do Brasil S.A. (atual Cia. de Seguros Aliança do Brasil), narrando que,

em 14-5-1997, contratou seguro contra incêndio com a ré para vigorar até 14-5-1998, com indenização prevista de R\$ 100.000,00 para o imóvel residencial e R\$ 50.000,00 para o conteúdo da residência.

Em 29-8-1997, afirmou, o imóvel incendiou-se. Comunicado o fato à seguradora, esta, quatro meses após o acidente, pagou-lhe somente a indenização do prédio.

Embora não representasse 100% da cobertura, Gil Chiodelli deu quitação à ré, sob a promessa de que receberia em breve o restante do valor contratado. Porém, tal importe não lhe foi pago, motivo por que aforou a presente ação, em que pretende a condenação da requerida ao pagamento de R\$ 50.000,00, referente à

diferença entre o valor do seguro contratado e o importe efetivamente pago pela ré.

Citada, a requerida contestou.

Disse, preambularmente, da falta de interesse processual do autor, destacando haver pago o crédito securitário, com o segurado dando-lhe plena e geral quitação. Assim, não pode ele pretender invalidar transação perfeita e acabada, similar à coisa julgada.

Alegou prescrição, por ter a ação sido ajuizada depois de um ano do acontecimento dos fatos.

Asseverou ter havido quitação total dos prejuízos experimentados pelo autor, sendo R\$ 55.196,72 concernentes ao imóvel destruído e R\$ 41.770,80 respeitantes ao conteúdo da residência.

Sustentou ainda que, por força dos arts. 1.435, 1.437, 1.443 e 1.458 do Código Civil de 1916, a responsabilidade da seguradora limita-se aos riscos previstos no contrato e ao valor e condições da apólice, de sorte que, caso efetuasse o pagamento nos termos requeridos pelo autor, estaria contrariando não só tais dispositivos, como também violando os princípios da legalidade e do ato jurídico perfeito, inculpidos, respectivamente, no art. 5º, II e XXXVI, da Constituição Federal.

Defendeu a improcedência da ação e, sucessivamente, a fixação da correção monetária a partir do ajuizamento da ação e dos juros a contar da citação.

Houve réplica.

O Juiz julgou procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00, atualizados e confortados por juros a partir do momento em que restou caracterizada a obrigação da seguradora de indenizar o consumidor.

Condenou ainda a demandada em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor da condenação.

Por fim, impôs à requerida, caso não pagasse o devido em quinze dias, multa diária de R\$ 500,00, com reversão de tal importe em favor do credor.

Companhia de Seguros Aliança do Brasil S.A. apelou. Reiterou a tese de prescrição e disse que a transação entabulada entre as partes, pela qual o autor deu quitação do seguro, obsta a pretensão deduzida em juízo pelo demandante.

Asseverou ainda que, se devidos, os juros devem ser fixados a contar da citação e que não cabe a aplicação de multa cominatória ao presente caso, por não se tratar de obrigação de fazer, mas de dar.

Foram apresentadas contra-razões pelo segurado.

É o relatório.

II — Voto

Inicialmente, a alegação de prescrição anual invocada pela apelante é de ser rejeitada.

Os contratos de seguro submetem-se às normas de ordem pública e de interesse social do Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se como relação de consumo, de acordo com o § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/90, cuja dicção é a seguinte: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

É da jurisprudência:

“Os contratos de seguro são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teor do que dispõe o art. 3º, § 2º, daquele mesmo diploma, com menção expressa aos serviços de natureza securitária” (Ap. Cív. n. 2002.011363-3, de Rio do Sul, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 8-8-02).

Logo, a prescrição aplicável ao presente caso é, nos termos do artigo 27 do CDC, quinquenal, e não ânua, como entende a recorrente, razão por que se afasta a prejudicial aventada.

No mérito, é patente a intenção da seguradora de esgueirar-se da obrigação contratual. Ora, é inadmissível dar guarida à pretensão da apelante que, oferecendo ao segurado importe menor do que o contratado, opõe-se e não reconhece o direito do apelado de complementar, na via judicial, a indenização já recebida parcialmente. Assim, ainda que não seja totalmente imprestável o termo de recebimento evocado pela apelante, porque haverá de servir, pelo menos, como prova

de que a seguradora quitou parte do débito, nenhum obstáculo existe a que o infortunado persiga, em juízo, a parcela remanescente da indenização securitária, devida integralmente nos termos da apólice.

A ninguém impressiona a alegação da recorrente de que o importe pago (R\$ 96.967,52) é suficiente para recompor completamente os danos sofridos pelo apelado, sob a alegativa de que a indenização foi realizada com base no valor de mercado do bem sinistrado. Isso porque é indubitoso que, havendo perda total do imóvel, a indenização deverá corresponder, sempre, ao valor previamente ajustado na apólice de seguros, que, no caso em apreço, equivale a R\$ 150.000,00, sem indagar-se sobre o seu preço de compra e venda no mercado.

Dúvida não se tem sobre ser obrigação da companhia de seguros indenizar, por inteiro, no valor da apólice, a vítima de incêndio, quando seu imóvel haja sido inteiramente consumido pelas chamas a que não deu causa. É o que promana dos artigos 1.458 e 1.462 do Código Civil de 1916, sob cuja égide sucederam os fatos, a seguir transcritos:

“Art. 1.458. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido e, conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura”.

“Art. 1.462. Quando ao objeto do contrato se der valor determinado, e o seguro se fizer por este valor, ficará o segurador obrigado, no caso de

perda total, a pagar pelo valor ajustado a importância da indenização, sem perder por isso o direito, que lhe asseguram os arts. 1.438 e 1.439”.

É como orienta, em seus julgados, o Superior Tribunal de Justiça:

“Seguro. Imóvel. Valor da indenização. Em caso de perda total, a indenização é devida à base do valor constante da apólice. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 194.844/RS, rel. Min. Ari Pargendler, j. 6-5-02).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“Como já disse em várias outras decisões envolvendo questões semelhantes, no momento em que aceitou segurar por determinado valor, e por este cobrar o prêmio, obriga-se a seguradora, em caso de sinistro, a cumprir com o avençado e não com o que eventualmente vale o bem resguardado no momento da indenização”.

Esta Corte de Justiça afina-se por esse mesmo diapasão:

“Apelação cível — Indenizatória — Seguro — Cerceamento de defesa — Não ocorrência — Perda total — Pagamento parcial com base no dano sofrido — Complementação devida — Valor da apólice [...]”.

“Na hipótese de perda total do bem segurado, o valor indenizatório deve ser o constante na apólice, não podendo a seguradora pretender ressarcir pelo valor do prejuízo” (Ap. Cív. n. 2000.012395-1, de Turvo, rel. Des. Torres Marques, j. 2-10-01).

“Apelação cível — Indenizatória — Contrato de seguro — Perda total da casa e do seu conteúdo — Quitação firmada pelo segurado com valor inferior ao da apólice — Irrelevância — Código de Defesa do Consumidor — Complementação do valor — Sentença de procedência confirmada — Recurso desprovido.

“Em caso de perda total de imóvel segurado, em decorrência de incêndio, a indenização deve equivaler ao valor constante na apólice, sendo a transação firmada pelo segurado com quitação apenas da importância nela descrita. Deverá a seguradora, em casos desta natureza, complementar a indenização conforme o valor previsto na apólice” (Ap. Cív. n. 2002.000840-0, de Chapecó, rel. Des. José Volpato, j. 4-6-02).

Destarte, comprovada a perda total do imóvel em razão do incêndio (fls. 11 a 13), assim como o pagamento do prêmio pelo segurado, deve ser mantida a condenação fixada na sentença na quantia correspondente à diferença entre o valor da apólice e o já quitado.

Insiste a apelante em dizer que a quitação dada pelo apelado, mediante recibo, é plena, geral e irrevogável, não havendo ensanchar a que lhe cobre qualquer complementação. Palmar engano da recorrente. O recibo de quitação ou o termo de transação, como queira chamar a companhia seguradora, referente ao pagamento a menos do seguro contratado, presta-se apenas a fazer prova da quitação parcial da dívida, não impedindo,

de modo algum, o caminho do segurado na direção do Judiciário para haver da devedora o restante do valor da indenização pactuada.

A propósito do assunto, segue precedente valioso do Superior Tribunal de Justiça:

“Consolidado o entendimento de que o recibo de quitação passado de forma geral, mas relativo à obtenção de parte do direito legalmente assegurado, não traduz renúncia a este direito e, muito menos, extinção da obrigação’. Precedentes do STJ” (REsp n. 195.492/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1^o-6-00).

Neste Tribunal, já decidiu o Des. Torres Marques:

“A quitação plena e irrevogável passada pelo segurado à seguradora de valor menor do que o efetivamente devido não obsta o ingresso em juízo visando à complementação do valor pago” (Ap. Cív. n. 2000.013085-0, de Quilombo, j. 11-9-01).

Assim, não encontra eco a irresignação da apelante quanto a estar extinto o direito do autor, ante o termo de transação de fl. 7, pois, comprovada a perda total do bem segurado em decorrência de incêndio, assim como o pagamento do prêmio pela seguradora, o valor da indenização deve corresponder ao contratado na apólice, de acordo com a dicção dos arts. 1.458 e 1.462 do Código Civil de 1916, sem indagar-se sobre os prejuízos efetivamente havidos.

Ainda nesse sentido:

“Cobrança — Seguro — Perda total — Imóvel — Transação — Impossibilidade — Dever de indenizar — Valor da apólice — Inteligência do art. 1.458 do Código Civil.

“O dever da seguradora é de indenizar o segurado no valor constante na apólice. Por se tratar de contrato de risco, a seguradora no caso de seguro de imóvel só se exime da responsabilidade contratada no caso de má-fé do segurado. O fato de ter o segurado apostado sua assinatura em um termo de transação visando a perceber quantia do total que lhe é de direito não o impossibilita de receber o valor faltante até completar o correspondente na apólice” (Ap. Cív. n. 2001.000951-5, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Ruy Pedro Schneider, j. 16-10-01).

“Apelação cível — Ação de cobrança — Seguro contra incêndio — Perda total — Indenização devida — Inteligência do artigo 1.458 do Código Civil — Transação — Inocorrência — Recibo firmado pelo segurado, dando quitação integral da dívida — Irrelevância — Recurso desprovido.

“Ao confirmar os valores constantes da apólice, através de vistoria efetuada ou declaração do segurado, cobrando, da seguradora, pelos riscos futuros, o pagamento de um prêmio, calculado sobre o valor do bem segurado, cujos pagamentos foram corretamente efetuados, mister se faz a cobertura integral da importância segurada” (Ap. Cív. n. 2000.000141-4, de Joaçaba, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 30-3-00).

Está visto, portanto, que é obrigação da seguradora indenizar o segurado pelo valor total contratado, pouco valendo o pacto feito após o sinistro, em que se deu plena e geral quitação da dívida, mediante o recebimento de importância inferior àquela contratada. Admitindo-se outra interpretação do direito do segurado, abrir-se-á perspectiva para que a companhia de seguros enriqueça sem causa ou ilícitamente. Por essa razão é que a discussão, neste aspecto, acerca do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, a que se refere a apelante, é absolutamente impertinente ao deslinde da demanda, não se podendo falar em qualquer violação de dispositivos legais: CF/88, art. 5º, XXXVI; CC/1916, arts. 81, 82, 1.025, 1.030, 1.432, 1.435, 1.438, 1.443, 1.444, 1.458 e 1.460.

Assim, de tudo quanto se examinou até aqui, nenhuma razão pode ser dada à apelante. Contudo, existem dois aspectos em que a sua irresignação procede. O primeiro é quando a sentença estabelece os juros moratórios, fazendo-os incidir a partir da data do sinistro. É que, estando-se diante de obrigação contratual, os juros de 6% ao ano devem contar-se, não daquele evento, mas da citação válida, nos termos da corrente jurisprudência:

“Contrato se seguro. Beneficiário. Prescrição. Juros de mora. Precedentes da Corte.

“1. Sendo a autora beneficiária do seguro de vida em grupo de seu falecido marido, não se aplica a

prescrição ânua, na forma de precedentes da Corte.

“2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora contam-se da citação.

“3. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (REsp n. 196.214/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23-11-99).

A segunda questão diz respeito à multa diária de R\$ 500,00 imposta pelo Magistrado para o caso de atraso no pagamento da indenização fixada na sentença. Merece reforma nesse ponto a decisão por não haver disposição contratual que autorize a aplicação de tal penalidade e porque o *decisum*, no caso em exame, não tem caráter executivo ou mandamental, mas apenas condenatório.

Desse modo, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento, apenas para fixar a data da citação como termo inicial dos juros moratórios e para excluir a multa diária fixada pela sentença.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 15 de abril de 2004.

Mazoni Ferreira,
Presidente com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.016296-8, DA CAPITAL**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição em cadastro restritivo de crédito sem precedente notificação. Ilegalidade. Obrigação de indenizar caracterizada. Critérios para o arbitramento da verba indenizatória. Razoabilidade.

É ilegal a inscrição do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito sem a prévia notificação exigida pelos artigos 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e 13, XIII, do Decreto n. 2.181/97.

O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica, de conteúdo repressivo, inibindo a recidiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.016296-8, da comarca da Capital (Vara Cível do Estreito), em que são apelantes e apeladas Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. e Anita Lehmkuhl:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso adesivo da autora, conhecer da apelação da ré e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Anita Lehmkuhl ajuizou ação de indenização contra Amauri Administra-

dora de Consórcios S/C Ltda. — Grupo Amauri Veículos, alegando que, em 1986, avalizou o contrato de consórcio firmado entre a empresa-ré e seu sobrinho para a aquisição de uma motocicleta CB 450, a ser paga em cinquenta meses.

Disse jamais ter sido cientificada de qualquer fato que acarretasse sua responsabilidade pelo aval prestado.

Ocorre que, em 10 de janeiro de 1997, ao tentar adquirir um imóvel da Construtora e Incorporadora Cunha, em Itapema, foi comunicada de que seu nome estava inscrito no Serviço de Proteção ao Crédito — SPC — e, por essa razão, o negócio não seria efetivado. Diante disso, aduziu ter imediatamente solicitado in-

formações ao SPC e, somente em julho daquele ano, obteve resposta de que estava inscrita no cadastro de maus pagadores, por ordem da ré, desde 27 de setembro de 1995, assim permanecendo até 9 de julho de 1997, sem sequer ter sido notificada. Por isso, sentiu-se motivada à deflagração desta indenizatória, por meio da qual pleiteia danos morais a serem arbitrados pelo Magistrado, com a condenação da ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Além disso, fosse determinado que a ré abstenha-se de tornar públicos “fatos inverídicos que digam respeito à autora, sob pena de estipulação de pena pecuniária/dia” (fl.13).

Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. contestou, suscitando, preambularmente, a inépcia da inicial, por ausência de pedido certo e determinado.

No mérito, alegou que a autora, na condição de avalista, sujeitou-se ao contrato firmado entre a ré e o avalizado em 27-7-1987, estando este inadimplente com o grupo de consórcio, com 35 prestações em atraso.

Aduziu a inexistência de dano moral e de abalo de crédito porque, em tempo hábil, o pedido de baixa foi solicitado. Por fim, pediu a improcedência do feito.

A autora impugnou a contestação.

Devidamente processado o feito, o Magistrado sentenciou, julgando procedente o pedido da autora para condenar a ré ao pagamento de inde-

nização por danos morais de vinte salários mínimos, além de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 400,00.

Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda. apelou. Disse, uma vez mais, que não houve irregularidade na inscrição do nome da apelada no SPC nem comprovação da ocorrência de dano moral. Pediu o provimento do recurso para julgar-se improcedente o pedido ou, sucessivamente, a redução do *quantum* indenizatório para dez salários mínimos.

Anita Lehmkuhl não contra-arrazoou, mas recorreu adesivamente, postulando a majoração do valor da indenização fixada.

O recurso adesivo não foi recebido pelo Juízo *a quo* porque deserto.

É o relatório.

II — Voto

É apelação interposta por Amauri Administradora de Consórcio S/C Ltda. — Grupo Amauri Veículos, visando à reforma da sentença que julgou procedente a ação de indenização por danos morais que lhe move Anita Lehmkuhl.

Primeiramente, anota-se que, a despeito da interposição de recurso adesivo pela autora Anita Lehmkuhl, para a majoração do *quantum* indenizatório, o apelo, a teor do artigo 500, III, do CPC, não pode ser recebido, porquanto deserto.

No que toca ao recurso do Grupo Amauri Veículos, os autos não deixam dúvidas quanto ao dano moral sofrido pela autora em razão da inscrição e manutenção de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. Dano este que, por sua subjetividade, afere-se pela natureza do fato; do fato em que se contenha uma carga ofensiva à honra, à boa fama, à dignidade, ao conceito social e ao bom nome da pessoa alvejada. E o fato é danoso porque provoca desconforto moral, constrangimento pessoal, tristeza ou depressão profunda, mágoa, amargura, intranqüilidade; males que, via de regra, costumam refletir-se sobre o bem-estar físico da pessoa, afetando-lhe, no mais das vezes, com maior ou menor intensidade, o psiquismo e perturbando-lhe, até mesmo, o apetite e o sono.

Yussef Said Cahali elucida que “o crédito, na conjuntura atual, representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em suas atividades especulativas; o abalo de credibilidade molesta igualmente o particular, no que vê empenhada a sua honorabilidade, a sua imagem, reduzindo o seu conceito perante os cidadãos; o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida

privada” (Dano Moral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 358).

No caso dos autos, alega a apelante que a inscrição do nome de Anita Lehmkuhl no SPC ocorreu por conta do inadimplemento de terceiro em contrato de consórcio efetivado entre ele e a administradora, mas avalizado pela recorrida.

Efetivamente, vislumbra-se que José Fernando Ramos, em 1º-06-1986, aderiu ao contrato de consórcio, com prazo de 50 meses (fl. 29), sendo contemplado em 27-4-1987, data em que firmou contrato de alienação fiduciária em garantia (fl. 36). Nesse ajuste a apelada apenas figura como testemunha, não havendo nos autos qualquer documento comprobatório da garantia fidejussória.

Afora isso, não obstante as aduções de que o consorciado teria pago somente 40,1174% do preço total (fl. 29), inexistente prova da cientificação da suposta avalista do inadimplemento do consorciado antes que fosse inscrita no SPC.

É evidente que o nome da apelada foi indevidamente inscrito nos órgãos de restrição ao crédito, pois a recorrida não tinha obrigação de saber da existência de eventual pendência de débito, sem qualquer aviso, notificação ou tentativa de cobrança extrajudicial, nem como regularizá-la, o que a fez presumir que o devedor principal vinha cumprindo pontualmente a obrigação.

Houve, desse modo, violação do disposto nos artigos 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e 13, XIII, do Decreto n. 2.181/97, que exigem prévia comunicação dos consumidores antes do envio de seus nomes aos bancos de dados de órgãos de restrição ao crédito.

Sobre a matéria, elucida Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, *verbis*:

“Qualquer dado arquivado sobre o consumidor, mesmo os que não digam respeito ao seu comportamento no mercado, abre para aquele três direitos básicos: o de comunicação do armazenamento, o de acesso e o de retificação. Cumpre lembrar que até informações adquiridas de fontes públicas (jornais, revistas, arquivos oficiais) têm que respeitar as normas do Código, uma vez que podem ser transcritas de maneira incorreta.

“O primeiro direito do consumidor, em sede de arquivos de consumo, é tomar conhecimento de que alguém começou a estocar informações a seu respeito, independentemente de sua provocação ou aprovação. Esse dever de comunicação é corolário do direito básico e genérico estatuído no art. 6º, e, mais, especificamente, no art. 43, § 2º, abrindo para o consumidor a possibilidade de retificar ou ratificar o registro feito.

“Em decorrência disso, o consumidor, sempre que não solicitar ele próprio a abertura do arquivo, tem direito a ser devidamente informado sobre a inclusão de seu nome em cadastros e bancos de dados.

“A comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público. É preliminar a tal. Visando a prevenir futuros danos ao consumidor, é de todo recomendável que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros. Agindo assim, estará a empresa tomando precauções para escapar de futura responsabilidade.

“Impõe o CDC que a comunicação ao consumidor seja ‘por escrito’. Ou seja, não cumpre o ditame da lei um telefonema ou um recado oral. A forma escrita não exige maiores formalidades. Não se trata de intimação. É uma simples carta, telex, telegrama ou mesmo fax. Sempre com demonstrativo de recebimento, como cautela para o arquivista.

“Além da nota específica do art. 43, o direito à informação adequada e clara (art. 6º, inc. III) e o respeito à dignidade do consumidor (art. 4º, *caput*) conduzem a um duplo dever de comunicação. Primeiro, do arquivista, como corolário natural, do fornecedor associado a sistema de proteção ao crédito, na hipótese de recusar a contratação sob o argumento de estar o pretendente ‘negativado’. Nesse último caso, o consumidor, visando a acautelar futura reclamação administrativa ou judicial, faz jus a receber, em forma escrita, os elementos identificadores da origem da referência desabonadora” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 391 a 400).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Direito do consumidor. Serasa. Inscrição do nome do devedor. Comunicação prévia. Necessidade. Art. 43, § 2º, CDC. Dano moral caracterizado. Recurso provido.

“A inscrição do nome do devedor no cadastro do Serasa deve ser precedida da comunicação exigida no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor” (REsp n. 373.219/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28-5-2002).

Outro não é o entendimento desta Corte:

“A inscrição em cadastro restritivo de crédito pressupõe existência de dívida e notificação do devedor para o pagamento (art. 43, § 2º, do CDC), sem o que a inserção produz constrangimento ilegal e abalo de crédito indenizáveis a título de danos morais” (Ap. Cív. n. 1998.016527-0, de Videira, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 1º-4-2004).

“Responsabilidade civil — Danos morais — Lançamento de nome de avalistas de contrato de consórcio em órgão de proteção ao crédito (SPC), sem que tenha havido protesto contra seu avalizado e sem que lhes tenha sido dada prévia ciência da eventual existência de pendência *debitoris* do mesmo para eventual liquidação — Ilegalidade do lançamento caracterizada — Prejuízo decorrente do abalo de crédito comprovado e não negado — Pedido indenizatório procedente” (Ap. Cív. n. 2000.013089-3, de Tubarão, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 14-9-2000).

Indiscutível, destarte, a responsabilidade da apelante pelos danos causados.

Resta ver, agora, se a sentença increpada dosou bem o *quantum* indenizatório, à luz das peculiaridades da espécie.

A fixação do valor da reparação, para servir de lenitivo à vítima e se revestir das funções preventiva e punitiva, deve atender a critérios básicos, tais como: “a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo, etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante (Cf. Prof. Fernando Noronha)” (Ap. Cív. n. 1997.003972-7, de Mafra, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 13-5-99).

Na lição de José Raffaelli Santini, “na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso

inexiste. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz” (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática. Agá Júris, 2000, p. 45).

No caso em exame, Anita Lehmkuhl é bancária, dependente das linhas de crédito do comércio para adquirir bens de que necessita, não havendo, nos autos, fato desabonador de sua conduta moral. Na outra extremidade da lide está a Amauri Administradora de Consórcios S/C Ltda., em condições de arcar com indenização em importe que exemplifique a sua má atuação. Além do mais, sendo a demandada exploradora do ramo do comércio, sabe que o crédito é indispensável para realização da mais singela transação comercial; e se, por qualquer razão, veio a motivar a inscrição indevida do nome da autora no SPC, tem a obrigação de compensar a perturbação anímica causada.

Mas a indenização que couber tem, antes de tudo, uma função pedagógica, por isso que deve ser arbitrada ao ofensor com efeitos de corrigenda, na intenção de demovê-lo de propósitos menos nobres, pondo-lhe freios que o impeçam de seguir na prática de atos que possam gerar desnecessárias feridas e dores morais a terceiras pessoas. Entretanto, a indenização não pode ser exacerbada, a ponto de constituir enriquecimento sem causa em favor da vítima do dano, para transformar-se num cruel meio de destruição econômico-financeira do praticante do dano.

Essas peculiaridades se afiguraram observadas no presente caso, na

medida em que o *quantum* da indenização dosado pelo Magistrado de primeiro grau encontra-se em sintonia com o posicionamento jurisprudencial adotado por este Órgão Fracionário, fundado sempre num critério de razoabilidade, tendente a reconhecer e condenar o réu a pagar valor que não importe enriquecimento sem causa para aquele que suporta o dano, mas uma efetiva reparação de caráter moral e uma reprimenda ao autor do dano, que lhe sirva de exemplo à não-reincidência.

A correção monetária, não estabelecida na sentença, deve ser fixada, de ofício, a contar da data do arbitramento pelo Juízo *a quo*.

Em face do exposto, não conheço do recurso adesivo da autora e conheço da apelação da ré, negando-lhe provimento e, de ofício, fixo a correção monetária a contar da sentença.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, não conheceram do recurso adesivo da autora e negaram provimento ao apelo da ré.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 2 de setembro de 2004.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.008304-6, DE PORTO UNIÃO**Relator: Juiz Jorge Schaefer Martins**

Ação de indenização. Ausência de intimação do representante do Ministério Público. Omissão suprida. Intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça. Ausência de prejuízo.

Não há nulidade quando a ausência de intervenção ministerial em primeiro grau é suprida pela intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, salvo na hipótese de prejuízo a incapaz.

Nulidade por ausência de intimação dos réus em relação aos atos processuais. Falta de prejuízo.

O Código de Processo Civil, no capítulo referente às nulidades, artigos 243 e seguintes, consagra o princípio do aproveitamento dos atos processuais, afastando eventuais nulidades que não geraram prejuízo.

Seguro. Cheque nominal aos beneficiários. Seguradora que envia os títulos para corretor. Terceiro incompetente para endossar o título. Desconto em conta corrente diversa da indicada no cheque. Negligência da instituição bancária caracterizada. Indenização devida.

Não tendo o banco sacado diligenciado no sentido de verificar se o portador estava legitimado na posse do título, portando procuração dos beneficiários para recebê-lo, tampouco percebendo que as assinaturas de três diferentes beneficiários eram idênticas, age com manifesta culpa, acarretando, portanto, o dever de indenizar.

“[...] Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei, mas os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles

esperemos o mais elevado serviço e correição” (Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001, p. 634).

Dano moral demonstrado. Fixação do quantum pelo prudente arbítrio do julgador. Observância dos critérios subjetivos que indicam a quantificação. Manutenção do valor. Transformação, de ofício, dos valores em salários mínimos em quantia certa.

Lucros cessantes não demonstrados. Impossibilidade de condenação.

Decaimento da parte mínima do pedido. Inteligência do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.008304-6, da comarca de Porto União (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Mauro César Sloboda, Sérgio Rui Sloboda, B. S., representada por sua mãe, Rozani Cochak Sloboda, e Banco Itaú S.A.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos, transformando-se, de ofício, os valores indicados por salários mínimos em quantias certas.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Mauro César Sloboda, Sérgio Rui Sloboda e B. S., representada por sua mãe, Rozani Cochak Sloboda, intentaram ação de indenização contra Banco Itaú S. A., relatando que são

beneficiários de um seguro de vida celebrado pela Sra. Erica Dalila Claus Sloboda, mãe e avó dos autores, falecida em 14-12-95, com a Cia. de Seguros Itaú/Clube dos Executivos Seguros.

Afirmaram que a empresa seguradora emitiu para pagamento das indenizações três cheques nominais, cruzados em preto, e com as seguintes vedações: “somente para depósito na conta do favorecido e segundo endosso não deve ser aceito pelo banco”, encaminhando-os ao corretor local da seguradora que, dolosamente, endossou os cheques sem procuração, tendo-os depositado em sua conta corrente.

Além disso, argumentaram que a ré aceitou os cheques sem observar as restrições neles constantes.

Enfatizaram ainda que, contando com o recebimento dos valores do seguro, emitiram cheques pós-datados

para pagamento das despesas com o funeral da segurada, que restaram devolvidos por insuficiência de saldo, ocasionando a inscrição de Mauro Sloboda nos órgãos de proteção ao crédito.

Por fim, postularam a condenação do réu ao pagamento dos valores dos cheques, lucros cessantes e danos morais, estes fixados em 100 (cem) salários mínimos para cada autor.

Deferido o benefício da justiça gratuita, o réu apresentou contestação, argüindo, em preliminar, ilegitimidade ativa e passiva.

À guisa de mérito, sustentou a inexistência de culpa e que a cláusula “somente para depósito na conta do favorecido” não impede o depósito na conta do portador, sendo, desse modo, totalmente regular a operação, não configurando a conduta como ato ilícito.

Ademais, impugnou as verbas pleiteadas, alegando, inclusive, que os cheques devolvidos, sem a proveniência de fundos, foram emitidos em datas anteriores ao ocorrido.

Houve réplica.

Denunciado à lide pelos autores, o litisconsorte Carlos Alberto Vieira não foi encontrado, ensejando a desistência de sua citação.

Antecipando o julgamento da lide, o Dr. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento dos valores constantes nos cheques emitidos,

acrescidos de correção monetária a contar da data de emissão e juros legais a partir da citação, bem como ao pagamento da indenização por dano moral no montante de 100 (cem) salários mínimos para cada autor.

Condenou o réu, também, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Outrossim, deixou de condená-lo ao pagamento de lucros cessantes, em razão da ausência de comprovação.

Inconformados com a prestação jurisdicional, os autores apelaram pretendendo a majoração do valor indenizatório, além da condenação do réu ao pagamento dos lucros cessantes decorrentes dos rendimentos na caderneta de poupança que deixaram de receber.

O réu, por sua vez, interpôs recurso de apelação, argüindo, preliminarmente, a nulidade do processo por ausência de intimação do representante do Ministério Público, e de sua intimação para os atos processuais, pois não foi cientificado do pedido de denunciação à lide, bem como da renúncia posterior.

No mérito, reitera que agiu licitamente na compensação dos cheques e que, se há alguma responsabilidade, esta deve ser imputada ao banco sacado. Disse ainda ter efetuado a liberação do dinheiro nos estritos termos da Lei n. 7.357/85 e que somente tem a obrigação de verificar a regularidade da série de endossos. Asse-

vera que não lhe compete verificar a autenticidade da assinatura e que agiu no exercício regular de um direito.

Por último, impugna a correlação que os autores fazem entre o não recebimento da indenização securitária e a devolução dos cinco cheques, uma vez que estes foram emitidos antes do ocorrido, e assevera que não há prova do dano moral, postulando, a final, a aplicação do *caput* do artigo 21 do CPC.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Neste grau de jurisdição, a Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer do Dr. Antônio Gercino Ramos Medeiros, opinou pelo provimento parcial do recurso da instituição financeira para afastar a indenização correspondente aos danos morais ou reduzi-la para 50 (cinquenta) salários mínimos, e pelo não provimento do apelo dos autores.

II — Voto

Quanto à ausência de participação do Ministério Público, razão alguma assiste ao réu. Com efeito, dispõe o art. 82, I, do Código de Processo Civil que o *Parquet* deve, obrigatoriamente, intervir nas causas em que há interesses de incapazes.

Contudo, o entendimento mais recente é no sentido de que a intervenção do Procurador de Justiça em segundo grau de jurisdição supre eventual ausência de manifestação do

Ministério Público no primeiro grau, desde que ausente prejuízo ao menor.

A propósito, colhe-se a anotação realizada por Nelson Nery Junior, nestes termos:

“Não intervenção do MP no primeiro grau. Intervenção supletiva da Procuradoria da Justiça. A não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem argüir prejuízo nem nulidade (STJ, 4ª T., REsp n. 2903, rel. Athos Carneiro, citado pelo Min. Sálvio de Figueiredo, no REsp n. 5469, j. 20-10-1992)” (Código de Processo Civil. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 619).

No mesmo sentido, é farta a jurisprudência desta Corte:

“*Omissis*. Ausência de intervenção do Ministério Público de 1º grau. Suprimento pela manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça. Ausência de prejuízo à filha herdeira e menor interessada. Código de Processo Civil, art. 249, § 2º. Preliminar de nulidade argüida pelo Ministério Público inacolhida. Recurso prejudicado” (Ap. Cív. n. 1999.000857-6, de Rio Negrinho, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 22-5-03).

Salienta-se ainda do parecer exarado pelo Procurador de Justiça Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros (fls. 163 e 164) o seguinte excerto:

“Ao contrário disto, penso que não se deve confundir a defesa do in-

teresse do incapaz promovida pelo Ministério quando intervém como fiscal da lei, com a defesa do interesse deduzido por este incapaz em juízo. O interesse que o Ministério Público defende é justamente que no processo seja respeitada a incapacidade do menor, zelando para que ele seja devidamente representado, bem como para que sejam respeitados todos os direitos e prerrogativas que a lei lhe confere em razão da sua condição civil, ou seja, literalmente fiscalizar a aplicação da lei em relação ao incapaz. Em tal ofício, o Ministério Público só está adstrito à lei, e não à pretensão do menor, sendo que inclusive pode (e até mesmo deve) se manifestar contrário a esta, caso entenda-a contrária ao direito.

E conclui:

“Compulsando-se os autos, verifica-se que a menor civil foi devidamente representada, sendo que em nenhum momento foi-lhe desrespeitado qualquer direito seu inerente à sua capacidade civil, ou seja, não houve prejuízo ao interesse da incapaz genericamente considerado, tão-só sua pretensão privada não foi atendida plenamente, o que não se confunde, nem enseja a nulidade argüida”.

Destarte, afasta-se a nulidade de falta de intimação do Ministério Público.

No tocante à falta de intimação do réu para os atos processuais, melhor sorte não lhe assiste. Realmente, há irregularidade processual, pois não houve a intimação do réu para se

manifestar a respeito da denunciação à lide. Contudo, tal irregularidade não acarretou nenhum prejuízo aos litigantes, visto que os autores desistiram da intervenção de terceiro, afastando o acolhimento da nulidade, em prestígio ao princípio da instrumentalidade.

Ademais, o Código de Processo Civil, no capítulo referente às nulidades, artigos 243 e seguintes, consagra o princípio do aproveitamento dos atos processuais e da inexistência de nulidade quando inócua o prejuízo, o que se verificou no caso.

Acerca do assunto, retira-se a anotação realizada por Theotonio Negrão:

“Em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstrem, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa’ (STJ, 6ª Turma, REsp n. 63.393/MG, rel. Min. Vicente Leal, não conheceram, v.u., j. 22-2-99, p. 138)” (Código de Processo Civil. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 312).

Afastadas as preliminares, passa-se à apreciação do mérito.

Primeiramente, convém destacar que em relação ao *quantum* da indenização e lucros cessantes, por serem objeto de ambos os recursos, serão analisados conjuntamente.

Na hipótese, a instituição financeira, em sua irresignação, afirmou,

em síntese, não ter nenhuma responsabilidade na compensação dos cheques, porquanto não lhe compete verificar a autenticidade das assinaturas, e, ainda, que sua conduta não configura ato ilícito, posto que agiu no exercício regular do direito.

A par dessa argumentação, a responsabilidade do banco exsurge com clareza dos autos.

Na verdade, a seguradora, com quem a *de cujus* havia firmado seguro de vida, enviou os cheques aos beneficiários de forma nominal e nelas constava a seguinte restrição: “somente para depósito na conta do favorecido e segundo endosso não deve ser aceito pelo banco”.

Em que pesem todas essas recomendações, o réu recebeu todos os cheques sem tomar o mínimo de cautela exigível, ou seja, não requereu a apresentação de identificação do portador do título, tampouco efetuou o depósito em conta do favorecido. Pelo contrário, aceitou o endosso de terceiro e pagou, sem atentar ao que estava contido no título. No menor limite provável, agiu o réu com negligência e descuido, uma das modalidades da culpa.

Fran Martins leciona que a transmissão do cheque, em cártula em cujo bojo se encontra preenchido o nome do beneficiário, formaliza-se “*pelo endosso, tenha ou não cláusula à ordem*” (Título de crédito. vol. II., 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 47).

No caso em comento, sendo o cheque nominal, o endosso somente

poderia ter sido efetivado por aqueles denominados no título, ou seja, pelos autores. Somente estes poderiam ser endossantes. Entretanto, os três cheques foram endossados pela mesma pessoa, que é estranha aos nomeados. E isso é facilmente percebido: as três assinaturas apostas no verso dos cheques são perfeitamente iguais.

É cediço que não compete ao banco verificar a autenticidade das assinaturas dos endossantes, mas, tão-somente, a cadeia regular de endossos, como dispõe o art. 39 da Lei do Cheque, *verbis*: “o sacado que paga cheque à ordem é obrigado a verificar a regularidade da série de endossos, mas não a autenticidade das assinaturas dos endossantes”. No entanto, nem isso foi feito pelo apelante.

Interpretando o dispositivo, Fran Martins consigna:

“Para pagar um cheque o sacado terá, naturalmente, que verificar a assinatura do emitente, pois existe uma convenção entre o emitente e o sacado pela qual este se obriga a pagar os cheques daquele. Se, porém, o cheque foi endossado, cabe ao sacado apenas verificar a regularidade da sucessão dos endossos mas não a autenticidade das assinaturas. O que o sacado deseja saber é se o portador está legitimado na posse do título para recebê-lo. Havendo uma série regular de endossos, cabe ao sacado pagar, ao detentor legitimado do cheque, a importância do mesmo, ainda que a assinatura de alguns endossantes sejam falsas ou de pessoas incapazes de se obrigar (Lei Uniforme, art. 35;

lei brasileira, art. 39)” (O cheque segundo a nova lei. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 108).

In casu, o sacado não diligenciou no sentido de verificar se o portador estava legitimado na posse do título com procuração dos beneficiários para recebê-lo, bem como não percebeu que as assinaturas dos três diferentes beneficiários eram idênticas, agindo, assim, com flagrante culpa.

Para tanto, Vilson Rodrigues Alves preleciona que:

“O banco, ao pagar cheque nominativo, deve exigir do beneficiário o endosso-quitaação e a apresentação da carteira de identidade. RT 569/285: ‘o funcionário do Banco, ao pagar cheque nominativo, deve ter o elementar cuidado de exigir a carteira de identidade de quem se apresentou para receber o valor do cheque, na qual teria que constar, além da assinatura, também o retrato do identificado, conferindo o endosso-quitaação do beneficiário (Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários. Vol. I, Responsabilidade Civil Bancária, 2ª ed., 1999, p. 176).

Assim, levando-se em consideração que os bancos prestam serviços indispensáveis à população, não se pode olvidar da importância da prevenção para o desconto de cheques, ainda mais nominativos, impondo às instituições financeiras extrema precaução para evitar eventual responsabilidade por danos causados a terceiros.

Silvio de Salvo Venosa, ao dissertar a respeito da responsabilidade civil dos bancos e demais instituições financeiras, menciona que:

“[...] Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei, mas os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição” (Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001, p. 634).

Em caso análogo, colhe-se decisão proferida pelo Desembargador Mazoni Ferreira:

“Apelação cível — Responsabilidade civil — Pagamento de cheque administrativo à terceira pessoa — Assinatura aposta no verso da cártula que não confere com a do documento de identidade do beneficiário — Erro grosseiro — Negligência da instituição bancária demonstrada — Indenização devida — Sentença reformada.

“O banco que lança a débito de conta de seu correntista o valor de cheques nominais em cujo verso foram apostas assinaturas evidente e

grosseiramente falsificadas sem ter a indispensável cautela de verificar a assinatura do tomador, através de autógrafo existente em sua agência, ou sem exigir a apresentação de documento de identidade, em confronto com o qual seguramente se possa verificar a autenticidade da firma, está obrigado a devolver ao cliente a quantia indevidamente paga, com juros e correção monetária” (Ap. Cív. n. 1999.017061-6, da comarca de Brusque, Segunda Câmara Civil, julgada em 29-10-01).

Destarte, observa-se que não agiu com zelo o banco ao efetuar o pagamento de cheque nominal a terceiro estranho, configurando sua conduta ato ilícito, sendo incontestado o dever de indenizar.

A par disso, não há falar em ausência de culpa, devendo o réu indenizar os autores, consoante o disposto no artigo 159 do Código Civil de 1916, nestes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

A propósito, a responsabilidade civil deriva da subsistência ou não da culpa do agente, com o conseqüente dever de indenizar os danos causados pelo ato ocorrido. A culpa é o não-cumprimento de um dever que a pessoa devia conhecer e observar.

Silvio de Salvo Venosa, utilizando-se dos ensinamentos de José de Aguiar Dias (1979; vol. 1:136), esclarece que:

“A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude” (ob. cit., p. 506).

E adiante conclui:

“A culpa abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem romana), mas também os atos ou condutas evadidas de negligência, imprudência ou imperícia, a culpa em sentido estrito (quase delito)”.

Ora, o ato de descontar o cheque nominativo para a pessoa diversa da mencionada, ainda sem procuração, demonstra a omissão negligente do banco, impondo sua responsabilização, senão vejamos:

“A existência de uma ação (de um ato) comissiva ou omissiva é um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Tal ação é normalmente qualificada pelo direito como ilícita, podendo ainda ser lícita, diante dos princípios da moderna responsabilidade objetiva” (Tasca, Flori Antonio. Responsabilidade civil — dano extrapatrimonial por abalo de crédito, 2ª ed., Curitiba: Juruá, p. 4).

Configurada a responsabilidade da instituição bancária, analisa-se o *quantum* indenizatório.

Não há controvérsia quanto à devolução dos valores inseridos nos

cheques, emitidos pela seguradora, posto que não foi objeto de recurso, devendo ser ressarcidos, conforme determinado na decisão *a quo*.

No que tange à indenização por dano moral, não há dúvidas de ser ela devida.

A Corte catarinense, seguindo as orientações do Superior Tribunal de Justiça, tem decidido que o abalo moral é uma espécie de dano pessoal que, embora não deixe vestígios pelo corpo da vítima, ataca no seu interior, ferindo sua intimidade, ocasionando sofrimento igual ou até mesmo superior aos danos pessoais em que há lesões horripilantes (cicatrizes, fraturas etc.).

Os transtornos causados na vida dos autores é evidente, pois, além de terem perdido a mãe e a avó, não receberam os valores que aguardavam, por negligência da instituição financeira. Criou-se a expectativa do recebimento da indenização, vendo-se todos compelidos a ingressar com ação judicial e ficar à espera do reconhecimento de seu direito por sete anos.

Consigna-se, ainda, que a menor sofre de problema cardíaco (fl. 24) e que a indenização poderá ajudá-la na recuperação, amenizando seu sofrimento, pelo menos durante um lapso temporal.

Afigura-se, desse modo, cristalina a obrigação de a instituição bancária indenizar o abalo moral suportado pelos autores. Frisa-se o sofrimento daqueles que aguardaram por consi-

derável tempo para receber os valores pagos pela seguradora e, após, se viram impedidos de usufruir da quantia por negligência do réu.

A respeito, colhe-se do entendimento jurisprudencial:

“O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização” (RT 681/163).

Outrossim, registra-se que a emissão de cheques pelo autor, Mauro Cesar Sloboda, sem provisão de fundos, não enseja a indenização por dano moral, porquanto emitidos em data anterior à fraude, para pagamento, também, antes do ocorrido.

No que concerne aos parâmetros de fixação do dano moral, razão não assiste aos autores. Na petição inicial, pleiteiam indenização no valor de cem salários mínimos para cada um, quantia esta fixada pelo Magistrado em sua decisão. Em contrapartida, por ocasião das razões recursais, asseveraram que a compensação deve ter como parâmetro a quantia expressa no título, requerendo a fixação em cem vezes o valor dos cheques.

Pelo fato de não haver critérios legais para estabelecer o valor do dano moral, ficam sua fixação e parâmetros ao exclusivo arbítrio do julgador, facultando-lhe adotar critérios subjetivos próprios. Assim, dentro dessa faculdade, cabe ao juiz deferir indenização menor ou maior do que a pedida, em critérios por ele estabelecidos.

Portanto, cabendo ao magistrado o arbitramento da indenização, respeitado o princípio do livre convencimento motivado ante a dificuldade na valoração do prejuízo, mister se faz a utilização de determinados critérios que o auxiliem a desanuviar o processo de quantificação.

Tais critérios, estabelecidos pela prática jurisdicional, devem atentar às particularidades tanto do ofendido como do ofensor. Assim, leva-se em conta, dentre outros, o transtorno sofrido e a posição social da vítima, além da capacidade financeira do agente. A força punitiva da indenização também deve ser considerada, de modo que, ao mesmo tempo em que o agente danoso sinta-se coibido de reiterar a prática ilícita, a vítima não seja enriquecida imprópria e demasiadamente.

Para alicerçar o raciocínio, traz-se à baila o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp

n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 00172).

Atendendo-se às qualidades do apelante, verifica-se sua plena capacidade econômica, ante seu poderio e renome, como mencionado pela autoridade judiciária de primeiro grau, tratando-se de um dos maiores bancos do País.

Assim, trabalhando-se com a tendência que prevalece nesta Câmara de ponderar a quantificação do dano de molde a não banalizar o instituto, e considerando todos os aspectos já mencionados, dentre os quais o valor dos títulos, a proibição de enriquecimento sem causa pela vítima do abalo moral e a máxima de se coibir a reiteração da prática danosa pelo ofensor, entendo que o valor fixado na sentença de primeiro grau, 100 (cem) salários mínimos para cada autor, reveste-se de justiça, atendendo aos princípios da razoabilidade, além da proporcionalidade, sendo suficiente para o fim de ressarcir os autores pelo abalo sofrido, bem como para coibir a reiteração, pelo réu, do ato ilícito praticado.

Necessário, no entanto, transformar-se o valor arbitrado em quantia certa, e, tendo-se em conta o valor do salário mínimo à época da sentença, fica individualmente em R\$ 13.600,00 (treze mil e seiscentos reais), incidindo a correção monetária desde a sua fixação (16 de novembro de 1999), e os juros a partir da data da compensação das cópias.

No pertinente aos lucros cessantes, necessárias considerações a respeito do assunto. Primeiramente, cumpre destacar a aplicação ao caso concreto dos termos do art. 1.059 do CC de 1916, *in verbis*:

“Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Como se pode perceber, o direito brasileiro, com vistas em uma reparação dos danos mais completa possível, instituiu a indenização não só na forma de danos emergentes (aquilo que a parte lesada efetivamente perdeu), mas também na forma de lucros cessantes (aquilo que razoavelmente deixou de ganhar).

A propósito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior faz interessante análise:

“A composição dos danos pode compreender interesses negativos e positivos. O interesse negativo é o ‘dano derivado da confiança’, conseqüente ao fato de ter a parte confiado no contrato, para cuja celebração e cumprimento pode ter efetuado despesas e assumido obrigações, preterindo outras alternativas (despesas com o operador que se mandou realizar curso na empresa fabricante da máquina, afinal não entregue; financiamentos contratados para pagamento dos serviços não realizados, etc.). A indenização pelo interesse negativo há de repor o lesado na situação

em que estaria, hoje, não tivesse contado com a eficácia do contrato. O interesse positivo é o interesse de cumprimento; corresponde ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido. É o acréscimo que o contratante, caso fosse cumprido, auferiria com o valor da prestação, descontado o valor da contraprestação, e mais a vantagem decorrente da disponibilidade desse acréscimo, desde o dia previsto para o cumprimento até o dia da indenização. ‘O que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria no momento da prestação da indenização, o bem a ser prestado’.

Omissis.

“Para o Brasil, comentando o art. 1.092, parágrafo único, Antunes Varela adota idêntica solução à exposta anteriormente. Pontes de Miranda, porém, é de opinião diversa: depois de dizer que o interesse negativo é o que vem em primeiro lugar, acrescenta: ‘Mas, à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o interesse negativo e o positivo’. Realmente, no nosso sistema legislativo, esta última é a orientação a seguir. O parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil garante ao não inadimplente o direito de indenização por perdas e danos; ‘perdas e danos’, define o art. 1.859 (*sic.*) do Código Civil, salvo exceção expressa — que não é o caso — abrangem, além do que efetivamente se perdeu (despesas, preparação para

a celebração e cumprimento do contrato etc.), o que razoavelmente se deixou de lucrar, nesta parcela compreendido também o ganho que se não teve em razão do incumprimento e da resolução. Nestas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação: 'O que o contratante ou pré-contratante deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria no momento da prestação da indenização, o bem a ser projetado [...]'. 'O valor que há de cobrir os danos tem de ser o adimplemento'. Por estas razões, e pelos fundamentos aduzidos por Coviello Jr., entende-se que a indenização não se limita ao interesse negativo. Tal orientação, contudo, não pode levar à cumulação de parcelas, optando-se pela solução que melhor componha o interesse de ambas as partes, com predominância para o interesse negativo, de acordo com as exigências da equidade, da qual a indenização é instrumento" (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 261 a 265).

Em tal conformidade, tem-se que os lucros cessantes configuram-se no interesse positivo, ou seja, o aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido.

Contudo, é cediço que para a sua caracterização é imprescindível a prova efetiva do prejuízo patrimonial, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Indenização. Contrato de mediação de seguros. Quebra da exclusividade. Pretensão da corretora de receber comissão a título de lucros cessantes. Interesse positivo. Prova. Ausência de dano.

"O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória".

"Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade" (REsp n. 107426, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 20-2-2000).

No caso em tela, por tratar-se de recebimento de quantia em dinheiro, podendo os autores dela usufruir de diversas formas, deveriam ter comprovado de forma concreta o que deixaram de lucrar, não bastando a suposição de que poderiam ter rendimentos na caderneta de poupança.

Assim, inexistente prova escorreita de que perderam ou deixaram de lucrar com toda a fraude. Nesse sentido, este egrégio Tribunal já se pronunciou:

"Rescisão contratual c/c perdas e danos — Inadimplemento contratual caracterizado pela mora na entrega do apartamento — Devolução dos valores pagos acrescidos de juros moratórios e correção monetária — Utilização do CUB — Possibilidade — Lucros cessantes não comprovados — Recurso parcialmente provido.

Omissis.

“Impossível o deferimento de lucros cessantes sem que haja prova da existência do dano, sob pena de ocorrência de sentença nula, pois não há como condenar alguém a indenizar dano cuja existência não restou demonstrada; não se pode protrair para a fase de liquidação a comprovação do *an debeatur* mas apenas do *quantum debeatur*” (Ap. Cív. n. 2000.012066-9, da comarca de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13-8-01).

Impossível, por conseguinte, o reconhecimento da configuração dos lucros cessantes.

Além disso, registra-se que eventual ganho proveniente de aplicação daqueles valores em caderneta de poupança será recebido pelos autores por meio da atualização monetária e juros legais — atualmente os mesmos pagos pelas cadernetas de poupança — do montante da verba indenizatória a que têm direito.

Sobre este aspecto, transcreve-se o comentário do Procurador de Justiça Dr. Antônio Gercino Ramos Medeiros, *verbis*:

“Observe como o exemplo dos próprios autos pode explicitar que a condenação ao pagamento dos juros exclui a condenação aos lucros cessantes da rentabilidade do capital, pois ambos têm o mesmo objeto: em suas razões de recurso os autores, ao propugnarem a condenação em lucros

cessantes, afirmaram, *ipsis literis*, que ‘deixaram de ter lucros de rendimentos da Caderneta de Poupança’, enquanto o item ‘a’ do pedido, na inicial, requerem que a condenação aos juros e correção monetária tenha ‘como parâmetro mínimo, o rendimento da Poupança’ (grifei). Vê-se ululante *bis in idem*” (fl. 172).

Por fim, cabe rechaçar o pedido do réu de condenação dos autores nos ônus de sucumbência, tendo em vista que estes decaíram de parte mínima do pedido, aplicando-se o parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Voto, pois, pelo não provimento dos recursos, transformando-se, de ofício, os valores indicados por salários mínimos em quantias certas.

III — Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento aos recursos, transformando-se, de ofício, os valores indicados por salários mínimos em quantias certas.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionízio Jenczak.

Florianópolis, 20 de maio de 2004.

Luiz Carlos Freyesleben,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.014590-0, DE PORTO BELO**Relator: Des. Jorge Schaefer Martins**

Cautelar específica. Ausência dos requisitos mencionados no inciso VIII do art. 888 do Código Buzaid. Indeferimento da inicial. Impossibilidade no caso concreto. Possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade. Recebimento como medida assecuratória inominada. Poder geral de cautela. Inviolabilidade do princípio da especificidade. Suspensão da obra, ad cautelam, pelo colegiado, até a apreciação da liminar relegada ao primeiro grau. Recurso provido.

Levando-se em consideração os novos princípios norteadores do processo civil, consagrados na CRFB promulgada em 5 de outubro de 1988, é possível ao Estado-Juiz, com base no poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil e do caso concreto, aplicar o princípio da fungibilidade e, em consequência, admitir, diante da ausência dos requisitos específicos, o procedimento cautelar típico como atípico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.014590-0, da comarca de Porto Belo, em que são apelantes Camping Bombinhas Ltda. e outros, sendo apelada Construtora Vipe Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso para transformar a cautelar típica em inominada e, por cautela, suspender a edificação da obra indicada na inicial.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Camping Bombinhas Ltda.,
Ivete Gloria Dalla Costa, Carlos

Alberto Dalla Costa e Glênio José de Oliveira intentaram medida cautelar de interdição e demolição de prédio, com pedido liminar, contra Construtora Vipe Ltda., alegando que o primeiro autor celebrou com a ré instrumento particular de promessa de permuta de terrenos com pagamento em área a ser construída em regime de incorporação.

Além disso, após enfatizar que houve retificação do pactuado, acrescentando-se em favor do Camping 8 (oito) unidades, em razão do aumento da área a ser construída, aduziu que a ré, sem proceder ao arquivamento no Cartório Imobiliário dos documentos necessários para registrar a incorporação, começou a vender várias uni-

dades, violando o Código de Defesa do Consumidor, bem como as leis dos crimes contra a ordem tributária e a economia popular.

Acrescentou, também, que a ré pretende edificar na área reservada ao restaurante mais um bloco de unidades residenciais, apropriando-se indevidamente da área comum.

Finalmente, sustentou a possibilidade do pedido cautelar, com base no inciso VIII do artigo 888 do Código Buzaid.

Conclusos, a autoridade judiciária de primeiro grau julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, com fundamento nos incisos I e VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Inconformado, apelou o vencido, reiterando os argumentos apresentados na exordial.

II — Voto

Do exame percuciente dos autos extrai-se, em um primeiro momento, a manifesta improcedência do pedido de reforma da decisão, tendo em vista que o caminho processual escolhido pelo autor não é o adequado à defesa do direito material alegado, consoante escorreita manifestação da Dra. Juíza de Direito no primeiro grau de jurisdição.

Com efeito, depreende-se da leitura da peça proemial que os autores deflagraram ação cautelar nominada, ou seja, de interdição e demoli-

ção de prédio, estatuída no inciso VIII do artigo 888 do Código Adjetivo Civil, diante da suposta edificação de unidades residenciais em área comum, bem como das ilegalidades praticadas em decorrência do não cumprimento da lei de incorporação imobiliária e condomínios.

Ocorre que o inciso VIII do artigo 888 do Código de Processo Civil dispõe que “o juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura, a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público”.

Ora, do cotejo dos autos verifica-se que os pedidos mediato e imediato não se coadunam com o que preconiza o referido permissivo processual, uma vez que a edificação de obra não prevista no projeto inicial ou a eventual ausência de registro da incorporação no Cartório Imobiliário não *oferece risco à saúde, à segurança ou a outro interesse público*.

É inegável o argumento dos apelantes de que a medida cautelar de interdição e demolição pode ser manejada por particular sobre direito de vizinhança. Todavia, faz-se necessário que o pedido vise a resguardar o que a lei prevê, situação que, a toda evidência, não se vislumbra no caso concreto.

Sobre a matéria preleciona Humberto Theodoro Júnior:

“Para a emergência de a demolição ou a interdição assumir feições de urgência ou inadiabilidade, prevê

o novo Código a medida cautelar do art. 888, n. VIII, que possibilita sua concretização provisória antes do julgamento da ação principal, a exemplo do que se passava com a antiga ação cominatória na hipótese do velho art. 305. Como está agora regulamentada a medida se tornou bem mais ampla do que no sistema do Código de 1939. Pode ser usada não só pelo Poder Público como por particulares em litígios sobre direito de vizinhança, e pode ser manejada tanto em caráter preparatório como incidental. O procedimento é o dos arts. 802 e 803, como possibilidade de deferimento *inaudita altera parte* (art. 889, parágrafo único), subordinado sempre à justificação do risco sofrido pela saúde, segurança ou outro interesse coletivo, com possibilidade de exigência de caução a critério do juiz (art. 804)” (Processo Cautelar. 19ª ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, p. 391).

Na mesma esteira, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

“Relativamente à legitimação ativa para as ações do art. 888, VIII, houve, contudo, modificação do tratamento legal, se compararmos a previsão feita pelo art. 302, XI, do Código de 1939 com a que agora consta daquele dispositivo. No Código revogado, a legitimação somente abrangia as entidades públicas, União, Estados e Municípios. Agora como não há qualquer restrição prevista pelo mencionado dispositivo, temos de admitir que ele envolve igualmente as ações em que particulares, especial-

mente vizinhos, pretendam obter a demolição de prédios, que lhes sejam nocivos (Pontes de Miranda, Comentários [...], p. 474; Carlos Alberto A. de Oliveira, ob. cit., p. 661). Mas é necessário observar que os particulares somente se legitimarão para as ações do art. 888, VIII, se alegarem que o prédio em causa lhes crie uma situação de perigo de dano iminente. A simples contravenção à lei ou a regulamento edilício não dará aos particulares legitimidade para postular, em nome do ente público correspondente, a ação de que trata o art. 888, VIII” (Curso de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. III, p. 408 e 409).

Destarte, levando-se em consideração que a medida cautelar tentada pelos autores, com fundamento no inciso VIII do artigo 888 do Código Adjetivo Civil é equivocada, posto que não se identifica, na hipótese, nenhum dos requisitos necessários para a sua propositura, poder-se-ia manter incólume a sentença objurgada.

Contudo, aprofundando-se no assunto a respeito das cautelares, com base nos princípios constitucionais que regem atualmente o processo civil, além da relevância da tutela de urgência no direito material defendido no caso concreto, traz-se à baila novos ensinamentos pertinentes à adequação do instrumento utilizado pelos autores para solucionar o conflito de interesses, mediante a aplicação do princípio da fungibilidade.

A propósito, Teresa Arruda Alvim Wambier, em artigo publicado

na Revista dos Tribunais acerca deste preceito, sob o enfoque da função instrumental do processo, após colocar a posição de Araken de Assis no sentido de que a aplicação da fungibilidade nas cautelares implicaria na extinção dos procedimentos assecuratórios típicos, diz que:

“Parece-nos, todavia, mais convincente o argumento de que *se a todo direito corresponde uma ação, a todo direito corresponde, também, e necessariamente, uma cautela*. Ou seja, assegurar o direito de ação é o mesmo que assegurar o direito à eficácia da providência jurisdicional pleiteada, quando se demonstra que esta corre risco.

“Não preenchidos os requisitos do tipo legal específico, relativo àquela espécie nominada de providência cautelar, mas demonstrado *fumus e periculum* — plausibilidade e risco de ineficácia da medida —, deve o magistrado conceder a medida como inominada” (RT 821, p. 45 e 46).

Adiante, depois de enfatizar que certas medidas cautelares, na verdade, antecipam parte dos efeitos da tutela, conclui:

“Com isso, ao que parece, pode-se sustentar que, como regra geral, não há mais interesse de agir para as ações cautelares incidentais, já que pedidos de natureza cautelar podem ser formulados no bojo de processos de conhecimento.

“Por outro lado, a enumeração das cautelares típicas ou nominadas perdem o sentido que antes tinha, que

era praticamente o de determinar que aquela providência pleiteada só poderia ser concedida se a parte preenchesse exatamente os requisitos descritos pela lei. Sua subsistência remanesce, contudo, útil, no que concerne ao procedimento e à descrição da medida constritiva em si mesma.

“No mais, pensamos poder afirmar-se que todo o regime jurídico das cautelares incide relativamente às providências antecipatórias de tutela se estas tiverem como função a de assegurar a eficácia de um provimento (= tiverem como pressuposto o *periculum in mora*) e não simplesmente a função de, por exemplo, evitar o agravamento do dano. Nesta esteira de raciocínio, a tendência é a de que se passe a considerar possível a concessão de medidas antecipatórias de *índole cautelar* antecedentemente à propositura da ação principal, bem como a incidência de poder oficioso do juiz relativamente a essas medidas (RT 821/48).

A par disso, percebe-se que é possível ao Estado-Juiz, aplicando o princípio da fungibilidade, admitir a cautelar intentada com base em procedimento específico, à margem do poder geral de cautela aplicável às inominadas, desde que convencido da existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso concreto.

Nesse norte, Alcides Munhoz da Cunha, após apresentar as classificações das medidas cautelares esboçadas por Calamandrei sob a ótica defendida por este, de que as cautelares deveriam ser aplicadas

restritivamente, ou seja, previstas em lei, afirma que Chiovenda sustentava posição contrária, admitindo procedimentos cautelares ainda que sem previsão legal, com base no poder geral de cautela do Juiz.

E, com fundamento nas lições de Chiovenda, disserta:

“Dizia que o ‘poder jurídico de obter uma dessas medidas está assente nas necessidades gerais da tutela do direito objetivo e que se manifestam, na tutela cautelar, diante das condições atinentes ao temor de dano jurídico a um possível direito’. Afinal, para Chiovenda, a natureza pública da jurisdição obriga o Estado, que proibiu a autotutela, a assegurar a mais ampla e efetiva tutela de direitos, o que não se compraz com limitações à tutela jurisdicional, ressalvada a possibilidade de limitações circunstanciais quanto ao modo de atuar o direito (ditadas por razões de política processual), mas jamais pode o Estado obstar a tutela de direitos, vindo daí a enunciação de princípios basilares, que orientam sistematicamente toda a obra *chiovendiana*, tais como os *princípios da atipicidade das ações e da máxima instrumentalidade do processo*. Pelo princípio da atipicidade das ações (tipos de tutela), fixa-se a premissa de que todo modo de atuação da lei (e qualquer meio executivo), que seja praticamente possível e não seja contrário a uma norma geral de direito, deve considerar-se admissível. Pelo princípio da máxima instrumentalidade, por sua vez, diz-se que ‘o processo deve dar, quanto for possí-

vel praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (Comentários ao código de processo civil, vol. 11: do processo cautelar, arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115).

Adiante, ao tratar da fungibilidade do pedido e das medidas cautelares conservativas ou antecipatórias, afirma que:

“Assim como se admite a fungibilidade das medidas, tem-se que admitir necessariamente a fungibilidade do pedido cautelar. Se deve ou não haver um pedido expresso na demanda, isso se resolve através da interpretação do que se contém na demanda. Se existe a causa de pedir denotando uma lide cautelar, ou seja, uma situação de perigo ou situação cautelanda, e, ainda, se o pedido é por natureza fungível nesses casos, é o quanto basta para se tornar apta a demanda do exercício da função cautelar de urgência. Aliás o ordenamento positivo contempla hipóteses de pedidos implícitos em outras tutelas” (ob. cit., p. 339 e 340).

Ainda a respeito do assunto Nelson Juliano Schaefer Martins, disserta:

“No que tange aos poderes cautelares, Lacerda refere que os dispositivos do Código de Processo Civil, arts. 798 e 799, consagram o ‘poder cautelar geral do juiz, exatamente porque se situa fora e além das cautelares específicas previstas pelo legislador’.

“Aponta como características desde ‘poder geral de cautela do juiz’ inominado e atípico as seguintes: a) discricionariedade e jurisdicionalidade, confiando-se à consciência, ponderação e prudência do juiz, a determinação de medidas provisórias adequadas desde que motivadas por exigências e valores sociais; b) atribuições ao juiz de poderes para ordenar providências de segurança semelhantes aos do pretor romano no exercício do *imperium* para a decretação de interditos; c) finalidade de evitar a ocorrência de dano à parte, provocado ou ameaçado pelo adversário; d) conferência, ao juiz, no âmbito do Estado de Direito, de poderes que permitem o preenchimento de ‘autêntica norma em branco’.

“O autor ainda menciona que o juiz pode decretar de ofício medidas cautelares, que emanam do poder judicial de direção do processo e que decorrem de autêntico poder de polícia no resguardo de pessoas e bens.

“Esta cautela de ofício atribuída ao juiz é resultante de um poder-dever judicial, pois não impera no processo civil apenas o princípio dispositivo eis que nem o poder do juiz está subordinado à vontade dos interessados, nem o processo civil se limita a regular os conflitos privados, mas se expande para a solução dos litígios que envolvem interesses públicos e coletivos” (Poderes do juiz no processo civil. São Paulo: Dialética, 2004. p. 174 e 175).

A par desses ensinamentos, entendem os membros da Segunda

Câmara de Direito Civil deste Pretório ser mais prudente, na hipótese, com base no poder-dever judicial, mencionado acima, aplicar o princípio da fungibilidade e conhecer da medida cautelar desencadeada como atípica.

Não é demais frisar que não se trata de violação ao princípio da especificidade, pois, na hipótese, o princípio da fungibilidade não está sendo aplicado para aceitar o procedimento cautelar inominado em desprestígio das medidas de urgência previstas no Livro III do Código de Processo Civil, porém, o contrário.

Por último, relega-se a análise percuciente do pedido liminar para a autoridade judiciária de primeiro grau, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, determinando-se, *ad cautelam*, a interdição da obra até referido pronunciamento, pois da análise perfunctória do caderno processual resta demonstrada a existência do *fumus boni iuris*, em razão de existir plausibilidade jurídica nos argumentos invocados pelos requerentes, quais sejam, a edificação de um novo bloco de unidades residenciais em área comum (laudo de vistoria, fl. 80) e a ausência de registro da incorporação no Cartório Imobiliário (documento de fl. 35), bem como do *periculum in mora*, consoante o laudo de vistoria acostado às fls. 72 a 81, haja vista que a construção da obra encontra-se em fase inicial.

Destarte, a razoabilidade dos fatos autoriza o deferimento provisório da liminar.

III — Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para transformar a cautelar típica em inominada e, *ad cautelam*, suspender a edificação da obra até o pronunciamento da autoridade judiciária de primeiro grau.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 24 de junho de 2004.

Luiz Carlos Freyesleben,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.012974-8, DE SOMBRIO

Relator Designado: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de reconhecimento de direito à adoção — Sentença terminativa — Coisa julgada material — Inocorrência — Decisum prolatado em anterior ação de adoção plena extinguindo o feito sem julgamento do mérito em razão do falecimento dos adotantes — Aforamento sob a égide do Código de Menores de 1927 — Adoção póstuma — Não previsão pela legislação vigente à época do pedido — Medida correta.

Aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil — Elementos suficientes ao julgamento do mérito.

Ação de reconhecimento ajuizada sob a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente — Art. 42, § 5º, c/c art. 47, § 6º — Direito requerido com base em fato pretérito (declaração de von-

tade dos adotantes anterior à morte) — Não aplicação da Lei n. 8.069/90 — Adoção post mortem — Inovação do legislador — Falta de previsão à época do falecimento dos adotantes na anterior ação de adoção plena — Ato jurídico perfeito e acabado — Art. 5º, inciso XXXVI — Lei de Introdução ao Código Civil — Art. 6º, § 1º — Inexistência de direito a ser resguardado — Sentença cassada — Julgamento do mérito — Improcedência do pedido inicial.

Deve ser cassada a sentença terminativa da ação de reconhecimento de direito à adoção, prolatada com base no art. 267, inciso V, do CPC (coisa julgada), se o processo anterior de adoção plena foi extinto, igualmente, sem julgamento de mérito, em sentença terminativa, geradora, apenas, de coisa julgada formal.

Presentes os requisitos legais, pode o Tribunal, a teor do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, julgar, de imediato, a lide, sem suprimir um grau de jurisdição.

Como a Lei n. 8.069/90 não alcança fatos pretéritos e o pedido de reconhecimento de direito à adoção é formulado com base em declaração de vontade emitida em ação de adoção plena, por casal levado a óbito posteriormente ao ajuizamento, sob a égide do Código de Menores de 1927, que não previa adoção póstuma, não há direito a ser reconhecido, especialmente pelo fato de se ter caracterizado o ato jurídico perfeito e acabado, pois já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.012974-8, da comarca de Sombrío (Vara Única), em que é apelante A. E. R. R., sendo apelados espólio de L. G. da C. e M. das G. S. C.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, cassar a sentença e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao apelo, julgando-se improcedente o pedido inicial formulado.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

A. E. R. R. interpôs apelação cível, inconformado com a sentença prolatada pela MMa. Juíza de Direito da Vara Única da comarca de Sombrío que julgou extinta a ação de reconhecimento de direito à adoção deflagrada contra espólio de L. G. da C. e M. das G. S. C., com base no art. 267, inciso V, do CPC, por ter entendido estar formada a coisa julgada.

Em síntese, o casal L. G. da C. e M. das G. S. C. ajuizou ação para

adoção do autor, menor à época (1985). No entanto, naquele ano, a adotante faleceu, tendo o processo continuado. Em 1988, o adotante também foi a óbito. O Togado, em 1989, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, ante o falecimento dos adotantes, em 1989.

Em 1994, A. aforou a presente ação, objetivando o reconhecimento da adoção, tendo sido extinto o processo, com base no art. 267, V, do CPC, ante a existência da coisa julgada (fls. 66 a 68).

O autor apelou, pugnando pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença (fls. 69 a 75).

Contra-razões pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (fls. 78 a 84).

Subiram os autos a esta Corte de Justiça.

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela anulação da sentença, a fim de que seja enfrentado o mérito (fls. 90 a 92).

A Terceira Câmara de Direito Civil, em sessão realizada em 20 de fevereiro do corrente, decidiu, por votação unânime, cassar a sentença e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao apelo, julgando improcedente o pedido inicial formulado. Vencido o Relator originário que votou no sentido de dar-se provimento ao apelo para complementação da prova.

Designado fiquei, vieram-me os autos conclusos.

Adoto o relatório do Relator originário (fls. 97 a 99), complementado pelo presente.

II — Voto

Trata-se de apelação cível em ação de reconhecimento de direito à adoção interposta por A. E. R. R. contra espólio de L. G. da C. e M. das G. S. C., irressignado com a sentença que extinguiu o processo sem analisar o mérito, ante a existência de coisa julgada, com fulcro no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, deve-se ressaltar, foi extinto o processo sem análise do mérito, por entender a Togada estar caracterizada a coisa julgada.

A sentença anterior, proferida nos autos da ação de adoção plena, pôs termo ao processo sem julgar o mérito da causa, ante o falecimento dos adotantes. Assim, não se operou a coisa julgada material, a teor do art. 467 do CPC.

Sendo a sentença prolatada na ação de adoção, sem mérito, houve, apenas, coisa julgada formal, podendo o titular do direito ajuizar novamente pedido idêntico, a fim de obter a devida prestação jurisdicional.

Dessa forma, não havendo coisa julgada material, qualidade que tornaria imutável a sentença prolatada nos autos da adoção plena, deve ser cassada a que extinguiu o presente processo em razão daquela.

Uma vez superada a prefacial aludida, cabe discorrer acerca da

aplicabilidade da nova norma constante do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, sendo, após, analisado o pedido exordial formulado pelo apelante autor.

Da aplicação imediata do § 3º do art. 515 do CPC

Com o advento da Lei n. 10.352/01, a qual acresceu o § 3º ao art. 515 do Código de Processo Civil, nos casos de ter o togado de primeiro grau extinto o processo sem julgamento de mérito, e estando este em condições de julgamento, tornou-se viável ao Tribunal de Justiça decidir a lide.

Vale transcrever o referido dispositivo:

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

“[...] § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

A hipótese acima ilustra a realidade dos presentes autos, razão pela qual passa-se à análise do mérito.

Mérito

Não merece guarida a pretensão do autor apelante, pois o pedido do autor de reconhecimento de direito à adoção foi ajuizado em face da extinção do processo anterior de adoção plena aforada pelos adotantes falecidos, sob a égide do Código de Menores de 1927.

Inicialmente, é de se ressaltar, a presente ação foi ajuizada em 1994, portanto, após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal que entrou em vigor em 1990.

Nasceu o autor em 16-4-1979, tendo, na data do ajuizamento, 15 anos de idade, sendo, portanto, adolescente, aplicando-se-lhe as disposições contidas no ECA ao presente processo.

Dita o art. 40 do ECA dever o adotando contar com, no máximo, 18 anos à data do pedido. É o caso dos autos.

Assim, *prima facie*, aplicar-se-ia a Lei n. 8.069/90 ao caso em tela, pois à época do ajuizamento da presente ação ele era adolescente.

Ainda, a princípio, verifica-se estar presente o interesse de agir, pois no momento em que fosse formalizada a adoção teria o autor direito à sucessão. Importante destacar o seguinte dispositivo constitucional: “Art. 227. [...] § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por *adoção*, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

A adoção atribuiria ao autor a condição de filho dos *de cujus* (adotantes), com direitos e deveres idênticos a qualquer outro, inclusive sucessórios, a teor do art. 41 do ECA.

Os efeitos da adoção podem ser divididos em pessoais e materiais, bem como penais e fiscais. O primei-

ro, ao atribuir a condição de filho e vínculos de parentesco; o segundo gera direito a alimentos, indenizações e, no presente caso, os sucessórios, visados, obviamente, pelo autor, já que falecidos os adotantes.

Sendo prolatada sentença de adoção, o adotando tem os mesmos direitos que os demais herdeiros. Assim, presente o interesse de agir.

Acrescenta-se, ainda, que a sentença prolatada em ação de adoção tem natureza constitutiva.

Vale anotar o art. 47 do ECA:

“O vínculo da adoção constituiu-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

“§ 1º. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

“§ 2º. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

“§ 3º. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

“§ 4º. A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

“§ 5º. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

“§ 6º. A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado

da sentença, exceto na hipótese prevista no artigo 42, § 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito” (grifou-se).

Dessa forma, os efeitos, em regra, começam a partir do trânsito em julgado da sentença. Ocorre que, na ação *sub examen*, o pedido de reconhecimento deu-se com base na parte final do § 6º do art. 47 do ECA (adoção póstuma) o qual reza ter efeitos retroativos à data do óbito dos adotantes, fazendo-se uma análise à luz do art. 42, § 5º, do mesmo diploma legal:

“Podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente de estado civil.

“§ 1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

“§ 2º. A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

“§ 3º. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

“§ 4º. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

“§ 5º. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a

falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença” (grifou-se).

No entanto, observa-se que o pedido do autor é feito com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo lastreado na declaração de vontade dos adotantes, já falecidos, emitida à época da propositura da ação de adoção plena, que tramitou sob a vigência do Código de Menores de 1927.

Assim, o direito à adoção, que o autor pretende ver reconhecido pela presente *actio*, se já adquirido àquela época, deveria sê-lo com fulcro na legislação vigente ao tempo do ajuizamento da ação de adoção plena.

O Código de Menores de 1927 previa dois tipos de adoção, a simples e a plena, tendo o casal adotante optado por aforar pedido de adoção plena, de acordo com os arts. 29 e seguintes do diploma legal acima referido.

Pela leitura dos dispositivos que disciplinavam a matéria, não se vislumbra a hipótese de adoção *post mortem*.

Sobre a matéria anote-se:

“Trata-se de inovação do legislador menorista, regulado no § 5º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (Silva, José Luiz Mônaco da. A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 110).

Realmente, a adoção póstuma foi um avanço em prol dos interesses

das crianças e adolescentes, sempre levando-se em conta que o atual Estatuto tem como base a doutrina da proteção integral, estampada em seu artigo 1º.

Como se disse, repita-se, a ação de adoção plena aforada pelos adotantes, com o falecimento destes, deveria ter sido extinta, já que, na época, a legislação vigente não previa referida modalidade.

Assim, correta a sentença prolatada pelo Magistrado que, em 1989, conforme cópia acostada às fls. 30 e 31 destes autos, extinguiu o processo de adoção plena autuado sob o n. 94/85, ante o falecimento dos adotantes.

Dessa forma, o presente pedido de reconhecimento de direito à adoção não merece guarida, justamente pelo fato de que a lei de menores de 1927 não lhe conferiu tal direito naquela oportunidade. Portanto, o autor não tem nenhum direito à adoção a ser reconhecido neste processo.

Importante salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, passou a vigor 90 dias após a sua publicação, ou seja, somente em outubro daquele ano.

A regra geral é que o tempo de vacância é de 45 dias. No entanto o ECA previu expressamente o tempo de vacância, bem como a revogação do Código de Menores.

Rezam os artigos 266 e 267 do ECA:

“Art. 266. Esta Lei entra em vigor noventa dias após sua publicação.

“Parágrafo único. Durante o período de vacância deverão ser promovidas atividades e campanhas de divulgação e esclarecimentos acerca do disposto nesta lei.

“Art. 267. Revogam-se as Leis ns. 4.513, de 1964 e 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), e as demais disposições em contrário”.

Pode-se afirmar, a nova legislação protetiva dos menores não retroage, sendo impossível alcançar fatos pretéritos, como o *sub iudice*, qual seja, o reconhecimento de direito que teria sido conquistado ante a declaração de vontade do casal falecido em adotar.

Em verdade, no momento em que os adotantes aforaram pedido de adoção plena, em 1985, vindo a falecer posteriormente, correta foi a sentença terminativa prolatada em 1989, uma vez que o ordenamento jurídico não previa a modalidade “adoção pós-tuma”.

Naquele momento, o falecimento do casal adotante, aliado à não previsão de modalidade de adoção pós-tuma, fez com que deixasse de existir qualquer possibilidade de o apelante ser adotado.

A Lei de Introdução ao Código Civil estabelece:

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, *respeitados o ato jurídico perfeito*, o direito adquirido e a coisa julgada.

“§ 1º. *Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*”.

Não se pode, agora, aplicar retroativamente o ECA, que prevê modalidade de adoção pós-tuma para desconstituir aquela sentença dos autos da adoção plena por ferir princípio constitucional estampado no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, *in verbis*: “— a lei não prejudicará o direito adquirido, o *ato jurídico perfeito* e a coisa julgada”.

Indubitavelmente, é o caso dos autos.

Acrescenta-se, ainda, na presente *quaestio*, que a declaração de vontade anterior à época da propositura da ação de adoção plena, sob a égide do Código de Menores de 1927, não chegou a ser formalizada, não sendo concluída a adoção ante o falecimento dos adotantes. Logo, não houve adoção. Conseqüentemente, neste momento, não há nenhum direito à adoção que deva ser reconhecido, como pretende o apelante.

Aliás, é de se ressaltar, reconhecer-se, a esta altura, uma adoção seria dar ao apelante um pai já falecido e uma mãe (esposa do adotante) que não mais desejou ter-lhe como filho, pois, já na época do processo de adoção plena, ela desistiu de ter sua guarda (fl. 32).

Importante salientar, o instituto da adoção pressupõe a existência de vontade, afeição recíproca, laços de amor, carinho, objetivando a integração familiar e um ambiente harmônico.

nioso. Certamente, não há no caso dos autos nenhum desses elementos subjetivos, ensejadores da adoção pretendida.

Em suma, deve a sentença ser cassada por não estar caracterizada a coisa julgada material, já que a sentença nos autos da adoção plena não analisou o mérito da questão.

Aplica-se o art. 515, § 3º, do CPC, julgando-se improcedente o pedido formulado na inicial, ante a ausência do direito alegado pelo autor e considerando-se o ato jurídico perfeito e acabado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unân-

me, cassar a sentença e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao apelo, julgando-se improcedente o pedido inicial formulado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Tulio Sartorato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2004.

*Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator designado.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.024751-6, DE CHAPECÓ

Relator designado: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de indenização — Construção de hidrelétrica e sua relação com a mortandade de peixes no Rio Uruguai.

Recurso principal — Preliminares — Sentença extra petita, cerceamento de defesa e ausência de qualificação das partes — Não acolhimento — Mérito — Responsabilidade objetiva da apelante — Nexo causal entre a escassez de peixes e a construção da barragem não evidenciado — Concorrência de fatores como pesca predatória e ausência de chuvas — Dever de indenizar não existente — Sentença modificada — Recurso provido.

Recurso adesivo — Preliminar — Ausência de impugnação dos fundamentos da sentença — Não acolhimento — Mérito — Improcedência do pedido relativo aos danos morais — Reversão do julgado de primeiro grau — Recurso não provido.

Não há cogitar de cerceamento de defesa e julgamento extra petita quando a sentença, mesmo fulcrada em fundamentos diversos dos aventados na inaugural, decide a lide nos termos em que foi proposta e com base nas provas apresentadas.

A ausência de qualificação das partes, nas razões do apelo, não obsta o prosseguimento do recurso, quando já devidamente qualificadas na exordial.

Em se tratando de ato lícito, praticado pela administração em benefício da coletividade e em atendimento ao interesse geral, a atividade administrativa delegada à apelante de fechamento das comportas, necessárias à implantação da hidrelétrica de Itá sobre o leito do Rio Uruguai, sem causar dano anormal ou especial, não há direito à indenização pela diminuição da atividade pesqueira, ainda que tenha havido morte ou escassez temporária de peixes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.024751-6, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante/apelada adesiva Tractebel Energia S.A., sendo apelado/apelante adesivo Noel de Melo:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria, rejeitar as preliminares, dar provimento ao recurso principal e negar provimento ao apelo adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tractebel Energia S.A. (ré) e Noel de Melo (autor) interpuseram recurso de apelação cível, o do segundo de forma adesiva, inconformados com a sentença prolatada pelo MM.

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Chapecó, o qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização interposta.

O Magistrado condenou a apelante/ré ao pagamento, em favor do apelado/autor, de 1 (um) salário mínimo mensal, durante o prazo de três anos, a contar de fevereiro de 2000, excetuados os meses abrangidos pela piracema, a título de indenização pela mortandade de peixes no Rio Uruguai, fruto da construção de hidrelétrica, o que teria impedido o exercício da pesca pelo apelado/autor, sua única fonte de renda (fls. 274 a 296).

A apelante/ré busca a reforma da sentença, argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, ante o julgamento *extra petita* da causa, haja vista estar a inicial fulcrada na responsabilidade subjetiva, tendo o Senten-

ciante condenado-a com base na responsabilidade objetiva, bem como por ocorrer cerceamento de defesa, uma vez não ter sido oportunizada a produção de prova para defesa da alegada responsabilidade objetiva.

No mérito, aduziu não existir prova do nexo de causalidade entre a mortandade dos peixes no Rio Uruguai e a construção da hidrelétrica, ressaltando a ocorrência de pesca predatória no local, a qual contribuiu para a suposta escassez dos peixes.

Afirmou não ter o apelado/autor comprovado ser pescador profissional, bem como a existência de documento que assim o qualifique.

Alegou ter agido em conformidade com o preconizado pelos órgãos públicos, realizando estudos científicos da área, para diminuição do impacto ambiental, inclusive.

Asseverou, por fim, não existirem provas dos prejuízos sofridos pelo pescador, uma vez que não apresentou qualquer comprovante de seus rendimentos.

Requeru o conhecimento e, ao final, o provimento do recurso, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais formulados (fls. 310 a 327).

Em contra-razões ao recurso, argüiu o apelado/autor, preliminarmente, ausência de regularidade formal, pois teria a apelante/ré omitido a qualificação das partes nas razões do apelo. No mérito, rebateu as preliminares argüidas, aduzindo estarem presentes

os requisitos para a responsabilização da apelante/ré pelos danos causados em decorrência da construção da hidrelétrica de Itá (fls. 335 a 339).

Igualmente irrisignado, Noel de Melo interpôs recurso de apelação cível, na forma adesiva, buscando a reforma da sentença, com a condenação da apelada adesiva ao pagamento de indenização por danos morais, em face da construção da hidrelétrica de Itá, a qual o teria impedido de pescar no Rio Uruguai, causando-lhe, em conseqüência, transtornos emocionais (fls. 340 a 343).

Em contra-razões ao recurso adesivo, a apelada adesiva argüiu, preliminarmente, o não conhecimento do recurso por falta de impugnação dos fundamentos da sentença. No mérito, sustentou não haver dano moral na espécie (fls. 348 a 356).

Ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível, interposta com o desiderato de ver reformada a sentença proferida nos autos da ação de indenização, em que se julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais formulados.

1. Recurso da ré

1.1. Preliminares

1.1.1. Julgamento extra petita

Argüiu a apelante preliminar de nulidade da sentença em face do jul-

gamento *extra petita* da causa, pois teria o Magistrado *a quo* a condenado com fulcro na responsabilidade objetiva, ao passo que o pedido inicial fora fundamentado na responsabilidade subjetiva, art. 159 do Código Civil de 1916.

Sorte não assiste à apelante.

Os fundamentos do *decisum* não importam em julgamento *extra petita*, uma vez que a parte dispositiva da sentença limitou-se aos requerimentos contidos na inaugural, decidindo a lide nos limites em que foi proposta, não infringindo o disposto nos arts. 128 e 460 do Códex Instrumental.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicitam: “Não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial (JTJ 164/176)” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 780)

Desta forma, rejeita-se a prefacial argüida.

1.1.2. Cerceamento de defesa

Argüiu a apelante, ainda em sede preliminar, nulidade da sentença, ante o cerceamento de defesa ocorrido, porquanto não teria o Juiz singular proporcionado a produção de prova para descaracterização da responsabilidade objetiva, fundamento do *decisum*.

Mais uma vez, sem razão a apelante.

In casu, a instrução probatória permitiu à apelante a produção de ampla prova testemunhal e documental, nesta incluída perícia por si realizada, relativa ao impacto ambiental da área onde fora construída a hidrelétrica de Itá, ambas voltadas à descaracterização de sua responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente e ao apelado, não restando evidenciado, desta feita, o cerceamento de defesa alegado.

Ademais, asseverou a recorrente:

“[...] a robusta prova documental, carreada aos autos em sede de contestação, demonstra à sociedade a absoluta ausência de amparo legal e fático às pretensões do autor, sendo desnecessária, portanto, a dilação probatória” (fl. 150).

A definição da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, não alteraria o desfecho da *actio*, já que, se não bastasse a análise, pelo Togado *a quo*, dos requisitos da responsabilidade objetiva (nexo de causalidade e dano), apreciou o requisito da culpa, caracterizador da responsabilidade subjetiva.

Destarte, afasta-se essa preliminar.

1.1.3. Ausência de regularidade formal

Argüiu o apelado, preliminarmente, em resposta ao apelo, “ausência de regularidade formal” nas razões recursais, pois não teria a apelante qualificado as partes, conforme dis-

posto no art. 514, I, do CPC: “A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà os nomes e a qualificação das partes”.

Não há razão para acolhimento da prefacial argüida, pois a ausência de qualificação das partes não obsta o prosseguimento do recurso de apelação, quando já devidamente qualificadas na exordial, sendo plenamente suprível aludida omissão.

Nesse sentido, colhe-se da lavra deste Relator:

“Apelação cível — Obrigação de fazer — Pedido cominatório — Inépcia recursal — Qualificação das partes — Ausência.

“A falta de qualificação das partes não conduz à inépcia do recurso se já individuadas no processo, sendo esta a interpretação razoável do art. 514 do CPC [...]” (Ap. Cív. n. 2000.000179-1).

Extrai-se dos julgados desta egrégia Corte de Justiça:

“Apelação cível — Ação declaratória — Preliminar de inadmissibilidade do recurso, ante a ausência de qualificação das partes — Presença em outras peças dos autos — Repetição desnecessária — Tese afastada. Inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito — Possibilidade — Inexistência de discussão judicial acerca do *quantum debeatur* — Recurso provido.

“Não se torna causa de inadmissibilidade do recurso a falta de qualificação das partes, já que desne-

cessária a sua repetição quando já está presente em outras peças dos autos [...]” (Ap. Cív. n. 2002.013733-8 — rel. Des. Fernando Carioni).

Desse modo, afasta-se mais essa preliminar.

1.2. Mérito

Pretende a apelante a reforma da sentença, aduzindo não restar comprovado o dano, bem como o nexo de causalidade entre este e a construção da hidrelétrica.

Trata-se de ação indenizatória, na qual busca o apelado o ressarcimento dos prejuízos advindos com a construção da hidrelétrica de Itá, a qual teria causado grande mortandade de peixes no Rio Uruguai, dificultando o exercício da pesca no local, sua única fonte de renda.

Para análise das razões recursais, indispensável, *prima facie*, a verificação da responsabilidade da apelante pelo evento danoso, se objetiva ou subjetiva.

Tendo em vista o tipo de atividade desempenhada pela apelante, a qual, pode-se dizer, de risco, não há dúvida ser objetiva sua responsabilidade, cujo dever de indenizar prescinde da verificação da culpa, bastando, para caracterizá-la, a ocorrência do dano e o nexo causal entre este e a atividade realizada pela empresa.

Sobre a matéria, Maria Helena Diniz doutrina:

“Como em certos casos a teoria da culpa, que funda a responsabili-

dade civil na culpa, caracterizada como uma violação de um dever contratual ou extracontratual, não oferece solução satisfatória, devido, p. ex., aos progressos técnicos, que trouxeram um grande aumento de acidentes, a corrente objetivista desvinculou o dever de reparação do dano da idéia de culpa, baseando-o no risco com o intuito de permitir ao lesado, ante a dificuldade da prova da culpa, a obtenção de meios para reparar os danos experimentados. Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei, independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção” (Curso de direito civil brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 7. p. 47).

Sílvio Rodrigues trata da matéria com muita propriedade:

“A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada por aquele” (Direito civil. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 7. p. 11 e 12).

Assim, resta verificar o preenchimento dos requisitos da responsa-

bilidade objetiva, quais sejam, o dano e o nexo de causalidade.

Segundo Rui Stoco:

“A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se ele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24).

No tocante ao primeiro, tanto a perícia quanto a prova testemunhal não discrepam em afirmar ter ocorrido a morte de peixes no Rio Uruguai.

A testemunha José V. M. Regina afirmou em seu depoimento: “Que não chegou a ver mas ouviu falar da mortandade de peixes, sem que tivesse sido significativa” (fl. 193).

No mesmo sentido, foi o depoimento da testemunha Ademar Casanova: “Que não costuma ir no rio com freqüência, mas ouviu falar por seu pessoal (é Tenente da PM ambiental), que houve morte de peixes mas não mortandade em grande quantidade como noticiado nos jornais” (fl. 195).

Dessa forma, porque indubitável o dano, restou preenchido o pri-

meiro requisito da responsabilidade objetiva.

No que tange ao segundo requisito, qual seja, o nexo causal entre o dano (diminuição do número de peixes no local) e a construção da barragem, este não restou eficazmente comprovado nos autos.

Alguns fatores contribuíram para a diminuição do número de peixes no Rio Uruguai, tornando temerária a afirmação de que ocorrera em razão da construção da hidrelétrica de Itá.

A obra fora realizada em época de poucas chuvas, o que, por si só, diminuiu o nível da água e, conseqüentemente, o de peixes.

Extrai-se do depoimento de José V. M. Regina:

“Que naquele verão o tempo foi seco; [...] que naquele ano do fechamento as precipitações foram de 50% abaixo da média; [...] que naquele ano o rio ficou abaixo em sua média, mas em decorrência do baixíssimo índice pluviométrico, e não em decorrência da Usina; que naquele ano do fechamento houve o mais baixo índice pluviométrico dos últimos dez anos, segundo registros que conferiu nos autos; que o ano do fechamento foi ainda mais severo em índices do que 1986” (fl. 193).

Nesse diapasão, afirmou a testemunha Evoy Z. Filho, oceanógrafo:

“Que não dispõe agora de dados mas sabe que o índice pluviométrico deste verão foi bastante su-

perior ao do verão passado; que quanto maior as chuvas maior a reprodução de peixes, esperando-se uma produção maior de peixes daqui para frente” (fl. 194).

Se não bastasse, restou evidenciada a realização de pesca predatória na região, em época da piracema, inclusive, situação atentatória ao equilíbrio ecológico da reprodução dos peixes.

Segundo Evoy Z. Filho:

“*Que sabe da existência de pesca predatória na região (tem ido ao rio e encontra constantemente redes) e da atuação da polícia e que tal prática tem diminuído, não sabendo se em decorrência da ação policial ou da conscientização da população*” (fl. 194).

A testemunha Ademar Casanova, Tenente da Polícia Militar Ambiental, asseverou:

“*Que tem havido muitas apreensões de materiais irregulares de pesca (120.000 metros de rede nos últimos quatro anos), sendo que tal pesca irregular também causa diminuição*” (fl. 196) (grifou-se).

O apelado confirmou, em seu depoimento, ser pescador profissional e pescar em época de piracema: “Que na época de Piracema pescava só de linha e por isso em média 80 quilos por mês” (fl. 203). Aduziu, ainda, que o aumento e diminuição do volume de água prejudica a pesca, porque leva o material utilizado para tal fim e que é deixado às margens do rio:

“Que após aquele período o rio voltou ao normal em volume de água, mas com oscilações porque sobe e desce rápido; que, todavia, não aumentou a pesca, ficando entre 50 e 60 quilos por mês, mesmo aumentando o volume de água, sendo que continua ruim para pescar porque baixa e sobe muito o nível do rio, levando o material que deixa para pegar peixes” (fl. 203).

Do exposto, conclui-se ter o próprio apelado dado causa à diminuição do número de peixes no rio, pois realizou pesca predatória, ou seja, em época de piracema, prática vedada por lei.

Dispõe o art. 1º, I, da Lei n. 7.679/88, que trata da proibição da pesca em períodos de reprodução:

“Fica proibido pescar:

“I — Em cursos d’água nos períodos em que ocorrem fenômenos migratórios para reprodução e, em água parada ou mar territorial, nos períodos de desova, de reprodução ou de defeso [...]”.

Todavia, afirmou o apelado continuar a viver da pesca: “Que ainda assim continua vivendo só da pesca, apesar das dificuldades” (fl. 203).

Por outro lado, agiu com acuidade a apelante, promovendo estudos do impacto ambiental na área (fls. 87 a 121), juntando laudo pericial da situação do rio (fls. 59 a 77), providenciando licenças ambientais nos órgãos competentes (fls. 81 a 85), efetuando o fechamento das comportas

da usina Passo Fundo, a fim de aumentar a concentração dos níveis de água da referida barragem, para que fosse aberta após o fechamento das comportas da usina de Itá, mantendo, assim, nível de água satisfatório na região. Inovou, ainda, ao construir um descarregador de fundo, ou seja, uma válvula responsável pela manutenção do fluxo de água para a jusante, de maneira a assegurar vazão e os níveis mínimos para a região, ainda não exigido pelos órgãos públicos, para viabilizar obras similares (perícia de fl. 75).

Destaque-se as considerações finais do laudo pericial acerca dos impactos ambientais gerados pelo fechamento das comportas da usina, no tocante à reprodução de peixes:

“As medidas mitigatórias efetuadas pela Gerasul, propostas no estudo de impacto ambiental são satisfatórias e estão sendo aplicadas regularmente. A construção do descarregador de fundo foi um grande avanço se comparado com impacto ambiental gerado pelo enchimento do reservatório em usinas no passado” (fl. 75).

Frisa-se, ainda, o rio voltou ao nível normal após 15 (quinze) dias do fechamento das comportas, conforme afirmou a testemunha Claudimir L. Turmena:

“Que de fato o nível do rio diminuiu após o início de funcionamento da usina, todavia, que isso ocorreu aproximadamente por um período de 15 dias, depois voltando ao normal, considerando a época” (fl. 205).

Não há olvidar, também, que a construção da hidrelétrica de Itá proporcionará o crescimento da região, gerando novos empregos, beneficiando, enfim, toda a coletividade, justificando, assim, eventual “cerceamento” ao direito de uma minoria.

É da jurisprudência, em caso análogo:

“Ação ordinária de indenização. Responsabilidade civil do estado. Construção de ponte. Interesse da coletividade. Ausência de nexo causal. A Construção da Ponte de Guaíra, ligando o Estado do Paraná ao Mato Grosso do Sul, no Município Novo, é de interesse da coletividade, não podendo o Estado em qualquer de seus graus ser responsabilizado pelo evento desautorizando o direito indenizatório, quer por ação ou omissão. Recurso desprovido” (TJPR — Ap. Cív. n. 101.284-2 — rel. Des. Sidney Mora).

Extrai-se do corpo do acórdão, *mutatis mutandis*:

“Não há qualquer ato ilícito a ser reparado, a atividade do Estado é juridicamente perfeita, representando forma regular de restrição administrativa ao direito do particular; a causa determinante da indenização não se equipara àquela que legitima a reparação do dano resultante do emprego anômalo, deficiente ou abusivo dos poderes da Administração. Portanto, trata-se de ato lícito que veio em benefício da coletividade e atende ao interesse geral, a indenização é limitada ao dano especial e anormal gerado pela atividade administrativa.

“Nesse caso não se vislumbra qualquer anormalidade, não se constituindo o término da atividade dos requerentes em um sacrifício intolerável, à medida que estes podem buscar outras atividades no mercado de trabalho, mesmo porque a região ali é bastante produtiva.

[...]

“Esclarece a doutrina que: ‘Mas se é freqüente a hipótese de o interesse público exigir o sacrifício de interesse privado, o prejuízo especial ou singular e não universal, é que pode dar lugar a um ressarcimento, quando como diz Marcelo Caetano, expressamente referido, certa ou certas pessoas foram prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade foi poupada, isso porque, continua Yussef Cahali, foram ultrapassados os incômodos e sacrifícios que por sua natureza e expressividade, são toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum da vida em sociedade qualificado o dano como injusto, de acordo com Octavio de Barros, se vem a romper o princípio da igualdade do ônus e encargos sociais, isso apenas por não haver ato ilícito, cuidando-se de benefício à coletividade, atendido interesse geral, como a hipótese de obras públicas que sejam demoradas, ainda assim não ressarcível o incômodo, não indenizável o simples interesse, mesmo que difícil se torne algumas vezes dizer-se o que seja uma violação indiscutível de direito individual [...]’.

“Neste diapasão:

‘Responsabilidade civil. Ação de indenização. Culpa objetiva do Estado. Construção de ponte sobre o Rio Paraná. Paralisação de embarcações que operavam na travessia. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Impossibilidade jurídica do pedido. CPC, art. 267, inc. VI. Sentença mantida. Recurso improvido. Unânime’ (TJPR — Ap. Cív. n. 100.339-8 — rel. Des. Cordeiro Cleve)”.

Destarte, porque ausente o nexo de causalidade entre a mortandade ou diminuição dos peixes no Rio Uruguai e a construção da hidrelétrica de Itá, tendo agido com acuidade a apelante no tocante ao impacto ambiental da área, bem como respeitado a legislação pertinente à matéria, merece acolhimento o pleito recursal, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais formulados.

2. Recurso adesivo

Insurgiu-se o apelado/apelante adesivo contra a decisão proferida pelo Togado *a quo* na parte que julgou improcedente o pedido para condenação da apelante/apelada adesiva ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais.

2.1. Preliminar — falta de impugnação dos fundamentos da sentença

Argüiu a apelante/apelada adesiva, em resposta ao recurso adesivo, preliminarmente, a impossibilidade de conhecimento do recurso por falta de impugnação dos fundamentos do *decisum* guerreado.

A prefacial não merece acolhimento.

Pugnou o apelado/apelante adesivo pela procedência do pedido relativo aos danos morais, aduzindo que a mortandade de peixes na região teria sido provocada pela construção da hidrelétrica de Itá, o que estaria dificultando o exercício da pesca, sua única fonte de renda, causando-lhe, conseqüentemente, abalo moral.

Referida alegação contrapõe os termos da sentença, na qual afirmou o Togado *a quo* não estar o dano moral ligado aos prejuízos exclusivamente materiais ou econômicos.

Assim, porque impugnados os fundamentos da sentença, nesse particular, razão não há para acolhimento da preliminar, motivo pelo qual deve ser afastada.

2.2. Mérito

Tendo em vista a reforma do *decisum* de primeiro grau, nos termos acima expostos, restou prejudicado o presente pedido, pelo que nega-se provimento ao recurso.

Ante o exposto, rejeita-se as preliminares argüidas e, no mérito, dá-se provimento ao recurso principal, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais formulados, e nega-se provimento ao recurso adesivo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por maioria: 1) rejeitar as preliminares argüidas e, no

mérito, dar provimento ao recurso principal, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais formulados; e 2) negar provimento ao recurso adesivo. Inverte-se os ônus sucumbenciais, condenando-se o demandante ao pagamento das custas e honorários, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A condenação fica suspensa na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50. Vencido o Des. José Volpato que nega provimento aos recursos.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. José Volpato, e, com voto vencedor, o Exmo Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator designado.*

*Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. José Volpato:*

Dissenti da douta maioria pelos motivos que a seguir passo a expor.

Trata-se de ação de indenização proposta por Noel de Melo, pescador profissional, contra Tractebel Energia S.A., empresa construtora da hidrelétrica de Itá, cujas obras prejudicaram amplamente a atividade pesqueira na região abrangida pela bargagem.

Cumpra analisar, inicialmente, a preliminar de nulidade da sentença argüida pelo apelante recorrido, em face do cerceamento de defesa e do julgamento *extra petita*.

O apelante aduz que foi condenado a pagar indenização com base na responsabilidade objetiva, sendo que o pedido inicial se refere ao artigo 159 do Código Civil de 1916, que trata da responsabilidade subjetiva, cujo *onus probandi* caberia ao autor. Em razão disso, alega que o Magistrado *a quo* proferiu julgamento *extra petita*, “na medida em que os institutos possuem formas diversas de distribuição do *onus* da prova no processo” (fl. 312).

No caso ora em comento, porém, não há falar em julgamento *extra petita*, posto que a decisão está em conformidade com o pleito inaugural, ocorrendo tão-somente divergência entre a indicação do dispositivo legal, não alterando a substância do pedido principal concernente à indenização pela construção da hidrelétrica de Itá.

Em caso análogo, infere-se da jurisprudência:

“Adstrição do juiz ao pedido da parte. Julgamento *extra petita*. (Inocorrência). Não alterada a natureza do pedido imediato (ação condenatória, sentença condenatória), não é *extra petita* o julgamento que se valeu de regra jurídica diversa da invocada, pelo autor, na inicial. Caso em que a aplicação da lei envolveu questão de direito, somente. *Iura novit curia*. Acórdão local que não desatendeu ao disposto nos arts. 128 e 460. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 5.239/SP, Min. Nilson Naves, DJU de 8-4-91).

Portanto, o Juiz monocrático proferiu sentença nos limites em que a lide foi proposta e dentro dos parâmetros do pedido inicial, não ferindo, desse modo, a essência dos artigos 128 e 460 do Códex Instrumental Civil.

Ademais, a caracterização da responsabilidade objetiva do apelante na sentença singular não implicou em cerceamento de defesa.

O próprio *decisum* guerreado consignou a existência da culpa da apelante, considerando que existem nos autos “provas irrefutáveis da culpa da ré na causação dos danos perpetrados” (fl. 285).

Vale ressaltar, outrossim, que até mesmo a apelante informou sobre a existência de várias outras ações semelhantes a esta em trâmite, fato que facilita, deveras, o trabalho defensivo do procurador da empresa, independentemente do tipo de responsabilidade imputada.

Para arrematar, a apelante também afirmou que “a robusta prova documental, carreada aos autos em sede de contestação, demonstra à saciedade a absoluta ausência de amparo legal e fático às pretensões do autor, *sendo desnecessária, portanto, a dilação probatória*” (fl. 150) (grifo nosso), desfigurando, pois, o aludido cerceamento de defesa.

Destarte, rejeita-se a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e julgamento *extra petita*.

Ainda em preliminar, argüiu o apelado, por ocasião de suas contra-razões, “ausência de regularidade formal” (fl. 336), em face da falta de indicação da qualificação das partes na petição apelativa.

Tal postulação não merece amparo, posto que a inobservância do preceito insculpido no artigo 514, I, do Código de Processo Civil consiste em singela irregularidade, especialmente porque as partes já se encontram devidamente qualificadas nos autos.

Nesse contexto, prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade:

“O nome e a qualificação das partes no procedimento recursal devem ser indicadas pelo recorrente. Normalmente as partes do processo já se encontram qualificadas, sendo necessária a providência quando se tratar, por exemplo, de recurso de terceiro prejudicado (CPC 499), que pela primeira vez se manifesta no processo. Havendo já nos autos a qualificação, é desnecessária sua repetição na fase recursal (RJTJSP 60/143)” (Código de processo civil comentado. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 744).

Extrai-se, ainda, do escólio jurisprudencial:

“Não conduz à inépcia a falta de qualificação das partes, no apelo, pois já qualificadas no processo. Se a exposição dos fatos e o que pretende o recorrente fornecem ao órgão julgador subsídios para nova apreciação, não é inepta a peça recursal. In-

terpretação razoável do art. 514 do CPC” (Ap. Cív. n. 35.483, da Capital, rel. Des. Cláudio Marques).

Dessa forma, rejeita-se a preliiminar de inépcia do reclamo recursal apontada pelo apelado.

No que tange ao mérito da causa, primeiramente examina-se o recurso de apelação interposto pela empresa Tractebel Energia S.A.

A condição de pescador profissional, diferentemente do asseverado pela apelante, restou evidenciada.

Como bem ponderou o Magistrado singular, “[...] pescadores não são pessoas de elevado conhecimento jurídico ou até mesmo esclarecimento social, sendo perfeitamente admissível que passem a vida toda sobrevivendo da pesca sem jamais requisitar a carteira de pescador profissional” (fl. 279). E continua mencionado que “Seria totalmente fora do razoável que a única forma de comprovação da atividade pesqueira fosse o registro profissional do mesmo, e que a atividade pesqueira somente se iniciasse com a carteira profissional” (fls. 279 a 280).

Não obstante, muitos pescadores da região abrangida pela construção da hidrelétrica de Itá somente efetivaram seu registro no órgão competente posteriormente ao cadastramento realizado pelo Ibama no ano de 1999. Gize-se desde logo que muitos deles nem sequer devem ter o conhecimento de que podem ser beneficiados pelo seguro desemprego na época da piracema.

De outra banda, o depoimento pessoal do autor (fls. 203 e 204) e o testemunho fornecido por Anacleto Balerini (fls. 243 e 244), bem como os documentos confeccionados pela Polícia de Proteção Ambiental (fls. 211 a 233), corroboram, deveras, a atividade pesqueira exercida.

Por outro lado, restou devidamente comprovado que a pesca é a atividade principal do apelado, indispensável à subsistência própria e familiar.

Nesse sentido, a testemunha Anacleto Balerini afirma que “[...] o autor tem como atividade principal a pesca, desconhecendo se possui outra; [...] uma vez comprou e várias vezes viu o autor comercializando peixes na região, em comércios da região, vendo o autor em oportunidades trocar peixes por alimentos no comércio da região; [...] o autor vende dourados, corimbas, pintados, jundiás e outros” (fls. 243 e 244).

Colhe-se, ainda, do depoimento pessoal do autor que a pesca sempre foi seu meio de sobrevivência desde criança, mormente porque “nunca teve outra profissão” (fl. 203). Impende ressaltar que nas informações fornecidas pela Polícia Ambiental o autor figura como integrante da Colônia de Pescadores (fl. 216), e que sua “única fonte de renda é a pesca” (fl. 223), sustentando, portanto, a assertiva de que a atividade pesqueira é exclusiva.

Referente à responsabilidade civil extracontratual, pode ser ela objetiva ou subjetiva.

É sabido que a responsabilidade objetiva independe da comprovação de culpa, sendo que o agente público somente pode eximir-se de indenizar caso ocorram algumas das hipóteses excludentes, quais sejam: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior — é a chamada teoria do risco administrativo. Basta, pois, que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre o fato danoso e o abalo efetivamente sofrido.

Nesse mister, colhe-se da doutrina a seguinte lição:

“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” (Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, RT, 1989, 14^a ed., p. 558).

A seu turno, a responsabilidade subjetiva depende da efetiva comprovação do dano causado à vítima por ação ou omissão do agente.

In casu, como bem salientou a sentença monocrática, a apelante é empresa concessionária de serviço público, caracterizando, portanto, a

responsabilidade objetiva, nos exatos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal que assim dispõe: “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”.

Transcreve-se, por oportuno, o ensinamento de Rui Stoco, a saber:

“[...] a força atrativa da disposição contida no § 6º do art. 37 da Constituição Federal é preponderante. Em casos que tais a concessionária dos serviços públicos de geração ou distribuição de energia elétrica responde, objetivamente, sem indagação de culpa ou sua mera presunção, nos limites da teoria do risco administrativo, pelos atos que seus funcionários, nessa qualidade causarem a terceiros” (*Responsabilidade Civil*, 4^a ed., Ed. RT, 1999, p. 611).

Além disso, o Magistrado singular frisou que nos termos da Constituição Federal (art. 225, § 3º) e da Lei n. 6.938/91 (art. 14, § 1º) a responsabilidade civil decorrente de dano ambiental é igualmente objetiva.

Malgrado essas breves considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual, seja ela objetiva ou subjetiva, demonstrada está a culpa da empresa-apelante, posto que a construção de uma hidrelétrica acarreta, inevitavelmente, a modificação de todo o ecossistema da região atingida pela obra.

Registra-se, desde já, que os impactos ambientais foram ainda maiores pelo fato de que a empresa apelante fechou as comportas da represa exatamente no período de piracema, impossibilitando o deslocamento dos peixes, rio acima, para a reprodução da espécie.

Sem sombra de dúvidas, a construção da barragem implicou na alteração do equilíbrio ecológico regional, gerando, conseqüentemente, considerável mortalidade de peixes, bem como o deslocamento destes para locais distantes e, por fim, diminuição da pesca e dos rendimentos das pessoas que sobrevivem dessa atividade.

Nada obstante os esforços despendidos pela apelante no sentido de amenizar os impactos ambientais, não é possível manter as condições anteriores à construção da hidrelétrica, sendo que o restabelecimento ecológico dar-se-á a longo prazo.

O próprio biólogo Emerilson Gil Emerim, perito designado pela Justiça Federal, nos autos da Ação Civil Pública n. 2000.72.02.000024-3, revelou no laudo pericial que: “Após 25 dias decorridos do fechamento das comportas ainda foi possível observar alguns peixes mortos nas lagoas formadas pela diminuição da vazão” (fl. 67); “A diminuição da vazão a jusante, bem como o enchimento do reservatório a montante em época de piracema podem ter interferido na reprodução das espécies” (fl. 73); “O fechamento das comportas poderia ter aguardado o fim da piracema já que os estudos sobre

reprodução de peixes migratórios na região carecem de complementação” (fl. 74).

Em face de todo o conjunto probatório, evidente restou a culpa da apelante no tangente à considerável diminuição de peixes na região do Rio Uruguai, especialmente naquela em que o apelado recorrente exercia a sua atividade econômica.

Por derradeiro, demonstrados o fato lesivo (construção da hidrelétrica); as conseqüências da lesividade (abalo ecológico, diminuição dos peixes e conseqüente deflação dos rendimentos do apelado); e o nexó de causalidade (caso não existisse hidrelétrica não se abalaria o equilíbrio ecológico), resta evidente o dever de indenizar.

Por isso que, repisa-se, inexistente o julgamento *extra petita* aduzido pelo apelante, já que, independentemente da espécie da responsabilidade civil, quer objetiva quer subjetiva, comprovada encontra-se a culpa da empresa concessionária.

No que concerne à fixação do prejuízo material, não há provas nos autos que demonstrem o montante aproximado recebido mensalmente pelo apelado. A inexistência de elementos capazes de informar o seu ganho real autoriza a aplicação do critério do salário mínimo para a fixação da indenização devida.

Nessa linha de raciocínio, traz-se a lume o seguinte entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça:

“Não havendo comprovação de remuneração da vítima para fixação dos alimentos devidos a título de indenização (art. 1.537, II, CC), há que se presumir rendimento mínimo que não poderá ser inferior ao salário mínimo, observado o verbete n. 490 da Súmula do STF” (Ap. Cív. n. 48.656 — Rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Razoável, portanto, conforme o *decisum* de primeiro grau, a fixação da indenização em um salário mínimo mensal, excluídos tão-somente os três meses abrangidos pela piracema (os quais serão saldados pelo Estado, por meio do seguro desemprego), pelo período de três anos, “contados a partir de fevereiro de 2000 (fim do período de piracema posterior ao fechamento da comportas da usina)” (fls. 292 e 293).

No tocante ao termo final da obrigação indenizatória, novamente acertada a decisão singular que fixou em exatos três anos, considerando a previsão da falta de peixes pelo período de dois anos, indicada pelo oceanógrafo (fl. 198), e a perspectiva do autor (três a cinco anos), ou seja, até que o programa de repovoamento do rio comece a gerar os efeitos esperados pela população ribeirinha.

No que se refere aos honorários advocatícios reciprocamente arbitrados, mantém-se a fixação singular, ante a inexistência de reforma da decisão, considerando-se, também, que este encontra-se inteiramente dentro dos parâmetros da legalidade e da razoabilidade.

Quanto ao recurso adesivo interposto pelo recorrente, primeiramente aprecia-se a preliminar argüida pelo apelante-recorrido, que almeja o “não conhecimento do recurso por falta de impugnação dos fundamentos da sentença” (fl. 350).

Entretanto, as razões do apelo adesivo não estão dissociadas do julgado, tampouco encontra-se este sem motivação, posto que o recorrente busca a reparação moral que lhe entende ser devida, vinculada à pretensão deduzida em Juízo.

Portanto, afasta-se a preliminar deduzida pela concessionária-recorrida.

Com relação ao dano moral experimentado pelo apelado-recorrente, não houve demonstração de suas asserções. A simples afirmação de perda financeira e de que atualmente busca amparo econômico com os vizinhos e familiares não é suficiente para a caracterização do impacto moral.

Nessa trilha, Rui Stoco ensina que:

“Savatier oferece uma definição de dano moral como ‘qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (*Traité de la responsabilité civile*, vol. II, n. 525)” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 4^a ed., RT, 1999, p. 674).

Recorrendo-se novamente às palavras proferidas em primeira instância: “Verifica-se que o dano moral alegado pela parte autora é nitidamente decorrente da perda pecuniária, pois alega tê-lo sofrido em decorrência da perda econômica, e partindo-se da premissa do ilustre Savatier, este dano sofrido faz parte do dano material e será indenizado pelas prestações mensais a que a empresa requerida está condenada a pagar” (fl. 294).

Por isso que inexistente o dano moral, já que intimamente ligado ao desfalque financeiro, o qual será por certo modo abatido pelas prestações mensais fixadas judicialmente, motivo pelo qual mantém-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Sendo assim, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento a ambos os recursos.

José Volpato.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.026801-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de indenização — Responsabilidade civil — Inquérito policial instaurado por crime de estupro — Arquivamento posterior — Dolo, má-fé, temeridade do comunicante — Não configuração — Exercício regular de direito — Ônus da prova do autor — Art. 333, I, do Código de Processo Civil — Dano moral não caracterizado — Indenização indevida — Sentença mantida — Recurso não provido.

Não há cogitar da ocorrência de dano moral sofrido pelo indiciado, ante o arquivamento do inquérito policial, uma vez que os fatos alegados não foram sequer apreciados.

Incumbe ao autor produzir prova dos fatos alegados na inicial, de modo que, não sendo aquela satisfatória, impossível o acolhimento do pleito indenizatório.

Litigância de má-fé — Não ocorrência de deslealdade processual.

Não se cogita de litigância de má-fé em não sendo comprovada a ocorrência de dano processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.026801-4, da comarca da

Capital (1ª Vara), em que é apelante G. N., sendo apelados M. E., D. E. e A. E.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

G. N. interpôs recurso de apelação, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, o qual julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização ajuizada contra M. E., D. E. e A. E.

O Magistrado não reconheceu ocorrência do abalo moral supostamente sofrido pelo autor, ante a ausência de comprovação da conduta dolosa dos réus ao registrarem o fato por meio do boletim de ocorrência. Condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 129 a 142).

O apelante aduziu a existência do dano moral, em decorrência dos réus o terem acusado do crime de estupro praticado contra a apelada M. E., menor de idade na época dos fatos. Pleiteou a condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso (fls. 146 a 162).

Devidamente intimados, os apelados ofertaram contra-razões, re-

batendo os termos consignados na peça recursal. Ao final, clamaram pela aplicação da litigância de má-fé (fls. 170 a 175).

Ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça. Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o desiderato de ver reformada a sentença que não reconheceu o abalo moral, supostamente sofrido pelo apelante, ante a ausência de comprovação da conduta dolosa dos apelados ao registrarem o fato por meio do boletim de ocorrência.

O apelante pleiteou o ressarcimento dos danos morais supostamente causados pelos apelados, em decorrência da abertura de inquérito policial por prática de crime de estupro contra M. E., ora apelada.

Sustentou ter o referido fato causado repercussão na sua vida pessoal, profissional e familiar, porquanto ficou conhecido como criminoso perante a comunidade.

Em que pesem os argumentos *supra*, não merece acolhida a irresignação do apelante.

Consta dos autos que o inquérito policial iniciado pelos apelados em desfavor do apelante foi arquivado, a pedido do Ministério Público, por ausência de prova da prática do crime de estupro (fls. 47 e 48).

Anote-se, o arquivamento de inquérito policial não configura, por si só, a responsabilidade civil, uma vez que os fatos alegados não foram sequer apreciados.

Para a procedência do pleito indenizatório, como na hipótese dos autos, necessária a comprovação dos fatos descritos no inquérito policial, quais sejam: a imputação falsa de crime e a ciência da inocência do indiciado por parte do comunicante.

Portanto, não há cogitar da ocorrência de dano moral sofrido pelo apelante com base no simples arquivamento do inquérito policial.

Acerca da matéria, Arnaldo Marmitt ensina:

“Cumpra deixar claro que a simples comunicação de um fato aparentemente delituoso à polícia, para a sua devida apuração, por si só não gera responsabilidade indenizatória do comunicante, quando a investigação resultar inócua, nem quando sobrevier absolvição. Para que o informante seja compelido a pagar perdas e danos, imprescindível é que tenha agido com dolo, imprudência grave ou leviandade inescusável. Sem tais requisitos subjetivos e sem a má-fé do denunciante ou querelante, não haverá lide temerária apta a acarretar obrigação de compor perdas e danos” (Perdas e danos. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 33).

Não discrepa a lição de Rui Stoco:

“Evidente que se traduz em legítimo exercício da cidadania o pedi-

do feito à autoridade policial para que apure a existência ou autoria de um delito, ainda que a pessoa indiciada em inquérito policial ou incluída em ação penal venha a ser inocentada.

“O fato, objetivamente, não tem relevância. Só a assume quando, sob o aspecto subjetivo, se acusar, sabendo não ser verdadeiro o fato ou que o apontado não é o seu autor.

“Nem mesmo o agir meramente negligente pode induzir responsabilidade civil” (Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.469).

No mesmo diapasão, cita-se o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Responsabilidade civil — Ação de indenização por dano moral e material — Comunicação de ocorrência à autoridade policial, imputando a terceiro fato aparentemente delituoso — Circunstâncias justificadoras da fundada suspeita — Inexistência de dolo, culpa grave ou má-fé do comunicante — Exercício regular de direito — Arquivamento posterior do procedimento administrativo-criminal — Irrelevância — Improcedência do pedido — Recurso desprovido.

“Quem, por dolo, culpa grave ou má-fé, der causa à instauração de procedimento administrativo-criminal contra outrem, mormente por crime de natureza infamante, causa-lhe dano de natureza moral, que requer reparação justa e razoável, em valor a ser arbitrado, por equidade, pela autoridade judiciária, independentemente da re-

percussão patrimonial. *À mingua de prova acerca do elemento subjetivo qualificado do comunicante, não se há de falar em obrigação de indenizar a lesão anímica, senão em exercício regular do direito de apurar responsabilidades decorrentes da prática, em tese, de infração penal, sobretudo em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da natureza jurídica do inquérito policial, de mero procedimento investigatório*” (grifou-se) (Ap. Cív. n. 2002.020670-4, rel. Des. Luiz Carlos Freyeseleben).

Ademais, não há nos autos prova documental ou testemunhal que ateste os fatos alegados pelo apelante, capaz de autorizar a procedência do pleito indenizatório.

O apelante deveria ter provado a conduta dolosa, a temeridade e a má-fé dos apelados ao noticiarem o fato à autoridade policial, a teor da regra inserida no art. 333, I, do Código Processual Civil: “O ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

Anote-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria:

“[...] Em princípio, o pedido feito à autoridade policial para que apure a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa indiciada em inquérito venha a ser inocentada. *Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, fundado na abertura de inquérito policial, faz-se necessário que o dano moral seja comprovado, me-*

diante demonstração cabal de que a instauração do procedimento, posteriormente arquivado se deu de forma injusta e despropositada, refletindo na vida pessoal do autor, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares [...]” (grifou-se) (REsp n. 494867/AM (2003/0018601-9) — Rel. Min. Castro Filho).

Destarte, incumbia ao apelante o ônus de provar de modo cabal os fatos constitutivos do seu direito, mas assim não procedeu.

Enfim, considerando que o arquivamento do inquérito policial não leva a crer a inocência ou a culpa do apelante referente às acusações, aliado ao fato da ausência de comprovação da má-fé dos apelados, inviável se torna o pleito indenizatório.

1. *Litigância de má-fé*

Não merece prosperar o pleito de litigância de má-fé requerido pelos apelados nas contra-razões.

A litigância de má-fé tem lugar quando a parte foge ao seu dever de lealdade processual, criando incidente desnecessário ou protelatório, fundado em fato que sabe não ser verdadeiro.

A postura do apelante, durante o curso da ação, não denota dolo processual nem tampouco configura alguma das hipóteses previstas pelo art. 17 do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, este é o entendimento desta Colenda Câmara: “[...]”

Não configura litigância de má-fé, se não comprovada a atuação temerária na condução do processo, consubstanciada no dolo da parte em prejudicar o adverso [...]” (Ap. Cív. n. 2002.010209-7, relator o subscritor).

Ainda:

“[...] Litigância de má-fé — Inocorrência — Recurso provido.

“A litigância de má-fé exsurge somente quando existem provas ou indícios de dolo ou culpa na utilização de atos que tendam a criar óbices ao normal desenvolvimento da demanda. No mais, prevalece a boa-fé, que é presumida” (AI n. 2003.012897-2, rel. José Volpato).

Afasta-se, portanto, a pretensão dos apelados.

Pelas razões expostas, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiui a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 25 de junho de 2004.

*Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator.*

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.012751-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Processual civil — Possessória — Reintegração de posse — Audiência de justificação prévia — Indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pelo réu que se mostra imprescindível para a elucidação dos fatos — Possibilidade de ser ouvida como depoente do juízo — Contraditório e ampla defesa observados — Princípio dispositivo — Liminar indeferida com lastro na prova testemunhal produzida — Princípio do livre convencimento do magistrado a quo em cognição sumária — Inexistência de prova de posse anterior da área dita esbulhada — Contrato de compra e venda — Cláusula constituti — Instituto que vincula tão-somente as partes

envolvidas no negócio — Inaplicabilidade na hipótese — Inteligência do art. 927, I, do CPC — Decisão revestida de juridicidade e legalidade — Recurso desprovido.

1. Em audiência de justificação prévia, é perfeitamente possível a oitiva de testemunha trazida pela parte ré, desde que seja inquirida de ofício, ex vi do art. 130 do CPC. Contudo, tal depoimento deve ser tomado com atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. A ausência de demonstração de qualquer dos requisitos arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil conduz ao inacolhimento da liminar reintegratória, notadamente a inexistência de prova da posse exercida de fato sobre a coisa, não bastando para tanto a exibição do título de domínio.

3. “A prova coligida na audiência de justificação prévia é destinada unicamente à obtenção da liminar, medida revestida de caráter provisório que não exige o mesmo grau de convencimento necessário ao julgamento definitivo da lide” (AI n. 1998.016292-0, rel. Des. Eder Graf).

4. Quem nunca exerceu a posse sobre o imóvel não pode pleitear liminar em reintegratória, valendo-se de cláusula constitutiva, haja vista que esta vincula tão-somente as partes envolvidas no negócio jurídico, quais sejam, o adquirente do imóvel e o vendedor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.012751-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é agravante Valmir Vilson Gonçalves e agravado Adilson dos Santos:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Valmir Vilson Gonçalves interpôs agravo de instrumento contra deci-

são judicial que, nos autos da ação de reintegração de posse que move contra Adilson dos Santos, indeferiu o pedido de concessão de liminar.

Sustenta o agravante que: a) na audiência de justificação houve “inversão instrutória atípica”, com a oitiva, logo de início, de testemunha do Juízo; b) inexistente documentação que comprove o depoimento no sentido de que houve simulação na venda do imóvel em questão; c) o agravado não provou a existência de benfeitorias no imóvel.

Denegado o pedido de antecipação da tutela recursal (fls. 64 a 68), o agravado apresentou contraminuta,

pugnando pela manutenção da decisão objurgada, inclusive ante o deferimento de liminar em ação cautelar de seqüestro que posteriormente ajuizou contra o ora agravante.

II — Voto

1. De acordo com o sistema da apreciação da prova, que adota o princípio do livre convencimento do juiz, entendendo o magistrado que o resultado da prova requerida terá relevância para a solução do litígio deve deferir sua produção.

Essa faculdade decorre dos poderes de direção do processo que são conferidos ao julgador, previstos, essencialmente, nos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil.

In casu, o MM. Juiz *a quo*, quando da realização da audiência de justificação prévia, proferiu a seguinte decisão (fl. 36):

“[...] O Dr. Procurador do demandado requereu a oitiva do vendedor do imóvel em lide, o que foi indeferido como testemunha do demandado, mas esta foi ouvida como testemunha deste Juízo. O Dr. Procurador do autor, sobre o fato deste juízo dar o direito do Dr. Procurador do demandado fazer perguntas para a referida testemunha inquirida, disse: ‘Que não concordo com a possibilidade conferida aos demandados para questionar a testemunha do juízo [...]’ (sem grifo no original).

Tais argumentos, por si sós, são suficientes à conclusão sobre o acer-

to do *decisum*, que, como salientado, foi proferido à guisa do poder instrutório atribuído ao Magistrado singular. Ademais, não ficou demonstrado qualquer prejuízo ou cerceamento de defesa, visto que ambos os procuradores tiveram a oportunidade de inquirir a testemunha.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery asseveram que o “juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório” (Código de Processo Civil Comentado, RT, 2003, 7ª ed., p. 531).

A propósito, reiteradas decisões deste Sodalício reforçam esse entendimento, dentre as quais se extrai:

“Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta de partes, podendo, por isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo” (AI n. 1996.005699-8, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“A dispensabilidade, ou não, da prova compete ao prudente árbitro do julgador. Cabe a ele determinar quais provas devem ser produzidas e quais são desnecessárias. Desta forma, en-

tendendo o Magistrado *a quo* que as provas requeridas são inúteis à formação de seu convencimento, autorizando está o seu indeferimento, privilegiando, sempre, os princípios da economia e celeridade processual” (Al n. 2003.013277-5, Des. Salete Silva Sommariva).

2. Para o deferimento da liminar de reintegração de posse deve o juiz se certificar da existência dos requisitos arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil:

“Art. 927. Incumbe ao autor provar:

“I — a sua posse;

“II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

“III — a data da turbação e do esbulho;

“IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

Também para a concessão da liminar o magistrado deve amparar-se em prova, ainda que superficial, do exercício anterior da posse esbulhada, além de ter o cuidado de evitar prejuízo maior do que aquele que pode ser suportado pela parte adversa, devendo as questões ser dirimidas com todas as cautelas durante a instrução processual.

No caso *sub judice*, há fortes evidências da inexistência de posse anterior exercida pelo agravante, porquanto a testemunha ouvida na au-

diência de justificação, qual seja, o vendedor do imóvel, depôs claramente nesse sentido. Por conta disso, faz-se mister transcrever parte do depoimento de Júlio César Pereira (fl. 37):

“[...] Deixando de prestar compromisso por ser vendedor do imóvel em lide: que não vendeu o imóvel em lide para o autor; que deu o imóvel em garantia para o autor, referente a um empréstimo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); que tinha uma sociedade com o demandado e com os seus irmãos Paulo Afonso Pereira e Sérgio Murilo Pereira; que o imóvel em lide, tinha construído sobre o mesmo a armação e a cobertura da construção de fl. 17; que a referida sociedade não tinha nada a ver com o imóvel em lide, mas como não teve condições de quitar a referida dívida e como não deu mais certo a referida sociedade com o demandado e os irmãos, no acerto de contas transferiu para o demandado o referido galpão e o terreno, como pagamento de parte de que este tinha na sociedade e também para que ele, no caso o demandado, também quitasse o débito perante o autor; [...] que a condição que transferiu o galpão e o terreno era como já disse que também além do acerto da cota do demandado que quitasse a referida dívida, quando então posteriormente passaria a escritura de todo o imóvel; que referida quitação de tal dívida, era para o autor transferir o imóvel para o demandado. *Dada a palavra ao Dr. Procurador do demandante, reinquirido respondeu:* que tinha a posse do referido imóvel em lide e não se considerava mais proprietário deste, quando se-

gundo a sua declaração acima, a propriedade é do demandado; *que nunca existiu nenhuma locação referente ao imóvel em lide*; que quem está ocupando o imóvel é o demandado. *Dada a palavra ao Dr. Procurador do demandado, reinquirido respondeu*: que o autor concordou com todos os fatos ora narrados; *que o demandado passou a ocupar o imóvel a partir do início do ano de 2003*; que o restante da construção do referido galpão de fl. 17 foi todo feito por conta e custa do demandado; que estes referidos acabamentos já estavam sendo efetuados pelo demandado ainda quando da existência da referida sociedade” (destacado).

Com efeito, extrai-se do depoimento acima transcrito que o imóvel *sub judice* fora dado em garantia de dívida ao agravante, em razão do empréstimo da quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que foi paga pelo agravado. E, ainda, que por força do acerto de contas da sociedade comercial de fato que mantinham entre si e mais dois amigos, o agravado assumiu a dívida para receber, em contrapartida, o terreno e o galpão sobre ele edificado, cujo ônus da transferência seria do agravante.

Ademais, o fato de o vendedor do imóvel vir a Juízo informar que não há correspondência entre a sua vontade e aquela manifestada no ato público de compra e venda por si só coloca em dúvida as alegações do agravante.

Destarte, pelo que consta dos autos, não há demonstração de que o

agravante deteve a posse da área objeto do litígio. Por outro lado, existem robustos indícios de que foram realizadas benfeitorias pelo agravado.

3. O argumento de que estaria o contrato de compra e venda (fls. 22 a 24) amparado por cláusula *constituti*, a qual possibilitaria a reintegração do agravante na posse do imóvel mesmo sem nunca tê-la exercido, também não merece guarida.

Segundo Washington de Barros Monteiro, o “constituto possessório é modo de adquirir a posse, hostilizado por todas as escolas. Aplica-se tanto aos bens móveis como aos imóveis. De qualquer modo, quem pactua referida cláusula, embora conservando a posse, fá-lo como representante do adquirente” (Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 37).

Dessa forma, o constituto possessório vincula, tão-somente, as partes envolvidas no negócio jurídico, quais sejam, o adquirente do imóvel (ora agravante) e o vendedor (*in casu*, Júlio Cesar Pereira), podendo ser utilizado por aquele caso este permaneça na posse da coisa depois de transferir a propriedade ao comprador, situação não vislumbrada nos autos.

Assim, conforme enuncia Joel Dias Figueira Júnior, “a adequada concepção sobre o poder fático não pode restringir-se às hipóteses do exercício deste mesmo poder, sendo que o possuidor dispõe do bem criando em relação a ele um interesse em conservá-lo” (Liminares nas ações possessórias, RT, 1999, 2ª ed., p. 44).

Ovídio A. Baptista da Silva, acerca do tema *liminares em ação de reintegração*, muito bem retrata o assunto, realçando que “justamente por serem medidas antecipatórias, as medidas liminares concedidas em ações possessórias não são cautelares. Não se lhes exige, para seu cabimento, o pressuposto que a doutrina considera essencial para a tutela cautelar: o *periculum in mora* ou, melhor dizendo, o risco de dano irreparável ao direito alegado pelo autor” (Curso de Processo Civil, Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais. RT, 2002, 5ª ed., vol. 2, p. 273).

Assim tem-se manifestado esta Corte de Justiça:

“Manejada ação de reintegração de posse tendo por objeto mediato terreno de marinha, mister a comprovação dos requisitos prescritos no art. 927 do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n 1998.009507-7, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“O autor da ação de reintegração de posse, ao deixar de preencher os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, quais sejam, a posse, esbulho e a data de sua ocorrência, dá ensejo ao insucesso da lide” (Ap. Cív. n. 2002.005671-0, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

“É através da ação de imissão de posse que o adquirente de um bem, móvel ou imóvel, ingressa na sua posse direta, contra o alienante ou terceiro que injustamente a detém. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 1998.005003-0, rel. Des. Silveira Lenzi).

“É parte ilegítima para figurar no pólo ativo de ação possessória quem jamais exerceu a posse sobre o bem. Àquele que detém o domínio, ou quaisquer de seus desdobramentos, cabe apenas valer-se de ação petitória, como o são a de imissão de posse e a reivindicatória” (Ap. Cív. n. 2001.005602-0, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“É pressuposto essencial do ajuizamento da ação de reintegração de posse o exercício anterior do poder fático sobre a coisa e a existência de esbulho sofrido pelo requerente. O proprietário que nunca teve posse é carecedor de ação para aforar a reintegratória, cabendo-lhe tão-somente a reivindicatória ou a ação de imissão de posse” (JC 46/150).

“Não evidenciada a posse, o esbulho cometido, a data de sua ocorrência, bem como a perda da detenção oriunda dessa invasão, outra não pode ser a decisão senão o indeferimento da liminar pleiteada, após justificação prévia” (AI n. 2003.004283-0, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Agravado de instrumento — Ação de reintegração de posse — Requisitos não demonstrados — Liminar negada — Decisão confirmada.

“A teor do disposto no Pergaminho Processual, cumpre ao autor provar a posse, a turbação ou esbulho praticado pelo réu, as datas respectivas e a continuação ou perda da posse.

“Não existindo provas convincentes da necessidade da reforma da

decisão agravada, esta não merece reparos” (AI n. 2003.004297-0, rela. Des. Salete Silva Sommariva).

“Ao propor a ação de reintegração de posse, cabe aos autores a comprovação do efetivo exercício da posse, nos termos do art. 927 do CPC, sob pena de indeferimento da sua pretensão” (Ap. Cív. n. 1999.004626-5, rel. Des. Dionízio Jenczak).

“Ação de imissão de posse. Natureza da demanda. Impossibilidade de confundir-se com a ação reivindicatória. A ação de imissão de posse não é possessória, mas sim petitória, concedida a quem tenha direito a obter a posse ainda não desfrutada. Destarte, a imissão de posse não se confunde com a reivindicatória, pois ao passo que aquela decorre da pretensão de haver a posse fundada em qualquer negócio jurídico sobre a posse ainda não usufruída, esta última é interposta pelo proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário, ou seja, procura-se reaver a coisa de quem detinha a posse e a perdeu em virtude de ataque de outrem”

(Ap. Cív. n. 1997.008128-6, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Por derradeiro, cabe salientar que atualmente o agravado encontra-se legitimado na posse da área objeto da demanda por meio de liminar concedida nos autos da Ação Cautelar de Seqüestro n. 033.04.012524-9 que move contra o ora agravante.

4. Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato.

Florianópolis, 17 de setembro de
2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.012819-3, DE LAGES

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

Processual civil — Possessória — Reintegração de posse — Liminar indeferida sem realização da audiência de justificação prévia, e sob a alegação da necessidade de produção de prova pericial para determinar com segurança a área que teria sido esbulhada — Manifesto cerceamento de defesa, principalmente se a parte autora se compromete, via prova testemunhal, a comprovar os requisitos arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil — Recurso provido.

1. Somente após a realização da audiência de justificação prévia é que o magistrado a quo poderá, com sustentáculo no princípio do livre convencimento, indeferir a liminar prestacionada, utilizando, se for o caso, o argumento de que outras provas se fazem necessárias para o esclarecimento dos elementos estatuídos no art. 927 do Código de Processo Civil.

2. É um direito subjetivo da parte autora comprovar os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil por meio de prova testemunhal, em audiência de justificação prévia, principalmente se o juiz não deferir, ab initio e inaudita altera parte, a expedição do mandado liminar de reintegração de posse, a teor do art. 928 do mesmo diploma legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.012819-3, da comarca de Lages (1ª Vara), em que são agravantes Nilton Pereira Lima e Júlia Muniz Lima e agravados Zulmar Melo da Silva e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nilton Pereira Lima e Júlia Muniz Lima interpuseram agravo de instrumento contra decisão judicial que, nos autos da ação de reintegração de posse, movida contra Zulmar Melo da Silva e outros, indeferiu a liminar e a realização de audiência de justificação prévia, requeridas pelos agravantes.

Sustentam, na exordial, que a realização da audiência de justificação

prévia conseguiria comprovar os requisitos necessários à concessão de liminar reintegratória.

II — Voto

1. Para o deferimento da liminar de reintegração de posse deve o Magistrado certificar-se da existência dos requisitos arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil:

“Art. 927. Incumbe ao autor provar:

“I — a sua posse;

“II — a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

“III — a data da turbação ou do esbulho;

“IV — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração”.

Por sua vez, prescreve o art. 928 do mesmo diploma legal que “es-

tando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”.

Na presente *quaestio*, o Magistrado *a quo* entendeu inexistirem elementos suficientes para o deferimento da liminar, aduzindo que se “fará necessária eventual perícia no lugar do litígio, dando melhor dimensão das circunstâncias, tanto que, inicialmente, os autores apenas juntaram os registros imobiliários, e não prova técnica outra mais consubstanciada, sendo extremamente esquelético o mapa de fl. 9, dada a sua singela, e não assinado por profissional, como ainda, o documento de fl. 12 (nada desprezível), ditas contínuas, tenho que a prova oral, em cognição sumária (justificação prévia), não daria a este julgador a devida segurança para futura concessão de liminar, porquanto, a área precisamente esbulhada (62.837,00m²), assim como dadas as circunstâncias envolventes do suposto esbulho [...]. Por isso, desde já, indefiro a liminar porquanto somente prova pericial descenderá o caso, não se descartando, na hipótese, a ocorrência da justaposição de propriedades distintas sobre a mesma área”.

Contudo, na decisão liminar, o juiz tem de se amparar em prova, ainda que superficial, de seu exercício, além de ter o cuidado de evitar prejuízo maior que aquele que pode ser su-

portado pela parte adversa, devendo as questões serem dirimidas com todas as cautelas durante a instrução processual.

2. A irresignação dos agravantes cinge-se ao fato de não ter sido realizada a audiência de justificação prévia, o que, por si só, no presente caso, conseguiria comprovar os requisitos necessários à concessão de liminar reintegratória.

Como é sabido, a finalidade da audiência de justificação prévia é esclarecer eventuais dúvidas, acrescentando novos elementos de convicção ao feito e, por conseguinte, conferindo maior segurança à decisão que antecipa os efeitos da sentença.

In casu, o Magistrado *a quo* indeferiu a liminar pleiteada e não determinou a efetivação da audiência de justificação prévia, sob o argumento de que somente com a realização de prova pericial seria possível aferir a presença dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil.

É um direito subjetivo da parte agravante comprovar tais pressupostos, por prova testemunhal, em audiência de justificação prévia, principalmente se o magistrado não deferir, *ab initio* e *inaudita altera parte*, a expedição do mandado liminar de reintegração de posse, a teor do art. 928 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, somente após a realização da audiência de justificação prévia é que o juiz poderá, com sustentáculo no princípio do livre convencimento, indeferir a liminar presta-

cionada, utilizando, se for o caso, o argumento de que outras provas se fazem necessárias para o esclarecimento dos elementos estatuídos no art. 927 do Código de Processo Civil.

Como bem anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery em comentário ao artigo 333, I, do Código de Processo Civil, “segundo a regra estatuída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3,2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejadora de seu direito” (Código de Processo Civil Comentado, RT, 2001, 5ª ed., p. 822). Assim, se compete ao autor comprovar suficientemente os fatos constitutivos de seu direito, a realização da audiência de justificação prévia torna-se indispensável, ainda mais quando, no caso *sub judice*, os agravantes se comprometeram, via prova testemunhal, a comprovar os requisitos arrolados no art. 927 do Código de Processo Civil.

Sobre o assunto, decidiu-se que, “existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz respeito a causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, a necessidade de produção de prova a respeito dele existe” (RT 684/124).

3. Ante o exposto, vota-se pelo provimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 10 de setembro de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Tulio Sartorato,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2004.027585-0, DE TIMBÓ

Relator designado: Des. Fernando Carioni

Embargos infringentes — Apelação tendente a reformar sentença de mérito — Acórdão terminativo — Descabimento dos embargos — Pressuposto de admissibilidade do recurso não preenchido — Artigo 530 do Código de Processo Civil com redação alterada pela Lei n. 10.352/01 — Recurso não conhecido.

É vedada a interposição de embargos infringentes contra acórdão que não modifica a sentença de mérito, mas apenas reconhece questões de natureza processual, conforme inteligência do artigo 530 do Código de Processo Civil, com a nova redação advinda da Lei n. 10.352/01.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2004.027585-0, da comarca de Timbó (1ª Vara), em que é embargante o Banco Bandeirantes S.A., sendo embargada Marlene Tallmann Knoch:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, não conhecer dos embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Banco Bandeirantes S.A. contra o acórdão de fls. 153 a 159 que, por maioria de votos, proveu parcialmente o recurso interposto por Marlene Tallmann Knoch, declarando nula a execução, e julgou prejudicado

o apelo manejado pela instituição financeira.

Sustenta o embargante que deve prevalecer o voto dissidente, porquanto entende que o contrato particular de confissão e composição de dívida qualifica-se como título executivo extrajudicial, não havendo nenhum dispositivo na legislação processual, na hipótese da obrigação derivar de outra já preexistente, que exija a exibição dos documentos ou contratos pertinentes à obrigação primitiva.

Alega, portanto, que não deve ser acolhida a tese, acatada pela maioria, de que o termo de renegociação de dívida não é título executivo extrajudicial, tendo eficácia somente quando acompanhado do instrumento originário.

Por fim, pugna pelo provimento dos embargos infringentes para que o voto vencido, proferido pelo Des. Newton Janke, prevaleça como decisão final.

Devidamente intimada, a embargada impugnou o presente recurso, clamando pela manutenção da extinção do feito (fls. 198 a 204).

Os embargos foram recebidos (fl. 207).

II — Voto

Inicialmente, cumpre mencionar que a sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os embargos à execução, revisando as cláusulas do contrato executado.

O banco embargante, em sede de apelação, pugnou pela manutenção das cláusulas contratuais na forma pactuada. A embargada, por sua vez, apelou, requerendo a extinção da ação pela iliquidez do título exequendo.

O acórdão recorrido, ao examinar os recursos, acolheu, por maioria dos votos, o apelo da embargada, declarando a nulidade da execução, e julgou prejudicado o apelo do ora recorrente.

Dispõe o art. 530 do CPC, com a redação determinada pela Lei n. 10.352/2001:

“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

É de fácil compreensão que cabem os embargos infringentes, como forma de devolução recursal, quando o acórdão não unânime houver reformado a sentença de mérito. No entanto, a reforma da sentença deve-se dar em relação ao mérito da ação e não quanto às questões processuais.

No caso em apreço, a decisão não unânime de segundo grau extinguiu sem julgamento do mérito a execução, por não ser líquido, certo e exigível o título exequendo, ou seja, a divergência deu-se sobre questão meramente processual.

Por conseguinte, não ocorrendo a reforma de mérito da sentença

singular, mas, sim, sua anulação, com base no disposto no art. 267, IV, do CPC, o não conhecimento dos presentes embargos é medida que se impõe.

Nesse sentido, colhe-se da lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A sentença pode padecer de vícios de duas espécies: a) vício de julgamento (*error in iudicando*), isto é, de aplicação incorreta do direito à espécie (vício de fundo); b) vício de procedimento (*error in procedendo*), isto é, aplicação incorreta da regra processual (vício de forma). Em qualquer dos dois cabe apelação para corrigir o vício. Caso seja provida a apelação e corrigido o *error in iudicando*, ocorre a *reforma* da sentença; caso seja provida a apelação para corrigir o *error in procedendo*, ocorre a *anulação* da sentença.

“Somente no caso de reforma da sentença, vale dizer, de provimento da apelação para correção do *error in iudicando*, de questões de fundo, por acórdão não unânime, é que são cabíveis os embargos infringentes. O recurso é cabível ainda que a reforma da sentença seja parcial. As decisões não unânimes de natureza processual (*v.g.* que julgam apelação de sentença processual do CPC 267; que não conhecem da apelação etc.), bem como as não unânimes que negam provimento à apelação sobre questão de fundo, não são impugnáveis por embargos infringentes” (*in* Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 918 e 919).

No mesmo norte é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Cabimento. Cassação da sentença.

— Com o advento da Lei n. 10.352/2001, *incabível a interposição de embargos infringentes contra acórdão que não tenha julgado o mérito da demanda*” (REsp n. 627.927, de Minas Gerais, relatora Mina. Nancy Andrighi, j. em 3-6-04, DJ 21-6-04, p. 223) (grifei).

“Processo civil. Embargos infringentes. Art. 530, CPC. Lei n. 10.352/2001. *Reforma de sentença de mérito, em grau de apelação. Acórdão terminativo. Descabimento dos embargos infringentes. Exegese. Espírito da reforma. Doutrina. Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Recurso especial. Fundamento constitucional. Recurso não conhecido.*

“I - A Lei n. 10.352/2001, ao alterar a redação do art. 530, CPC, limitou o cabimento dos embargos infringentes a duas hipóteses, a saber, reforma, em grau de apelação, de sentença de mérito e procedência do pedido em ação rescisória.

“II — Na interpretação das normas processuais o julgador não deve pautar-se por exegese literal e isolada. Em vez disso, partindo do texto da norma, deve orientar-se por uma interpretação não só construtiva, mas também sistemática e teleológica, como magistralmente ensina Alípio Silveira, na esteira dos melhores

doutrinadores, entre os quais Recasens Siches, François Geny e Carlos Maximiliano.

“III — *A melhor interpretação do art. 530, CPC, em sua redação atual, está a indicar o descabimento de embargos infringentes contra acórdão que não examina o mérito da pretensão.*

“IV — Tendo o Tribunal de segundo grau adotado apenas fundamento constitucional, não é cabível recurso especial (REsp n. 503.073, de Minas Gerais, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 26-6-03, DJ 6-10-03, p. 280) (grifei).

É deste Tribunal:

“Agravos — Art. 532 do CPC — Embargos infringentes — Requisitos de admissibilidade — Art. 530 da Lei Adjetiva Civil — Ausência — Decisão que negou seguimento — Recurso desprovido.

“Com o advento da Lei n. 10.352/2001 que deu nova redação ao art. 530 do CPC, o cabimento dos embargos infringentes restou adstrito a duas hipóteses, quais sejam, quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou julgado procedente ação rescisória. *Contudo, a decisão que julga extinta a ação por falta de pressuposto processual, prejudicando o exame da matéria recursal, ainda que a sentença tenha sido de mérito, na atual sistemática não comporta o manejo de embargos infringentes*” (Ag em Ap. Cív. n. 2003.008400-2/0001.00, de Joinville, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 10-12-04) (grifei).

“Embargos infringentes. Acórdão não unânime que, de ofício, extingue executiva por carência de ação. Decisão que não afronta o mérito. Não conhecimento. Inteligência do artigo 530 do CPC.

“Não é de mérito a decisão que extingue o processo por carência de ação, conforme entendimento predominante.

“Sendo assim, apresenta-se incabível o manejo dos embargos infringentes” (EI n. 2003.007500-3, de Rio do Sul, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 10-11-04).

“Embargos infringentes — Execução embargada — Sentença de mérito — Processo extinto em grau de recurso, com amparo no art. 267, IV, do CPC — Acórdão terminativo — Não cabimento do inconformismo eleito — Falta de pressuposto de admissibilidade intrínseco respeitante ao cabimento/adequação — Inteligência do art. 530 do CPC, alterado pela Lei n. 10.352/01 — Irresignação não conhecida” (EI n. 2004.003893-3, de Joinville, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 14-4-04).

“Embargos infringentes — Interposição contra acórdão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito — Inadmissibilidade — Nova redação do art. 530 do Código de Processo Civil.

“Tendo sido os embargos infringentes interpostos contra acórdão que não reformou a sentença de mérito, mas apenas extinguiu o processo, com base no art. 267, IV, do Cód-

go de Processo Civil, de acordo com a nova dicção do art. 530 do mesmo *Codex*, com redação dada pela Lei n. 10.352, de 26-12-01, são os mesmos inadmissíveis” (EI n. 2003.024410-7, de Lages, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 9-6-04).

Ante o exposto, não se conhece dos embargos, uma vez que não se encontram presentes seus pressupostos de admissibilidade.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, não se conhece do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 9 de março de 2005.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, decretar a extinção da execução promovida pelo Banco Bandeirantes S.A. contra Marlene Tallmann Knoch

e julgou prejudicado o recurso oposto pelo banco.

O Banco Bandeirantes S.A. protocolou embargos infringentes buscando a prevalência do voto vencido da lavra do Exmo. Sr. Des. Newton Janke, no sentido de que o contrato de confissão e composição de dívida é título extrajudicial com os requisitos dos arts. 585, inc. II, e 586, *caput*, do Código de Processo Civil.

O colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, decidiu não conhecer do recurso com amparo na tese de que a decisão da Primeira Câmara de Direito Comercial não adentrou ao mérito e que por isso não estaria contemplada a hipótese do art. 530 do Código de Processo Civil, qual seja, a reforma da sentença de mérito.

Passo a enunciar as razões de minha divergência:

O acórdão da Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu por maioria de votos, extinguir o processo de execução, prejudicado o apelo do banco.

Desse modo, mesmo que não se tenha acolhido a apelação, que é a situação mais freqüente a autorizar os embargos infringentes, o fato é que houve reforma da sentença de mérito. A decisão de primeiro grau considerara que o documento que instruiu a execução — contrato de confissão de dívida, era título executivo e por isso apreciara o mérito dos embargos do devedor.

A inexigibilidade do título é uma das teses que pode ser invocada em inicial de embargos a teor do disposto no art. 741, inc. II, do Código de Processo Civil e, para a situação específica, corresponde ao mérito dos embargos. Não se cogita aí de uma decisão meramente processual, mas de provimento jurisdicional que implica na desconstituição do título executivo extrajudicial.

O acórdão da Primeira Câmara de Direito Comercial reformou, em grau de apelação, a sentença e mesmo que o tenha feito de ofício, em circunstância muito peculiar e até provavelmente não imaginada pelo legislador, autorizou a interposição dos embargos infringentes nos termos do art. 530 do Código de Processo Civil.

Ratifico as razões do voto vencido da lavra do eminente Des. Newton Janke.

Isso posto, voto pelo conhecimento do recurso.

Nelson Schaefer Martins.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz:

Dissenti da douta maioria pelos mesmos argumentos esposados na fundamentação do voto vencido proferido pelo eminente Des. Nelson Schaefer Martins.

Sérgio Roberto Baasch Luz.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.001902-2, DE TUBARÃO

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Prevalência do art. 100, IV, d, do CPC. Aplicação do CDC em contrato de franquia empresarial. Contrato de adesão. Foro de eleição. Hipossuficiência. Prejuízo demonstrado. Recurso desprovido.

“Contrato de franquia empresarial firmado entre empresa comercial de grande porte no mercado de informática, prestadora

de serviços e administradora de rede de franquias e empresa comercial de pequeno porte econômico, é contrato de adesão. A inferioridade econômica da franqueada, em tal hipótese, é suficiente para acarretar uma disparidade de poderes na contratação, implicando em adesividade, fazendo com que as disposições do CDC passem a incidir, já que, no caso, as regras da Codificação Consumerista se transpõem para o direito obrigacional comum, por presente a vulnerabilidade em que se encontra o aderente. E indicativa por excelência do desequilíbrio entre os contraentes, vislumbrados os pressupostos da adesividade contratual, a cláusula previsora de eleição de foro é ineficaz” (Agravado de Instrumento n. 2002.011360-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravado de Instrumento n. 2003.001902-2, da Comarca de Tubarão (2ª Vara Cível), em que é agravante Matrix Internet S.A. e agravados Moisés Rampi de Azevedo e Cia. Ltda. ME e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Matrix Internet S.A. contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão que rejeitou a Exceção de Incompetência n. 075.02.004807-0/001 por ela intentada, declarando a incompetência do

Foro da Capital, e, em consequência, a permanência do processamento e julgamento do feito na comarca de Tubarão.

Afirmou o agravante, em síntese: a) ser competente para julgar a ação ordinária o foro da comarca da Capital, com base no art. 111 do Código de Processo Civil e na Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal; b) que não caberia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não podendo os agravados denominarem-se hipossuficientes e tampouco que a eleição de foro representaria cerceamento de defesa; c) que não estão caracterizadas a adesividade e a abusividade do contrato de franquia pactuado pelas partes. Por fim, pugnou pela reforma da decisão.

Negado o pedido de efeito suspensivo (fls. 88 a 91), os agravados requereram a manutenção da decisão guerreada (fls. 96 a 105).

É o relatório.

II — Voto

Insurge-se a agravante contra decisão proferida pelo Magistrado que não acolheu o incidente de exceção de incompetência oposto nos autos da ação ordinária que versa sobre contrato de franquia empresarial.

Não assiste razão ao recorrente, uma vez que a ação deve mesmo prosseguir na comarca de Tubarão.

Exsurge dos autos que houve a celebração de um contrato de franquia empresarial entre os litigantes, e, segundo os agravados, em face dos “atos maliciosos da agravante, restou rescindido”, razão pela qual ajuizaram ação ordinária, objetivando a anulação das cláusulas contratuais impostas unilateralmente e a indenização.

Assim, a demanda originária refere-se à rescisão do contrato de franquia empresarial firmado entre as partes, cuja cláusula de eleição previa a comarca da Capital para dirimir quaisquer controvérsias oriundas do contrato.

Ademais, noticiaram os agravados que “o contrato firmado entre as partes é eivado de ilegalidades e cláusulas abusivas que favorecem apenas a agravante que é empresa de grande porte com atuação no mercado nacional e até mesmo internacional, sendo que esta por diversas vezes impôs condições que prejudicam a empresa agravada”, uma vez que se tratava de microempresa com atuação apenas na microrregião de Tubarão/SC, e que “dependia de forma vital da agravante” (fl. 97).

Dessa forma, como bem ressaltou o Dr. Lédio Rosa de Andrade ao proferir a decisão de fls. 11 a 14: “apesar de a lide não envolver relação de consumo, o espírito de proteção da parte hipossuficiente e da vulnerabilidade, esculpido no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, deve prevalecer como critério de justiça e de igualação das partes na relação processual. Não há dúvida de que grandes empresas, via contratos de adesão, impõem a partes em condições sensivelmente inferiores, cláusulas abusivas que impedem o pleno exercício da cidadania. E nesta, por certo, incluem-se os princípios de acesso à Justiça e do exercício de ampla defesa [...]. Observada as devidas proporções, a presente lide espelha caso idêntico. O autor é um pequeno empresário e a requerida uma empresa de porte considerável, inclusive com filial nesta Comarca. Portanto, dentro de um princípio de proporcionalidade, a permanência da lide nesta Comarca permitirá a ambas as partes litigarem em condições semelhantes. Entretanto, a remessa do feito para a Capital do Estado implicará, sem a mínima dúvida, no cerceamento de defesa do autor”.

Quanto ao contrato de franquia empresarial, extrai-se o ensinamento de Fran Martins:

“O contrato quase sempre se faz por escrito, dado o grande número de relações que são reguladas no mesmo. Em regra, faz-se um contrato de adesão, com cláusulas fixas, impressas, sendo muito pouco aquilo que

o franqueado pode aduzir ao previamente imposto pelo franqueador” (Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 490).

Dessa feita, impossível não verificar que o contrato particular de franquia empresarial acostado aos autos possui as típicas características dos contratos de adesão, em especial quando no item 10 determina que:

“Fica eleito, como competente para dirimir quaisquer pendências decorrentes deste contrato, o foro de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, Brasil, ou outro, se assim o preferir a franqueadora, renunciando a franqueada do Foro de seu domicílio ou de qualquer outro além dos eleitos, por mais privilegiado que possa ser, sem prejuízo da possibilidade de requerimento de medida cautelar em outro foro”.

Em casos semelhantes, esta Corte adotou idêntico posicionamento, permitindo a aplicação das regras do CDC em contratos de franquia empresarial:

“Exceção de incompetência — Contrato de franquia empresarial — Rescisão contratual c/c cobrança e indenizatória — Contrato de adesão — Cláusula de eleição do foro — Ineficácia [...]”.

“Contrato de franquia empresarial firmado entre empresa comercial de grande porte no mercado de informática, prestadora de serviços e administradora de rede de franquias e empresa comercial de pequeno porte econômico é contrato de adesão. A inferioridade econômica da franqueada, em tal hipótese, é suficiente para acarretar uma disparidade de poderes na

contratação, implicando em adesividade, fazendo com que as disposições do CDC passem a incidir, já que, no caso, as regras da Codificação Consumerista se transpõem para o direito obrigacional comum, por presente a vulnerabilidade em que se encontra o aderente. E indicativa por excelência do desequilíbrio entre os contraentes, vislumbrados os pressupostos da adesividade contratual, a cláusula previsora de eleição de foro é ineficaz” (Agravo de Instrumento n. 2002.011360-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 29-8-02).

Igualmente, não procede a alegação de que não estariam caracterizadas a adesividade e a abusividade do contrato de franquia pactuado pelas partes.

Nos contratos de adesão, apesar da concordância do aderente às cláusulas previamente estabelecidas aperfeiçoar o ajuste, torna-se inquestionável que nesses contratos, em face justamente da predisposição de suas cláusulas, revelam por vezes desequilíbrio entre as partes.

Sobre a matéria:

“Face a predisposição de suas cláusulas, o que implica em ostensiva quebra da liberdade contratual, os contratos por adesão têm, como marca predominante, a imposição de condições exclusivamente voltadas ao resguardo dos interesses da parte economicamente mais privilegiada. Indicativa que é do desequilíbrio entre os pactuantes, a cláusula previsora do foro de eleição não pode subsistir [...]” (Agravo de Instrumento n. 96.009468-7, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 18-2-1997).

Diante disso, vislumbrado o desequilíbrio contratual e econômico entre as partes, conjugado à circunstância de que o contrato em questão espelha típico contrato de adesão, torna inviável a subsistência da cláusula previsora de eleição de foro estipulada unilateralmente.

Neste sentido:

“O art. 111 do CPC aplica-se aos contratos em que as partes contratantes têm plena liberdade de estabelecer cláusulas disciplinadoras dos seus direitos e obrigações. Está, portanto, fora do seu alcance o contrato de adesão, que não proporciona à parte aderente a oportunidade para decidir sobre a eleição de foro” (RSTJ 62/397).

“Agravado de instrumento — Contrato de adesão — Foro contratual — Desconsideração da cláusula.

“Nos contratos de adesão que contenham cláusulas padrão, unilateralmente impostas, deve-se avaliar o seu conteúdo para restabelecer o equilíbrio entre as partes.

“É ineficaz a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, quando constitui um obstáculo à parte aderente, dificultando-lhe o comparecimento em juízo” (STJ) (Agravado de Instrumento n. 1998.013004-2, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 18-2-1999).

Da mesma forma, enfatizou o STJ:

“Conflito negativo de competência. Eleição de foro. Contrato de franquia. Adesão. Abusividade.

“1. Em contrato de adesão, unilateralmente elaborado pela franquea-

dora, que impõe todas as cláusulas que regem a relação com o franqueado, sopesadas as circunstâncias peculiares do presente caso, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula de eleição de foro, pois afirmada nos autos a impossibilidade do franqueador efetuar regular defesa no Juízo contratualmente eleito, face a sua difícil situação econômica, decorrente do próprio contrato de franquia. Resaltado, ainda, o alto poder econômico da franqueadora em contraste com a situação do franqueado.

“2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Lajeado/RS” (CC 32877/SP, rel. Min. Carlos Aberto Menezes Direito, DJU de 7-4-03, p. 217).

De acordo com o acima exposto, impõe-se a confirmação integral do *decisum* agravado.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer e negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2004.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.008124-3, DA CAPITAL**Relator: Juiz Tulio Pinheiro**

Agravo de instrumento — Execução — Nomeação à penhora pelo devedor (300 lotes em cemitério) — Impugnação à oferta de bens intempestiva — Imóvel de difícil comercialização oferecido em garantia — Reconhecimento ex officio — Possibilidade — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.008124-3, da comarca da Capital, em que é agravante Hotusc — Hotéis de Turismo de Santa Catarina Ltda. e agravada Edinalva Guimarães Ferreira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Comercial, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Hotusc — Hotéis de Turismo de Santa Catarina Ltda. contra decisão proferida nos autos da Execução n. 023.02.025404-3 pela MM^a Juíza Substituta da 2^a Vara Cível da Capital que julgou ineficaz a nomeação de bens para penhora (300 lotes no Cemitério Parque Jardim da Paz), por considerar que são de difícil comercialização, determinando a constrição de outros bens imóveis indicados pela exequente.

Sustentou o agravante a aceitação tácita dos bens ofertados ante a intempestividade da manifestação da agravada sobre a recusa dos bens oferecidos à penhora, além da impossibilidade de a Magistrada recusar, de ofício, os bens indicados, baseada nos argumentos da agravada. Também questionou a expedição de mandado de penhora dos bens indicados na referida peça extemporânea. Requereu liminarmente, a teor do art. 527 do CPC, a concessão de medida liminar para atribuir efeito suspensivo ao despacho atacado e a antecipação da prestação recursal. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso a fim de que seja reformada a decisão, determinando-se a redução a termo da nomeação efetuada.

A agravada, em suas contrarrazões, defendeu a possibilidade da recusa pelo credor aos bens ofertados pelo devedor, silenciando, no entanto, quanto à tempestividade da peça que recusou a nomeação.

O efeito suspensivo almejado restou indeferido às fls. 162 a 164.

II — Voto

Inicialmente, sobre a questão preliminar relativa à tempestividade da impugnação à nomeação de bens à penhora, tal encontra versões distintas nas manifestações dos sujeitos da relação processual, a saber:

Segundo a narrativa do agravante (fl. 12), a exequente, por seu advogado, retirou os autos em carga no dia 13-11-2002, tendo protocolado sua oposição aos bens ofertados apenas em 22-11-2002. Alega que a ciência foi dada no momento em que os autos foram levados do cartório e que o prazo expirou em 18-11-2002, concluindo pela intempestividade da manifestação. Para comprovar tal assertiva, junta certidão à fl. 78.

De acordo com o relato da Magistrada *a quo* (fl. 71), a agravada foi intimada para se manifestar em cinco dias sobre os bens oferecidos à penhora por meio da Relação n. 0158/02, publicada no Diário da Justiça de 8-11-2002, tendo protocolado a peça correspondente no dia 22-11-2002, fora do prazo estipulado, que encerrou em 18-11-2002. Fundamentou seu entendimento, referindo-se à certidão de fl. 354 dos autos da Execução (documento não anexado a estes autos).

A agravada (fl. 174), por sua vez, afirma, sem fazer prova de sua alegação, que o despacho determinando a manifestação sobre os bens ofertados foi publicado no dia 20-11-2002, tendo sido protocolada a petição correspondente em 22-11-2002. Argúi, ainda, que o fato de os autos

terem sido retirados do cartório dias antes por seu patrono não gera nenhum efeito. Defende, ao final, que o prazo não se caracteriza como preclusivo e que “a publicação *a posteriori* do despacho” dilatou-o.

De qualquer modo, em todas as versões, verifica-se a intempestividade da impugnação à oferta. Isso porque a agravada não tem razão quando afirma que “a retirada dos autos alguns dias antes (da publicação) não gera efeito algum” (fl. 174). A partir do momento em que o procurador teve contato com o conteúdo dos autos, levando-o, inclusive, em carga, considera-se intimado relativamente ao despacho a ser cumprido, como era o caso dos autos.

Logo, incontestemente a intempestividade da manifestação.

Cumprido, agora, verificar se seus efeitos interferem, ou não, na atuação do julgador singular.

Nesse aspecto, desnecessária qualquer discussão acerca da tempestividade da manifestação sobre os bens oferecidos à penhora, pois a matéria, ante a peculiaridade do caso, pode ser analisada de plano pelo órgão julgador.

Os artigos 655 e 656 arrolam as diretrizes a serem observadas no ato de nomeação de bens à penhora, sob pena de ser declarado ineficaz pelo Magistrado, independente de requerimento da parte, uma vez que deve zelar pelo bom andamento do processo e pela efetividade da justiça, visando sempre à maneira mais justa de dirimir o litígio.

Nessa linha, a observação de Francisco Antonio de Oliveira: “O Juiz deverá estar sempre atento à efetividade do processo” (Manual de Penhora, Revista dos Tribunais, 2001, p. 53).

A hipótese dos autos, oferecimento de bens de difícil comercialização, enquadra-se no art. 656, V, do CPC, que trata da ineficácia da nomeação quando os bens nomeados forem insuficientes para garantir a execução.

Theotonio Negrão, relativamente ao inciso do dispositivo citado, faz a seguinte anotação: “O credor pode recusar a oferta de bens à penhora quando, além de supervalorizados pelo devedor, são de difícil comercialização’ (RT 736/295)” (*in* Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 35ª ed. atual. até 13-1-03, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 725, art. 656: 4).

A conjectura dos autos se enquadra nos casos em que ocorre evidente colisão entre os interesses dos litigantes: o devedor que oferece bem imóvel amparado no princípio decorrente do art. 620 do CPC, e o credor que, com supedâneo no art. 656 do mesmo *Codex*, requer penhora sobre outro bem.

É certo que referidas normas devem ser interpretadas conjuntamente, porém, não se pode olvidar que “[...] o princípio da menor onerosidade, consagrado no art. 620 do Pergaminho Processual deve conciliar-se com o princípio segundo o qual a execução

se faz no interesse do credor” (TJDF, 3ª Turma Cível, AGI n. 889.497/DF, j. 27-10-97, rel. Des. Nívio Gonçalves).

Entendemos que o objetivo do processo de execução é fazer com que o devedor cumpra com sua obrigação da maneira mais rápida possível, e em face da situação apresentada nos autos, visando a resguardar a satisfação do crédito, sem prejuízo da onerosidade excessiva dos executados, os terrenos indicados pela credora são bem mais apropriados para a satisfação da dívida.

A garantia da execução não se perfaz por meio de números apenas. Precisa possuir característica de liquidez que possibilite ao exequente, na hipótese da não satisfação do crédito espontaneamente pelo devedor, ao serem leiloados ou mesmo adjudicados, que os bens cumpram o papel de satisfação do débito da maneira menos gravosa ao credor.

Cabe ao devedor, além de obedecer à ordem do art. 655 do CPC, indicar, dentre os seus bens, aqueles que não forem de difícil comercialização:

“O direito conferido ao devedor de nomear bens à penhora não é absoluto, mas relativo; deve observar a ordem estabelecida na lei (CPC, art. 655), *indicando aqueles bens mais facilmente transformáveis em dinheiro*, sob pena de sofrer as conseqüências decorrentes de omissões, propositadas ou não, a respeito. Assim, *não cumpridas essas exigências, sujeita-se o executado a ver devolvido ao cre-*

dor o direito à nomeação (CPC, art. 657, *caput*, última parte)' (STJ 110/167).

'Não nomeando o executado bens nos termos da lei, não fica o exeqüente obrigado a observar a gradação legal na indicação do bem a ser penhorado' (STJ, 4ª Turma, REsp n. 1.813/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 19-3-90)" (*in* Theotonio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 35ª ed. atual. até 13-1-03. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 720, 3b) (grifou-se).

Ainda:

"*Bens com expressão econômica*. O ato constitutivo há de recair em bens com expressão econômica que possam cumprir os objetivos do processo executório, quais sejam a conversão em dinheiro pela hasta pública e o pagamento ao credor. Indispensável demonstrasse a executada pudessem tais bens ser passíveis de conversão em moeda nacional em montante suficiente para garantir e, ao final, satisfazer a execução (2º TACivSP, 2ª Câm., Ag n. 738.769-0/9, rel. Juiz Irineu Pedrotti, v.u., j. em 8-5-2002)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil e legislação extravagante em vigor, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 1.020).

Ocorre que os imóveis oferecidos pelo devedor, além de serem manifestamente de difícil comercialização, conforme se extrai do laudo técnico que conclui que apenas 8%

dos óbitos do município de Florianópolis são sepultados naquele local, não estão quitados. Senão vejamos:

Colhe-se do Registro Geral de um dos lotes oferecidos à penhora (Doc. 3 — fl. 46) que o contrato de compra e venda do referido imóvel foi firmado em 5-9-2002 e estabelece como forma de pagamento a "transferência de 16.887 diárias, em apartamento *double* no estabelecimento hoteleiro de sua propriedade, Águas Mornas Palace Hotel, nas condições ali estabelecidas".

O documento correspondente ao contrato de compra e venda não foi juntado aos autos. Dessa forma, não há precisar quais são as condições estabelecidas para o gozo e utilização das diárias pelo promitente comprador.

Assim, como poderão ser leiloados ou revendidos bens que sequer foram totalmente pagos? Qual a segurança do comprador desses lotes? Evidente a difícil comercialização dos referidos bens, diferentemente dos terrenos indicados posteriormente pela exeqüente, os quais se prestam de forma mais eficaz para atender ao objetivo da execução que é a constrição de bens do devedor para posterior alienação e pagamento do credor.

O entendimento adotado no presente acórdão já foi exarado em julgado do nosso Tribunal de Justiça, bem como no de outros Estados, dentre os quais, ilustra-se:

"Agravado de instrumento. Processo de execução. Penhora. Nomea-

ção pelo devedor de bens de difícil alienação. Direito do credor de substituição. Consonância entre os princípios da menor onerosidade e da utilidade da execução. Recurso improvido.

“A ordem legal de nomeação de bens à penhora, conforme o art. 655 do CPC, não é absoluta. Assim, quando o devedor nomeia à constrição bens de difícil alienação e ultrapassados, está o juiz autorizado a determinar a substituição por outros indicados pelo credor, calcado na interpretação harmoniosa entre o princípio da menor onerosidade para o devedor (art. 620 do CPC) e o princípio da utilidade da execução para o credor (art. 612 do CPC)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2003.007066-4, de Orleans, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. j. em 4-3-2004).

“Execução de título judicial — Nomeação de bens — *Impugnação tardia do credor* — Despacho determinando a penhora de bens nomeados — Acolhimento posterior pelo juiz de falta de cumprimento ao artigo 655 do Código de Processo Civil a respeito dos bens nomeados — *Inexistência de preclusão lógica e temporal para o juiz* — Objeto do processo executório — Princípios diversos do processo de conhecimento e do processo de execução. No processo de execução, embora tardia a impugnação ofertada pelo credor à nomeação de bens apresentada pelo devedor, havendo posterior decisão do julgador a respeito da ineficácia da nomeação, por descumprimento ao artigo 655 do Código de Processo Civil, não incide a

preclusão lógica e temporal em determinação anterior do juiz para a penhora de bens nomeados, em face dos princípios que regem o processo de execução, de satisfação do vencedor, ou de juris-satisfação, com heteronomia e não imparcialidade do julgador, e com a sujeição do vencido, quanto aos seus bens” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 14.795-4, São José dos Campos, 8ª Câmara de Direito Privado, rel. Antônio Rodriguez, 16-10-96, v. u.).

A partir da análise da *quaestio*, corrobora-se o despacho *a quo* que não merece reparos, devendo prosseguir-se com a constrição determinada à fl. 524 dos autos da execução. Afinal, o juiz não é mero expectador do processo, cumprindo-lhe dar efetividade a este, propiciando o alcance de seus objetivos mediante o melhor equilíbrio entre os contendores.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 12 de agosto de 2004.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.002614-2, DA CAPITAL

Relator: Juiz Tulio Pinheiro

Execução — Contrato de financiamento — Documento apresentado em fotocópia autenticada — Título que não pode circular por endosso — Possibilidade — Proposta de crédito que contém os requisitos do título executivo extrajudicial — Vinculação a contrato padrão cuja ausência de assinatura não extrai a exequibilidade do contrato firmado — Sentença de extinção cassada — Recurso provido.

Tratando-se o título executivo de contrato, nada impede sua apresentação em fotocópia autenticada, tendo em vista que a exigência do título em original diz respeito àqueles passíveis de circulação, para que se evite cobrança repetida.

Tendo o exequente apresentado à execução contrato contendo as especificações da avença e a assinatura das partes, o fato de estar vinculado a cláusulas gerais previstas em contrato padrão depositado em cartório de títulos e documentos não macula o pacto, pois a consequência da nulidade da cláusula remissiva seria, no máximo, a desconsideração das cláusulas neste previstas, em virtude do princípio da conservação dos contratos positivado no art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 2003.002614-2, da comarca da Capital, em que é apelante Banco ABN Amro Real S.A. e apelado José Adolfo Becker:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o prosseguimento da execução em seus termos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, Banco ABN Amro Real S.A. propôs ação de execução contra José Adolfo Becker objetivando a satisfação do crédito de R\$ 21.892,33, originado do Contrato de Financiamento n. 20006535197.

Determinou-se a intimação do autor para que fizesse a juntada do título executivo, sob pena de indeferimento da inicial.

O autor opôs embargos de declaração pelos quais afirmou que o contrato afigura-se em título executivo extrajudicial e que o erro material do despacho deveria ser corrigido.

O MM. Juiz, às fls. 23 a 25, entendendo que a inicial não estava aparelhada dos documentos indispensáveis à execucional, extinguiu o processo.

Intimado, apelou o autor ao argumento de que é desnecessária a juntada dos originais e que o fato de não haver a assinatura das partes no contrato de financiamento de fls. 8 a 10 em nada macula o título, uma vez que o pacto está perfeitamente delineado na proposta de crédito/adesão de fl. 7, documento que vem firmado pelos contratantes.

Mantida a decisão, subiram os autos a esta Corte.

II — Voto

Trata-se de ação de execução de contrato de financiamento extinta

ante a ausência de juntada dos contratos originais à inicial.

De fato, em determinados casos, para a propositura de ação executiva é indispensável a apresentação, em original, do título. Todavia, esses casos limitam-se àquelas hipóteses em que o documento possa circular, como, por exemplo, uma nota promissória, uma duplicata ou um cheque.

No caso em tela, tem-se execução fundada em contrato de financiamento que, em princípio, é título executivo, nos termos do art. 585, II, do Código de Processo Civil, o que não justifica a não aceitação da fotocópia autenticada do contrato como instrumento suficiente a aparelhar a execucional.

Nesse exato sentido já se manifestou esta Corte:

“Inexistência de título executivo — Cópia fotostática — Validade *in casu*.

“Em se tratando de cédula de crédito, título esse não transferível por endosso, a cópia fotostática da mesma tem os mesmos efeitos do original, mormente quando nada se argüiu contra a sua fidelidade, prestando-se, pois, a embasar processo de execução” (Ap. Cív. n. 1998.012736-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 15-3-01).

No mais, relativamente à ausência de assinatura das partes no contrato de financiamento de fls. 8 a 10, observa-se que a inicial veio instruída com o documento de fls. 7 e 7

verso — proposta de crédito/adesão — no qual constam os termos específicos do contrato, contendo o montante financiado, o número de parcelas e seu valor, além das necessárias assinaturas.

Tal documento, em princípio, mostra-se hábil a aparelhar a execução, sendo discutível apenas se são ou não válidas as cláusulas que nele não estão expressas, mas apenas referidas por vinculação a contrato registrado em cartório.

Dessa forma, o motivo indicado não é suficiente para descaracterizar o documento apresentado como título executivo extrajudicial, pois, mesmo que reconhecida a nulidade da cláusula remissiva, haveria a manutenção do contrato diante do previsto no art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual preceitua que “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência,

apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivos a qualquer das partes”.

Quanto ao prequestionamento, tendo em vista a procedência deste recurso, fica prejudicada a sua análise.

III — Decisão

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o prosseguimento da execução em seus termos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke.

Florianópolis, 20 de maio de 2004.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.018561-8, DE IMARUÍ

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Embargos infringentes. Execução aparelhada com instrumento particular de contrato de abertura de crédito com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças. Novação não configurada. Ausência do contrato que originou a renegociação. Nulidade.

Para que se constitua em título líquido e certo, apto a instrumentalizar processo de execução, o contrato particular de

renegociação e confissão de dívida deve estar acompanhado dos pactos que a ele deram origem, sobretudo quando questionada a abusividade das cláusulas em embargos à execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.018561-8, da comarca de Imaruá, em que é embargante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc e embargado Manoel Barreto Bossle:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc ao acórdão da antiga colenda Quarta Câmara Civil que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso e extinguiu a execução, ante a falta de título executivo, restando vencido o eminente Des. Newton Janke que entendeu ser dispensável a juntada do contrato originário para conferir eficácia executiva ao contrato firmado pelas partes e duas testemunhas que instruiu a inicial.

E é esse entendimento que o embargante busca ver prevalecente com o presente recurso.

O embargado, intimado (fl. 58), não se manifestou.

Os embargos foram admitidos (fl. 61).

É o relatório.

II — Voto

1. O recurso não merece ser provido.

2. Insurge-se o embargante contra a decisão do v. acórdão que negou liquidez e certeza ao título que instruiu a inicial do processo de execução, por estar desacompanhado do contrato original, sustentando que o entendimento minoritário deve prevalecer, porquanto, obedecido ao que dispõe o artigo 585, II, do Código de Processo Civil.

3. Não se nega que a matéria é controvertida e é respeitável o entendimento defendido pelo voto minoritário.

Contudo, o entendimento prestigiado pelo acórdão impugnado é o que mais condiz com o entendimento desta Corte.

4. O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Aldir Passarinho Junior, reconhece que “o contrato de renegociação de dívida constitui, em princípio, título hábil ao embasamento da execução”.

No entanto, excepciona esta posição quando se questiona o valor devido, embora opte pela emenda da inicial antes da extinção do processo, nos seguintes termos:

“Questionada, todavia, a legalidade das cláusulas do contrato originário, pode haver o debate do valor devido, ainda que renegociada, e, em tal caso, precedentemente à extinção do processo, deve ser oportunizado ao credor a juntada daquele pacto e do demonstrativo de evolução dele advindo, nos termos do art. 616 do CPC” (REsp n. 514778/SC, j. em 19-2-2004).

E esta Corte:

“Embargos à execução — Instrumento particular de confissão de dívidas — Débito oriundo de saldo devedor de conta corrente — Ausência de liquidez e certeza do débito — Inocorrência de novação — Confirmação da obrigação primitiva — Carência da ação — Extinção de ofício da ação de execução — Recurso prejudicado.

‘ — Escritura pública de confissão, composição e assunção de dívidas, na qual se inserem saldos devedores de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, apurados unilateralmente pela própria instituição bancária, vê-se contaminada pela inexequibilidade desses saldos. A não se entender assim, estar-se-ia avalizando a criação, pelas instituições financeiras, de títulos executivos a seu bel-prazer, em franco escárnio a direito já sumulado e que retira, dos contratos de abertura de crédito rotativo em conta corrente, as condições mínimas de executoriedade’ (Ap. Cív. n. 2003.009284-6, de Gaspar, rel. Des. Trindade dos Santos)” (Ap. Cív. n. 2000.024368-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 3-6-04).

E ainda:

“Embargos à execução — Termo de confissão e reconhecimento de dívida — Ausência de *animus novandi* — Contrato que apenas reafirma avença anterior — Iliquidez e incerteza — Nulidade da execução — Recurso provido.

‘Não constitui novação o acordo de vontade através do qual os contratantes quantificam o valor das dívidas em atraso, abrangendo principal, correção monetária e juros, pactuam o pagamento da soma fixada em parcelas periódicas [...]’ (STJ — REsp n. 226.703/DF, rel. Min. José Delgado, j. 6-12-1999)” (Ap. Cív. n. 2000.004443-1, de Jaguaruna, rel. Juiz Tulio Pinheiro, j. em 4-9-03).

5. Por tais razões, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, o Grupo de Câmaras, por votação unânime, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Tulio Pinheiro, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Gastaldi Buzzi e Ricardo Fontes.

Florianópolis, 8 de setembro de 2004.

Alcides Aguiar;
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.030068-6, DE BRUSQUE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Agravo de instrumento. Falência. Habilitação de créditos trabalhistas. Bens arrematados por alguns dos credores habilitados. Assinatura do auto de arrematação sem depósito do laço. Impossibilidade. Necessidade de concorrência entre os credores da mesma classe. Decisão mantida. Recurso improvido.

Sabe-se que os créditos de natureza trabalhista gozam de privilégio em relação aos demais créditos da massa falida (dívida ativa de natureza tributária ou não tributária; encargos da massa; dívidas da massa; direitos reais de garantia; créditos com privilégio especial; com privilégio geral e quirografários). Entretanto, o direito de preferência não se aplica aos créditos pertencentes à mesma classe, os quais concorrem entre si, a fim de evitar a quebra da isonomia no pagamento das dívidas da massa falida, não se indo além da ordem hierárquica estabelecida pela própria lei falimentar (quadro geral de credores).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.030068-6, da comarca de Brusque, em que são

agravantes Claiton César Lauz Bigliardi e outros e agravada Massa Falida de Bin Bordados Industriais Nobet Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Claiton César Lauz Bigliardi, Haroldo Müller, Fabiano de Souza, Luiz Paulo Gonçalves de Deus, Vilmar Jaques, Paulo César de Souza, Viviane Bertoldi e Ana Cláudia Mena Barreto Bigliardi, devidamente habilitados nos autos da falência de Bin Bordados Industriais Nobet Ltda., ora agravada, interpuseram agravo de instrumento contra decisão que deixou de firmar o auto de arrematação por estes efetuada, sob o argumento de existirem outros credores da mesma classe, determinando que depositem o valor do lanço no prazo de cinco dias, sob pena de se declarar ineficaz a arrematação.

Aduziram que não existe óbice à arrematação dos bens leiloados, pois há outros bens de valor superior que serão vendidos judicialmente e garantem a totalidade dos créditos privilegiados remanescentes. Requereram a revogação da decisão que deixou de assinar o auto de arrematação, determinando-se a formalização do referido documento.

Negou-se o efeito suspensivo almejado.

Decorrido o prazo legal, a parte agravada não apresentou contramemória.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

II — Voto

Os agravantes habilitaram-se no processo de falência da sociedade agravada, na classe dos credores privilegiados, em decorrência de créditos originários de verbas rescisórias dos respectivos contratos de trabalho (fls. 18 a 41).

Ocorre que, em leilão realizado no dia 22-10-2003 (fl. 52), os agravantes arremataram bens da empresa Bin Bordados Industriais Nobet Ltda (fl. 53), entretanto, o douto Magistrado *a quo* deixou de firmar o auto de arrematação sob o fundamento de que não são os arrematantes os únicos credores da massa falida, havendo outros da mesma classe (trabalhista), os quais não participaram da hasta pública. Em decorrência, determinou aos agravantes que depositassem o valor do lanço no prazo de cinco dias, sob pena de ser declarada ineficaz a arrematação (fl. 70).

Sabe-se que a Lei de Falências estabelece a preferência de créditos contra a massa falida, determinando a sua ordem de classificação no quadro geral de credores (art. 102). O patrimônio do devedor, embora seja a garantia comum dos credores, deve atender à ordem de prelações estabelecidas em leis e contratos.

O Decreto-Lei n. 7.661/45 (Lei de Falências), em seu art. 102, colo-

ca o crédito dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, acima, inclusive, dos créditos por dívidas e encargos da massa falida, acentuando, no parágrafo primeiro, que “preferem a todos os créditos admitidos à falência a indenização por acidente do trabalho e os outros créditos que, por lei especial, gozarem essa prioridade”.

Nos termos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), gozam de privilégio os salários e as indenizações devidas ao empregado:

“Art. 449. Os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata, ou dissolução da empresa.

“§ 1º Na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito”.

Decretada a falência, ficam os bens do falido vinculados ao pagamento dos credores existentes na data da sentença e, dentre esses, o primeiro pagamento deve beneficiar os titulares de créditos trabalhistas.

Na classificação geral dos credores da sociedade empresária falida, estão na primeira ordem de preferência o credor por acidente de trabalho (art. 102, § 1º, da Lei de Falências) e na segunda ordem, os créditos de qualquer origem dos empregados (CLT, art. 449, § 1º).

Assim, dentro da hierarquia do quadro geral de credores, a classe dos credores trabalhistas é a mais elevada na escala de preferências, fazendo com que recebam seus créditos

antes de outros, em atenção à ordem de classificação e privilégios disposta em lei.

Esse privilégio, entretanto, diz respeito aos créditos de natureza trabalhista em relação aos demais créditos da massa falida (dívida ativa de natureza tributária ou não tributária; encargos da massa; dívidas da massa; direitos reais de garantia; créditos com privilégio especial; com privilégio geral e quirografários). O direito de preferência não se aplica aos créditos pertencentes à mesma classe, os quais concorrem entre si, a fim de evitar a quebra da isonomia no pagamento das dívidas da massa falida, não se indo além da ordem hierárquica estabelecida pela própria lei falimentar (quadro geral de credores).

Relativamente ao tratamento paritário dos credores da sociedade falida, leciona Fábio Ulhoa Coelho, *in* Curso de Direito Comercial, vol. 3, SP: Saraiva, 2002, p. 344 e 345:

“O *tratamento paritário dos credores* é o principal objetivo do processo falimentar. A profissionalização da administração da falência é, na verdade, mera condição para melhor atender aos direitos dos credores. A depuração da massa e a coibição da má-fé presumida da falida são, a seu turno, pressupostos para a definição dos recursos destináveis à satisfação daqueles mesmos direitos. A rigor, a falência é a tentativa de justa distribuição dos insuficientes bens da sociedade devedora entre os credores.

Esse princípio do tratamento paritário, ao mesmo tempo em que assegura aos credores com título de mesma natureza a igualdade, estabelece hierarquias em favor dos mais

necessitados (os empregados) e do interesse público (representado pelos créditos fiscais), relegando ao fim da fila os empresários”.

No caso, embora os créditos dos agravantes gozem de prelação no concurso geral, pois credores de verbas rescisórias de contratos de trabalho, devem eles concorrer com os demais credores da mesma classe (trabalhista), em igualdade de condições, conforme indica o art. 1.562 do Código Civil de 1916 (atual art. 962 do Código Civil de 2002):

“Quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe, especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio, proporcional ao valor dos respectivos créditos, se o produto não bastar para o pagamento integral de todos”.

Destarte, diante das regras da disciplina jurídica falimentar, a assinatura do auto de arrematação de bens da agravada levados à hasta pública, sem o prévio depósito do valor do lance, significa privilegiar o direito dos agravantes em preterição de igual direito de preferência dos demais credores por créditos trabalhistas, também habilitados no processo de falência. Com a perfectibilização da arrematação, estariam os recorrentes pagando-se antecipadamente, sem a devida concorrência com os demais credores pertencentes à mesma classe, num claro desvio do princípio *par conditio creditorum*.

Correto é que o produto da arrematação seja colocado à disposição da massa falida para pagamento preferencial de todos os créditos de natureza trabalhista devidamente habilitados nos autos da falência.

Em sentido semelhante já se decidiu:

“Agravado de instrumento — Execução fiscal — Falência — Bens penhorados — Produto da arrematação entregue ao juízo universal — Credores privilegiados — Exclusão da multa fiscal — Juros moratórios — Incidência até a decretação da quebra — Honorários — Cabimento — Provedimento parcial do agravo.

“1. Realizada a praça, o crédito deverá ser posto à disposição da massa falida, para satisfação dos créditos trabalhistas, se houver, assim como os bens arrecadados na falência, caso insuficiente o referido crédito” (Agravado de Instrumento n. 2000.016104-7, de Pomerode, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 16-8-2001).

Assim, mantém-se a decisão impugnada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo J. de Oliveira.

Florianópolis, 3 de junho de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.012654-3, DE ITUPORANGA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Cobrança. Cheque prescrito executivamente. Recibo quitatório trazido aos autos em razões finais. Incidente de falsidade. Instauração. Falsidade constatada pericialmente. Pleito de cobrança acolhido. Dação em pagamento. Juros extorsivos. Correção monetária. Marco inicial.

I — Destruída, por perícia técnica realizada em incidente de falsidade, a eficácia quitatória do recibo trazido aos autos pela emitente de cheque prescrito para fins executórios, firmada resulta a exigibilidade do valor grifado no título, bem como o seu não-pagamento, implicando na automática procedência da ação de cobrança promovida pelo credor.

II — A dação em pagamento, como meio liberatório de uma obrigação que é, exige, para a sua eficácia desobrigatória, o atendimento de todos os requisitos em lei exigidos. E não há impor ao credor, como dação em pagamento do valor de cheque não pago, a transferência de bem imóvel entabulada entre a devedora e a empresa comercial de propriedade de descendentes do credor, quando, além de faltante a anuência expressa deste, nenhuma referência existe no correspondente documento ao título sob cobrança.

III — Sendo o cheque documento de crédito imbuído de literalidade e de autonomia, representativo de ordem de pagamento a vista, somente provas cabais podem levar à sua desconstituição. Assim, a simples afirmação da emitente quanto a ter sido ele dado como garantia do pagamento de juros extorsivos, ou a inclusão destes no correspondente valor, não é passível de acatamento quando inexistente qualquer prova hábil a respeito.

IV — Ainda que prescrita a eficácia executória do cheque, o valor nele representado continua dotado de liquidez. E não se tra-

tando de obrigação ilíquida, não há cogitar da não incidência de atualização monetária até a data do aforamento da ação de cobrança.

V — Representando o cheque, mesmo quando afetada a sua executividade, ordem de pagamento a vista, o prejuízo decorrente do seu não-pagamento constata-se da respectiva data de emissão. E, se assim é, a correção monetária do seu quantum impõe-se computada a partir da data do saque.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.012654-3, da comarca de Ituporanga, em que é apelante Comércio de Combustíveis Tranquilo Ltda., sendo apelado Ernesto Braz Barni:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Ernesto Braz Barni ajuizou ação de cobrança contra Comércio de Combustíveis Tranquilo Ltda., visando à satisfação do crédito referente ao Cheque n. 925.392-0, no valor de CR\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros reais), título esse originado de um empréstimo concedido à demandada e por ela não honrado.

Contestando a ação, aduziu a requerida que o valor em cobrança advém de juros abusivos, além de que o débito já foi quitado, por meio de ação em pagamento de um terreno

de sua propriedade, como comprova o contrato particular de compromisso de compra e venda acostado à peça resistencial.

Inexitosas as tentativas de conciliação dos litigantes, foram ouvidas, na audiência de instrução e julgamento, duas testemunhas, sendo tomado, também, o depoimento pessoal do autor.

Em razões finais, reafirmou o autor os termos expostos na inicial e na impugnação à contestação, com a demandada reafirmando a quitação do débito, acostando, então, recibo comprobatório da integral quitação do débito.

Intimado o postulante a respeito do documento novo trazido ao processo, e estando encerrada a fase instrutória, instaurou o autor incidente de falsidade documental, sustentando que o recibo em questão foi alvo de adulteração, sendo fraudulento, imoral e inidôneo, por falsidade moral e ideológica, jamais tendo existido a aventada quitação.

Postulou, por isso, a acolhida do incidente, a fim de que seja declarada

a nulidade do recibo inserido à fl. 64 dos autos de cobrança.

Na contestação que ofertou ao incidente, sustentou a requerida que o recibo, cuja autenticidade é negada pelo autor, encontrava-se extraviado no fundo de um cofre, razão pela qual o apresentou tardiamente, juntando, então, o respectivo original, pugnando, ao fim, pela improcedência do pedido incidental.

Manifestando-se sobre a resposta da requerida, o autor, após rebater as aduções por ela lançadas, requereu a produção de prova pericial, formulando, desde logo, quesitos.

Colhidas as assinaturas do autor, o *expert* nomeado emitiu o laudo pericial de fls. 59 a 83, sobre cujas conclusões pronunciaram-se as partes.

Ato contínuo, julgou o Magistrado singular procedente o incidente de falsidade intentado, declarando a falsidade do recibo acostado à fl. 64 dos autos da ação de cobrança, impondo à requerida os respectivos ônus, acolhendo, de outro lado, o pleito de cobrança formulado, condenando a acionada ao pagamento do valor do cheque trazido aos autos, corrigido desde 30-6-1994, computados, ainda, juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da data da citação inicial, bem como às custas processuais e honorários advocatícios.

Por fim, a sentença responsabilizou a acionada pelo pagamento, em favor do autor, da multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 18, CPC), determinando,

ainda, a remessa de cópia dos autos do incidente de falsidade ao Ministério Público, para os fins do art. 40 do CPP.

Inconformada com o teor do *decisum* prolatado, interpôs a requerida recurso de apelação, reafirmando que o cheque em cobrança originou-se da imposição de juros extorsivos, com a cártula questionada tendo sido emitida como mera garantia do negócio celebrado.

Aduziu, de outro lado, já ter quitado a dívida com o autor, entretanto não lhe devolveu o cheque sacado como garantia, ao argumento que o havia extraviado.

Sustentou, ainda, que, em 11-5-95, os litigantes celebraram transação com o objetivo de encerrar o litígio, oportunidade em que foi firmado o documento de compra e venda do imóvel trazido aos autos, caracterizando-se uma verdadeira dação em pagamento. A dívida, assim, foi adimplida duplamente: quando da dação em pagamento e pelo recibo de fl. 64.

Referentemente ao incidente de falsidade, acentuou não ter ocorrido esta, sendo o laudo pericial obscuro a respeito, além de “contraditório, adotando conjecturas e ilações no sentido de que a assinatura teria sido oposta no documento, supostamente nos anos de 1992, 1993 e 1994”, propiciando as conclusões técnicas duas únicas certezas: a de que a assinatura aposta no mencionado recibo é efetivamente do apelado e a impossibili-

dade científica de determinação da data em que foi ele firmado.

Reafirmou o insurgente que aludido recibo somente foi trazido a Juízo tardiamente em razão de se encontrar extraviado.

Sustentou, por último, a impossibilidade da incidência de correção monetária em obrigações ilíquidas antes do ajuizamento da ação de cobrança, o que impõe a reforma da sentença igualmente nesse aspecto, pugnando, assim, pela reforma integral do *decisum* vergastado, tanto no tocante à ação de cobrança, como no pertinente ao incidente de falsidade.

Em resposta, o autor requereu o desprovimento do apelo deduzido.

II — Voto

Em que pese o fato de a sentença hostilizada ter sido prolatada nos autos do incidente de falsidade, quando se impunha, em verdade, ser proferida no seio da ação de cobrança, entendemos que tal circunstância não se constitui em óbice ao conhecimento e julgamento do recurso, uma vez que os autos da lide principal se encontram apensados aos do incidente, possibilitando que este órgão fracionário analise as provas produzidas nos dois feitos.

Ademais, é de se privilegiar o princípio da instrumentalidade das formas, não mais sendo dado ao julgador se apegar em demasia a aspectos formais, mormente quando, como no caso, não foi acarretado nenhum pre-

juízo a nenhuma das partes, além de terem os atos processuais atingido seus fins.

Discorrendo sobre o princípio da instrumentalidade das formas, assina-la Luiz Rodrigues Wambier:

“Houve época, no Direito Romano, em que a forma era mais importante que o ato, pois a rigidez das regras traçadas pelos sacerdotes impunha uma verdadeira teatralização, obrigando os envolvidos a repetir fórmulas e modelos precisos, sob o risco de, inobservada a forma, perder a demanda, como aquele litigante que usou a expressão *vitis* (videira), quando a lei prescrevia *arbor* (árvore).

“Tal absurdo nos dias de hoje é inconcebível. O processo não existe para cultuar a forma, mas para dar razão a quem efetivamente a tem.

“As formas, pois, têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta das formas impossibilitaria a seqüência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática, o processo jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa.

“À solução intermediária entre o rigor absoluto e a liberdade total denomina-se princípio da instrumentalidade das formas, expressado, por exemplo, nos arts. 154 e 250 do CPC.

Por regra geral, não existe forma para os atos processuais, exceto quando expressamente prevista pela norma, e ainda assim, ou seja, mesmo quando há expressa exigência de forma, serão tidos como válidos os atos praticados de outro modo se sua finalidade essencial foi alcançada” (Curso Avançado de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. I, p. 162).

E, sem dúvida alguma, traduzir-se-ia em excessivo apego às formalidades das normas processuais o não conhecimento do recurso em razão de não ter sido ele interposto nos autos da ação de cobrança, local apropriado para o julgamento completo da lide. Ainda mais quando o próprio Magistrado singular laborou em pequeno equívoco ao proferir a sentença completa no incidente processual de falsidade.

Exposto isso, registra-se que a insurgência assacada recursalmente pela demandada ancora-se em diversos pontos, assim identificados: 1) do incidente de falsidade; 2) do recibo de fl. 64 dos autos de cobrança, da prova pericial realizada e da sentença proferida; 3) do alegado adimplemento da dívida pela dação em pagamento e pela adução da cobrança de juros extorsivos; e 4) da sentença relativa à ação de cobrança e à correção monetária.

Analisando-se destacadamente cada um desses itens, temos:

1. Do incidente de falsidade

O incidente de falsidade instaurado nos autos, repisa-se, teve como

alvo o recibo juntado pela demandada à fl. 64 do processo de cobrança, referindo-se ele à quitação da dívida representada pelo cheque representativo do alegado crédito do apelado.

Argüindo a falsidade do recibo em questão, instaurou o aqui recorrido o incidente processual cabível de acordo com a lei processual civil vigente.

Disciplinando o incidente respectivo, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 390. O incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos.

“Art. 391. Quando o documento for oferecido antes de encerrada a instrução, a parte o argüirá de falso, em petição dirigida ao juiz da causa, expondo os motivos em que funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado.

“Art. 392. Intimada a parte, que produziu o documento, a responder no prazo de 10 (dez) dias, o juiz ordenará o exame pericial.

“Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial, se a parte, que produziu o documento, concordar em retirá-lo e a parte contrária não se opuser ao desentranhamento.

“Art. 393. Depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade

correrá em apenso aos autos principais; no tribunal processar-se-á perante o relator, observando-se o disposto no artigo antecedente.

“Art. 394. Logo que for suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspenderá o processo principal.

“Art. 395. A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento”.

Acerca do incidente em questão, assinala Cândido Rangel Dinamarco:

“A parte que pretender impugnar a autenticidade material de um documento trazido pelo adversário, ou das declarações que ele contém, ou da assinatura aposta a ele, tem o ônus de fazê-lo em contestação ou suscitando o *incidente de falsidade* disciplinado nos arts. 390 ss. do Código de Processo Civil [...]” (Instituições de Direito Processual Civil, vol. III, São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2003, p. 580).

Por seu turno, destaca Humberto Theodoro Júnior:

“Consiste o incidente de falsidade numa verdadeira ação declaratória incidental, com que se amplia o *thema decidendum*: o juiz, além de solucionar a lide pendente, terá de declarar a falsidade ou não do documento produzido nos autos. E o efeito da *res iudicata* atingirá não só a resposta ao pedido como também a questão incidental da falsidade” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 38ª ed., 2002, p. 412).

Como bem explicita a norma processual vigente, “o incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição” (art. 390, CPC), devendo ser argüida a falsidade por petição dirigida ao juiz da causa se o documento viciado for ofertado antes de finda a instrução processual (art. 391), ou, se juntado “depois de encerrada a instrução, o incidente de falsidade correrá em apenso aos autos principais” (art. 393).

No caso em apreço, constata-se que o documento que deu azo à argüição de falsidade foi acostado aos autos da ação de cobrança pela requerida quando de suas alegações finais, fazendo-se evidente, assim, que a instrução processual havia-se encerrado.

Portanto, de forma correta se fez a instauração do incidente de falsidade, pois, como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Se o incidente for suscitado após a conclusão da instrução da causa, então a petição do requerente será atuada em apenso aos autos principais — ressalvada a hipótese em que seja argüido diretamente perante o tribunal, pois neste caso tramitará perante o relator, na forma prevista no seu Regimento Interno. Formará, então, esta ação incidental verdadeiro *processo incidente*, com a suspensão do processo principal, em que o argüido será citado para responder à ação, no prazo estipulado pelo art. 392 do CPC (dez dias), podendo também concordar em retirar dos autos o do-

cumento questionado, caso em que o processo incidente será encerrado, sem exame de seu mérito. Se contestar a procedência da arguição, será determinada a instrução — se for material o falso que se imputa, será necessário realizar prova pericial [...]” (Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2003, p. 421).

Observa, no mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco:

“Quer processada nos autos da causa ou em apenso, a arguição de falsidade documental caracteriza-se sempre como *mero incidente* e, em hipótese alguma, como *processo novo*; os atos de todo e qualquer incidente processual são sempre atos do processo em que ele é suscitado e, quando o incidente termina, torna-se ao procedimento principal, que prossegue mediante outros atos [...]” (ob. cit., p. 582).

Salienta-se, outrossim, prestar-se o incidente de falsidade à busca da verdade em relação aos aspectos materiais do documento, não servindo ele, entretanto, para a verificação da falsidade ideológica que, porventura, contenha-se no mesmo documento.

É o que enfatizam os já citados Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao grifarem:

“Outro tema que merece ser precisado é o do âmbito de debate (e de cognição) que se permite no incidente. Como é curial, a denominação de incidente de falsidade gera a im-

pressão de que nesse momento se pode deduzir qualquer pretensão que diga respeito a sustentar que as informações contidas no documento não sejam verdadeiras. Esse, porém, não é o caminho adequado para esse tipo de discussão, nem teria cabimento debater, neste foro, a veracidade ou não das informações registradas no documento”.

In casu, a matéria objeto do incidente de falsidade proposto de fato não se referiu às informações contidas no mencionado recibo de fl. 64, ou seja, ao seu conteúdo, com maior precisão se ocorreu ou não o adimplemento da dívida, mas, sim, se o documento foi forjado e, conseqüentemente, é falso.

Portanto, o incidente de falsidade em questão visou tão-somente a declarar a veracidade ou falsidade do documento em sua forma ou confecção!

2. Do recibo de fl. 64 dos autos de cobrança, da prova pericial realizada e da sentença exarada

Conforme visto precedentemente, o incidente de falsidade foi instaurado ante a juntada, já na fase de alegações finais das partes, do recibo de fl. 64, dando conta do pagamento integral da dívida pleiteada no feito de cobrança, cuja autenticidade foi negada pelo autor que, ato contínuo, ingressou com o correspondente incidente de falsidade, este acolhido no plano judicial.

Cumprido destacar que a decisão prolatada em primeiro grau de jurisdic-

ção se ateve ao laudo pericial encartado às fls. 60 a 83, sendo de ressaltar-se que a prova técnica tem, no incidente de falsidade, o norteamo do art. 392 do CPC.

Na hipótese vertente, todos os comandos legais foram obedecidos, com o Togado singular realizando, previamente, audiência, na qual se fez presente apenas o autor; de igual forma, apenas o argüente formulou quesitos a serem submetidos ao louvado judicial (fls. 40 a 42).

Não que a parte requerida fosse obrigada a formular quesitos; todavia, transparece dos autos ter ela deixado de dar a devida atenção ao procedimento incidental instaurado, rebatendo somente as conclusões periciais com aduções vagas e contraditórias.

Ao contrário do que acentua a insurgente, o laudo pericial não se mostrou contraditório e conclusivo.

Ao inverso, apontou ele em suas considerações as fundamentações que acarretaram na declaração da falsidade do recibo de fl. 64 dos autos da ação de cobrança.

In verbis, concluiu o louvado:

“A assinatura aposta ao recibo não corresponde à data lançada no mesmo, ou seja, o ano de 1995. A assinatura questionada apresenta-se grafada em três momentos distintos e com espaços intervocabulares nítidos: o lançamento do nome ‘Ernesto’, seguindo-se um espaço, o lançamento

do elemento referente ao nome ‘Braz’, seguindo-se outro espaço, e finalmente o lançamento do nome ‘Barni’. O elemento gráfico referente ao nome ‘Braz’ apresenta elementos claros e nítidos em passantes inferiores e superiores. O nome ‘Barni’, em seus elementos ‘arni’, são produzidos em forma de um traço horizontal, sem conter as formas do r, n e i.

“A assinatura assim produzida, corresponde a assinaturas do Senhor Ernesto Braz Barni referentes ao período compreendido pelos anos de 1982, 1983 e 1984, como pode ser observado em documentos anexos ao final, tais como contratos sociais, de locação e cartão de assinaturas de Banco.

“Desta análise entre as assinaturas de Ernesto Braz Barni, em aspectos evolutivos do seu punho escritor, conclui-se que a assinatura no Recibo não corresponde à data de maio de 1995, e sim aos anos de 1982, 1983 e 1984.

[...]

“Examinando-se o papel suporte do Recibo, constata-se que o mesmo foi recortado de uma folha maior, observando-se em sua margem superior e inferior os vestígios de corte de instrumento cortante. O papel suporte do Recibo questionado representa um ‘pedaço’ de papel, e mediante o valor que contém, mereceria ser elaborado de forma mais segura.

“Quanto ao lançamento do texto e a aposição da assinatura no Recibo conclui-se que houve o aproveita-

mento de papel suporte onde já existia a assinatura do Senhor Ernesto Braz Barni” (grifamos).

Ora, diante das constatações acima transcritas não há falar em contradição e inconclusão.

Questionado documento técnico é claro o bastante ao assinalar que o documento que deu azo à instauração do incidente de falsidade se originou de um papel com a assinatura do aqui apelado, sendo que tal firma nele foi aposta entre os anos de 1982 e 1984, demonstrando o *expert* até mesmo a forma como o recibo foi “produzido”.

Em situação contrária, as contradições podem ser apontadas nas diversas versões oferecidas pela recorrente. Primeiramente, afirmou ela que o cheque em cobrança não lhe foi devolvido sob a desculpa de que havia ele se extraviado. Após, enfatizou a demandada o cumprimento integral da obrigação representada no mesmo título, por meio de dação em pagamento de um imóvel. Por derradeiro, já em fase de alegações finais, apresentou a empresa acionada o recibo alvo do incidente de falsidade instaurado, a fim de comprovar estar a dívida integralmente paga, alegando, então, que aludido recibo encontrava-se extraviado no fundo de um cofre.

Não bastasse isso, a versão trazida pela apelante de que a obrigação foi satisfeita de forma dupla — uma pelo referido recibo e outra via dação em pagamento — não merece a menor credibilidade, haja vista que,

como fundamentado acima, a alegação de pagamento foi afastada ante a má-fé da requerida que, nos termos das conclusões técnicas, forjou o recibo comprobatório de tal adimplemento.

Ora, não há prosperar a tese da defesa quando os elementos coligidos aos autos apontam em sentido oposto; e, mais que isso, quando suas próprias aduções dissentem entre si, gerando contradições e divergências.

Destarte, correta a sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição ao reconhecer a falsidade do recibo acostado à fl. 64 da ação de cobrança, bem como ao aplicar à recorrente a sanção correspondente à litigância de má-fé.

3. Da alegada dação em pagamento e da extorsividade dos juros impostos pelo credor

Na rubrica em apreço, é de se destacar, por primeiro, a imposição dos arts. 995 e 996 do Código Civil de 1916, diploma legal incidente no caso em análise:

Reportando-se ao instituto da dação em pagamento, expressam referidos dispositivos:

“Art. 995. O credor pode consentir em receber coisa que não seja dinheiro, em substituição da prestação que lhe era devida.

“Art. 996. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda”.

Segundo o escólio de Washington de Barros Monteiro:

“A dação em pagamento é um acordo convencionado entre credor e devedor, por via do qual aquiesce o primeiro em receber do segundo, para desobrigá-lo de uma dívida, objeto diferente do que constituía a obrigação” (Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações. 1ª parte, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 321).

Do mesmo modo, averba Orlando Gomes:

“O credor não pode ser obrigado a receber coisa diversa da que constitui objeto da prestação. Mas a substituição é permitida com sua aquiescência. O acordo pelo qual consente na substituição chama-se dação em pagamento (*datio in solutum*).

“A *datio in solutum* não é propriamente modo de extinção das obrigações distinto do pagamento, senão um meio supletivo. Em se verificando, o credor não recebe a coisa devida, mas se satisfaz, porque outra, que aceita, lhe é entregue pelo devedor. Corresponde, por conseguinte, ao modo normal de cumprimento.

“Para haver dação em pagamento é preciso que a coisa seja dada em substituição da prestação devida, e o credor aceite em pagamento” (Obrigações, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 118 e 119).

De igual sorte, leciona Maria Helena Diniz:

“I — Dação em pagamento. A dação em pagamento é o acordo

liberatório, feito entre credor e devedor, em que o credor consente em receber uma coisa diversa da avençada (Ciência Jurídica, 62/171; EJSTJ, 16/165).

[...]

“I — Dação em pagamento e compra e venda. A dação em pagamento tem por objeto prestação de qualquer natureza, não sendo dinheiro de contado; logo, se se taxar o preço da coisa dada em pagamento, ter-se-á compra e venda (RT 238/137; RF 134/436). Quando a coisa for dada em pagamento de débito, sem que se lhe especifique o valor, ter-se-á dação” (Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1999, p. 734).

Na ocasião da apresentação de sua contestação nos autos da ação de cobrança, sustentou a apelante ter adimplido o valor da dívida alegadamente de sua responsabilidade por meio de dação em pagamento, dação feita nos termos do contrato de compra e venda de fl. 27 daquele processo.

Contudo, referido documento não evidencia a invocada dação em pagamento, não se lhe podendo emprestar os efeitos liberatórios apregoados, haja vista carecer ele de requisitos que apontem a efetiva ocorrência de tal forma de pagamento.

Aludida avença de compra e venda foi celebrada não com o recorrido, mas entre a devedora e a empresa de propriedade dos filhos do autor, dela se ausentando qualquer elemento a estabelecer uma efetiva

relação entre o cheque objeto da demanda de cobrança e o contrato em questão.

Até porque não se vislumbra dos autos nenhum consentimento por parte do credor para que a dívida fosse adimplida por meio de dação em pagamento argüida.

Ao contrário, a única alegação do apelado em relação a tal contrato consta de sua peça exordial da ação de cobrança, deixando claro que tal negócio jurídico foi celebrado como forma de ajudar na má situação financeira vivenciada pela recorrente.

Destarte, ante a inexistência de nenhuma comprovação do consentimento do credor em receber o bem apontado, e sendo o contrato de compromisso de compra e venda celebrado com terceiros, não há reconhecer a aventada dação em pagamento, ainda mais que, como exposto anteriormente, há sérias contradições nas teses jurídicas trazidas pela devedora em abono aos seus interesses.

No tangente à alegação da cobrança de juros extorsivos, não se fazia suficiente, para tanto, alegar à insurgente desrespeito à Lei de Usura, mas precisamente ao respectivo art. 1º, § 3º.

Fazia-se indispensável para tanto, acima de tudo, a demonstração efetiva a respeito, pois a prática onzenária atribuída ao apelado não foi por este confessada, já que ele limitou-se a relatar o empréstimo feito à recorrente.

E:

“Mera alegação de origem ilícita de cambial não é suficiente para inviabilizar sua execução, posto que o cheque devidamente formalizado configura título líquido, certo e exigível e, portanto, autônomo, sendo necessária prova robusta para descaracterizá-lo” (TJMS, *in* Dicionário Jurisprudencial de Dagma Paulino da Rosa, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 267).

Não tendo, entretanto, resultado comprovada a invocada prática de usura, não há aceitar a tese a respeito trazida à baila pela demandada, uma vez que, como acentuado pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

“Apelação cível — Limite constitucional dos juros — art. 192, § 3º, da CF/88.

“O cheque é título dotado de literalidade e autonomia, sendo ordem de pagamento à vista incondicional (art. 10 da Lei do Cheque) e somente poderá ser desconstituído por provas cabais. A mera afirmativa de inserção de juros extorsivos no seu valor não é causa que justifique a sua desnaturação” (TAPRCiv n. 6.425, rel. Juiz Clayton dos Reis).

4. Da Sentença relativa à ação de cobrança e a imposição de correção monetária

No que diz respeito ao acolhimento, pelo *decisum* atacado, do pleito de cobrança formulado pelo postulante, não há prosperar o reclamo deduzido pela demandada.

Ressalta-se que as assertivas de pagamento do valor representado pelo título acostado à vestibular já resultaram examinadas nos tópicos precedentes, restando, para apreciação no item em epígrafe, a alegação recursal da forma da incidência da correção monetária nas obrigações ilíquidas.

Sentencialmente, o marco inicial da aplicação da atualização monetária foi fixado em 30-6-1994, correspondente à data em que o título restou devolvido pela instituição financeira sacada em razão da falta de provisão de fundos na conta bancária da emitente.

Em suas razões apelatórias, inflete a postulante recursal contra a data adotada como marco inicial de fluência da verba de atualização, aduzindo somente incidir esta nas obrigações ilíquidas a contar da data de ingresso do pleito de cobrança.

No referente à alegação da não incidência da correção monetária nas obrigações ilíquidas até o ajuizamento da ação, é de se desagalhar a tese exposta pela recorrente!

Sustenta-se que as obrigações cambiárias decorrentes de cheques emitidos sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ainda que atingida pela prescrição a sua executividade, revestem-se de liquidez; em outras palavras: os valores dos títulos de créditos são certos e conhecidos, ausentando-se deles apenas e somente as condições de exigibilidade, posto que afetada a

exeqüibilidade que, de regra, lhes é inerente.

Portanto, as obrigações decorrentes da emissão do cheque destituído de fundos não são ilíquidas; ao contrário, têm elas a demarcá-las a liquidez.

Todavia, no tocante ao marco inicial da aplicação da correção monetária, está o *decisum* a reclamar uma pequena adequação!

É que, ao contrário do entendimento adotado pelo culto Sentenciante singular, ainda que prescrita a eficácia executória do título, a atualização monetária deve incidir a contar da data de emissão do cheque correspondente, em se tratando de título com vencimento à vista, à data da sua exigibilidade.

Conquanto a prescrição executiva do cheque autorizatório da utilização do procedimento adotado pelo apelado, não há ignorar que a correção monetária traduz mero fator de recomposição do valor da moeda corróido pela inflação.

Não seria justo, em assim sendo, utilizá-la como uma penalidade em detrimento do credor, deixando-se de atualizar seu crédito a contar da data em que ele se tornou exigível tão-somente pelo fato de não haver ele, *oportuno tempore*, ajuizado a ação que lhe era mais favorável; no caso vertente, a de execução.

Enfatizou, sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A Ação Ordinária de Cobrança é via hábil para exigir-se dívida, re-

presentada por cheque, não recebida pelo credor, por insuficiente provisão de fundos, quando o título encontra-se prescrito para o aforamento da Ação Executiva. Tal fato constitui ato ilícito, razão suficiente para que a correção monetária incida a partir da data da emissão do cheque, que representa ordem de pagamento à vista. Incidência do enunciado da Súmula 43 do STJ” (REsp n. 49.716-7/SC, RSTJ 71/354, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“Ação ordinária para cobrança de cheque prescrito. Correção monetária. Termo inicial. Incide a correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo (Súmula 43). Caso em que ficou estabelecida a data de emissão do cheque. 2. Juros de mora. Contam-se da citação inicial. 3. Recurso especial conhecido e provido em parte” (REsp n. 55.932-4/MG, DJU de 6-3-95, p. 4.362, rel. Min. Nilson Naves).

“Cheque — Não-pagamento na data de sua apresentação ao sacado — Inadimplemento do devedor reconhecido — Termo *a quo* da correção monetária — Caracterizado o ilícito civil ante o não-cumprimento da obrigação no seu termo, aplica-se o enunciado da Súmula 43/STJ” (REsp n. 72.593/RS, DJU de 5-2-96, p. 1.404, rel. Min. Raphael Monteiro Filho).

Encampando igual entendimento, tem grifado este Tribunal:

“A correção monetária — que não se constitui um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita (RSTJ 23/273) — incide desde a data da emissão do cheque, mes-

mo que prescrito o direito à ação de execução para a sua cobrança” (Ap. Cív. n. 42.405, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto).

“A correção monetária, como instituto de recomposição do valor da moeda corroído pela inflação, incide desde a data da emissão do cheque” (Ap. Cív. n. 96.006193-2, de Mafra, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“Vencido o prazo prescricional da jurisdição *in executivis* (Lei do Cheque, art. 59), o credor pode, dentro de dois anos, valer-se da ação de enriquecimento ilícito (Lei do Cheque, art. 61), sendo suficiente a apresentação do documento que presume o não recebimento.

“Destarte, na demanda monitoria, faz-se, também, a distinção entre ação cambiária (que não envolve o negócio subjacente) e ação causal (que envolve o negócio subjacente), e, por conseguinte, não possuindo o cheque mais de dois anos, contados na forma da Lei do Cheque (art. 61, c/c os arts. 59 e 47) até a data da distribuição, o demandante não é obrigado a declinar o negócio subjacente.

“A correção monetária, por somente recompor o valor da moeda, tem incidência desde a emissão do cheque” (Ap. Cív. n. 2000.015021-5, da Capital, rel. Des. Cercato Padilha).

E, por acórdãos dos quais foi signatário este Relator:

“[...] Única forma de manter a justiça comutativa e de possibilitar uma convivência menos perniciosa da

economia nacional com a inflação que, em patamares maiores ou menores, continua a depauperar a moeda pátria, a correção monetária impõe-se conta a partir da data aprazada para o vencimento do título; tratando-se de cheque, em sendo assim, a prescrição inicia sua fluência a contar da data da respectiva emissão, mesmo que a sua eficácia executiva esteja contaminada pela prescrição” (Ap. Cív. n. 1997.005060-7, de Brusque).

“Nas dívidas de valor, existente prazo bilateralmente fixado para o pagamento, a verba de atualização faz-se devida a contar do vencimento da obrigação. Incorreta é a fixação do termo inicial de incidência na data do ajuizamento da ação ou da citação inicial do devedor, sob pena de propiciar-se a este um locupletamento indevido, com o agravamento do desfalque patrimonial já imposto ao credor pelo não-pagamento do débito quando do seu vencimento” (Ap. Cív. n. 1997.000759-0, de Tangará).

Ainda:

“A correção monetária, na cobrança de cheque prescrito, incide desde a data em que foi ele emitido” (TJPR, Ap. Cív. n. 36.573-1, rel. Des. J. Vidal Coelho).

Do mesmo modo, já foi acentuado pelo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

“A correção monetária de cheque sem suficiente provisão de fundos flui, independentemente da data de sua apresentação, desde a sua emissão” (JTARGS 82/59).

“A emissão de cheque sem a suficiente provisão de fundos em po-

der do sacado, para pagamento de nota fiscal, constitui ato ilícito capaz de autorizar a aplicação dos índices de correção monetária a partir da data de sua emissão” (Al n. 27.200, rel. Juiz João Aymoré Barros Costa).

“Correção monetária. Conta-se da data de emissão dos cheques, eis que se trata do momento no qual poderiam ser cobrados, acaso houvesse fundos” (Ap. Cív. n. 189.053.994, rel. Juiz Ramon Georg Von Berg).

Aliás, é da dicção da Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça:

“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Destarte, a correção monetária do valor do título em questão deve ser computada a contar da data de sua emissão.

III — Decisão

À vista do exposto, nega-se agasalho ao reclamo recursal deduzido; entretanto, de ofício, readapta-se o marco inicial de incidência da correção monetária que deve ser calculada a contar da data de emissão do cheque trazido aos autos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 9 de setembro de 2004.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.001105-3, DE CUNHA PORÃ**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Exibição de documentos. Cooperativa de crédito. Acesso à relação dos nomes e endereços dos demais sócios cooperados. Acolhimento. Litisconsórcio passivo necessário. Sigilo bancário. Quebra. Inocorrência.

I — Em cautelar de exibição de documentos deflagrada contra cooperativa de crédito por um dos sócios cooperativados, buscando conhecer a identificação dos demais sócios, estes não são litisconsortes passivos necessários, porquanto a exibição de documentos pretendida em nada lhes afetará os direitos.

II — Conquanto possuam as cooperativas de crédito, à vista de preceito legal expresso, status de instituição financeira, não há cogitar quebra de sigilo bancário quando a cautelar de exibição de documentos não se refere às operações ativas e passivas concretizadas pelo ente cooperativado com seus sócios, mas, exclusivamente, à obtenção da nominativa dos demais integrantes do respectivo quadro social e de seus endereços, a fim de que tenha condições o sócio requerente de formar chapa a ser contraposta, em eleições futuras, à atual diretoria. Obstar-se o acesso do sócio interessado a esses dados, fere o tratamento igualitário que deve ser emprestado a todos os associados, frustrando o processo eleitoral democrático, cujos princípios devem orientar e inspirar a administração no comando de associação desse jaez.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.001105-3, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Cooperativa de Crédito Rural Auriverde Ltda. — Credial, sendo apelado Pedro Vlademir Schütz:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por vota-

ção unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Pedro Vlademir Schütz ajuizou ação de exibição de documentos contra a Cooperativa de Crédito Rural Auriverde Ltda. — Credial, visando a

ter acesso à relação dos nomes e endereços dos sócios cooperados com a finalidade de viabilizar uma possível composição de chapa para concorrer aos cargos eletivos da instituição demandada.

Em contestação, expôs a requerida que, por ser ela instituição financeira especial, não pode fornecer dados de seus cooperados sob pena de quebra de sigilo bancário, além de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem dos associados.

Manifestando-se sobre a contestação, o autor alegou que não se trata de quebra de sigilo bancário, já que pretende apenas ter acesso ao rol dos associados e seus respectivos endereços, não às movimentações financeiras a eles vinculadas, acentuando, no mais, que a composição da Cooperativa é societária, tendo cada associado o direito de saber quem são os demais sócios.

O pedido foi acolhido, determinando o MM. Juiz de Direito a apresentação, pela requerida, do livro de matrículas da sociedade, permitindo a extração de fotocópias, pena de busca e apreensão.

Irresignada, interpôs a acionada recurso de apelação cível, aventando, em preliminar, a existência de litisconsórcio passivo necessário. No mérito, afirmou que as informações pretendidas encontram-se sob sigilo bancário, o que impede sejam elas disponibilizadas.

Em resposta, formulou o recorrido pedido de antecipação de tutela

para que se conferisse efetividade à sentença apelada, uma vez que o recurso foi recebido em ambos os efeitos.

Neste grau de jurisdição foi ajuizada pelo recorrido medida cautelar incidental, tendo por finalidade obstar a realização da assembléia-geral, na qual ocorreriam as eleições para os novos cargos diretivos da apelante. Embora tenha sido deferida liminarmente a medida, tal provimento foi cassado mediante mandado de segurança, tendo sido a assembléia, por fim, realizada.

Analisando o feito, a egrégia Segunda Câmara de Direito Civil houve por bem não conhecer do recurso, uma vez que a matéria de fundo é de competência das câmaras de direito comercial, a teor do Ato Regimental n. 57/02, determinando a sua redistribuição.

II — Voto

À apelante não assiste razão, impondo-se mantida a sentença que reconheceu ao recorrido o direito de ter acesso ao livro de matrículas dos demais sócios da Cooperativa demandada.

Nas suas razões recursais, invocou a Cooperativa insurgente, como preliminar, a nulidade do processo, pois, a seu ver, deveria ter sido formado litisconsórcio passivo necessário, chamando-se aos autos todos os seus demais sócios, uma vez que interessados no desate da medida exorbitária aforada.

É de se afastar, no entanto, aludida prefacial!

Ora, não há argumentar, como feito pela apelante, que contendo os documentos pretendidos de exibição informações particulares sobre seus associados, deveriam ter sido eles ouvidos no processo na condição de litisconsortes necessários.

Os argumentos assim tecidos pela insurgente, contudo, apresentam-se improspéraveis!

É que, tratando-se de uma cooperativa, ou seja, de uma instituição formada por um grupo de pessoas interessadas em unir forças para se ajudarem mutuamente, não há o menor sentido em impedir ao cooperado conhecer quem são seus parceiros nessa empreitada.

De acordo com o estatuído no art. 47 do Código de Processo Civil:

“Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

Ressalta do texto do transcrito dispositivo, em sendo assim, que a natureza da relação jurídica, essencialmente, define a indispensabilidade ou não da formação de litisconsórcio necessário.

Como pondera Alfredo Buzaid:

“[...] para configurar o instituto do litisconsórcio necessário, se serve

de dois elementos: um material e outro formal. O primeiro supõe a existência de uma relação jurídica substancial, da qual deriva uma comunhão de interesses. O segundo, a indispensabilidade da presença de todos os sujeitos ativos ou a citação de todos os sujeitos passivos para a constituição válida e regular do processo civil; pois, se a sentença não for dada uniformemente para todos, será dada inútil ou inoportunamente: *inutiliter datur*” (RT 359/44).

Na acurada ensinança de Ovídio Baptista:

“Devemos conceituar o litisconsórcio necessário como aquele obrigatoriamente formado, seja porque alguma disposição de lei assim imponha, seja porque a natureza da relação de direito material torne impossível o tratamento da situação litigiosa, sem a presença de todos os interessados no processo, formando litisconsórcio, caso em que ele se torna indispensável” (Curso de Direito Processual Civil. 3ª ed., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 214).

Esta Corte de Justiça assim já se manifestou acerca do tema:

“1. O litisconsórcio necessário tem lugar em todos os processos nos quais se configure a possibilidade da decisão da causa redundar em obrigação direta para terceiro ou que, de algum modo, possa prejudicar ou afetar seu interesse.

“2. Caracterizado o litisconsórcio necessário, impõe-se a anulação do processo para que seja cum-

prida a disposição estatuída no parágrafo único do art. 47 do Código de Processo Civil” (ACMS n. 2000.011813-3, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Da mesma forma, expôs o colendo Supremo Tribunal Federal:

“O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo” (RT 594/248).

Não é, todavia, a situação estampada nos autos, nos quais nem ao menos constam dos documentos pretendidos de exibição informações de cunho confidencial, apenas os nomes e endereços dos associados, não havendo qualquer prejuízo para a intimidade e a vida privada dos associados, de forma a autorizar a formação do cogitado litisconsórcio passivo necessário.

Refuta-se, portanto, a preliminar aventada pela irresignada!

No mérito, igualmente não prosperaram os argumentos recursais desfilados pela Cooperativa apelante.

Limitou-se ela a alegar, com o desiderato de alcançar a frustração da exibição determinada, que, possuindo as cooperativas de crédito *status* de instituição financeira, a lei lhes impõe obediência às regras que preservam o sigilo bancário.

Certo está que, por força do disposto no art. 1º, § 1º, inc. IX, da Lei Complementar n. 105/2001, as cooperativas de crédito estão, de fato,

obrigadas a respeitar as normas assecuratórias do sigilo bancário.

Contudo, conforme o disposto no *caput* do citado artigo, o sigilo bancário refere-se às atividades típicas das instituições financeiras, ou seja, às operações ativas e passivas por elas efetuadas.

E, *in casu*, não se tratam, em absoluto, de informações desse padrão, pois a pretensão do apelado, como um dos associados da Cooperativa demandada, é a de, exclusivamente, ter acesso ao livro de matrículas, ou a outro documento que lhe faça as vezes, do qual constem os nomes e endereços dos demais associados. Tais informações, obviamente, não podem ser enquadradas no conceito de “operações ativas e passivas e serviços prestados” trazido pelo já citado art. 1º da Lei Complementar n. 105/01, não estando, por conseguinte, protegidas pelo sigilo bancário.

Resta analisar, todavia, se a divulgação ao apelado da relação dos associados configuraria uma violação ao direito constitucional resguardado da intimidade e da vida privada dos sócios da acionada.

Nessa linha, é preciso reiterar que a apelante é uma cooperativa de crédito, ou seja, uma instituição formada por indivíduos empenhados em somar esforços com o objetivo de se auxiliarem reciprocamente. Assim compreendido, impor o anonimato recíproco entre seus integrantes — que são, de fato, sócios entre si — é medida que contraria o espírito de união e

companheirismo, típico dessa modalidade de instituição.

Observa-se, de outro lado, que a Lei n. 5.764/71, que define a política nacional de cooperativismo, estabelece, em seu art. 15, *caput*, e inc. II, que o ato constitutivo da cooperativa deverá indicar o nome e o endereço dos sócios fundadores, assim enunciando *in verbis*:

“art. 15. O ato constitutivo, *sob pena de nulidade*, deverá declarar:

[...]

“II — o nome, nacionalidade, idade, estado civil, profissão e residência dos associados, fundadores que o assinaram, bem como o valor e número da quota-parte de cada um” (grifou-se).

Mesmo porque, a teor do disposto no art. 18 do CC/1916, reafirmado pelo art. 45 do CC/2002, conjugado com o art. 114 da Lei n. 6.015/73, para que a instituição adquira personalidade jurídica deverá ser efetuado o registro público do respectivo ato constitutivo.

Portanto, tratando-se a apelante de instituição com personalidade jurídica (CNPJ n. 78.858.107/0001-62), conclui-se que o competente ato constitutivo já foi levado ao registro público, dando-se, com isso, ampla publicidade de seu teor a qualquer indivíduo, inclusive o rol de nomes e endereços dos sócios fundadores que, como se viu, deve constar daquele documento sob pena de nulidade.

Com isso, quer-se demonstrar que a lei não privilegiou o anonimato

ao definir o regime jurídico das cooperativas. Ao contrário, estabelece como regra a divulgação do quadro de associados, chegando a cominar nulidade do ato constitutivo se dele não constar a respectiva listagem.

Não bastasse isso, esclareceu o autor, de forma expressa, pretender ter acesso à relação dos associados para que tenha condições de viabilizar uma possível candidatura aos cargos eletivos da cooperativa apelante.

E vedar-lhe o acesso às informações necessárias significaria, acima de tudo, afrontar o princípio cooperativista de gestão democrática, já que seriam diminuídas, senão totalmente frustradas, as possibilidades de contatar eleitores para apresentar suas propostas e, mesmo, para integrar a chapa que pretende formar.

Caso a exibição não fosse determinada, tal privilégio restringir-se-ia apenas aos integrantes da atual diretoria que, eventualmente, pretendem concorrer à reeleição, possuindo estes vantagem indevida sobre as demais chapas.

De todo modo, é preciso ponderar que, por força deste provimento, as informações buscadas estão sendo liberadas tão-somente ao autor apelado, que é integrante da associação e possui legítimo direito de conhecer seus sócios, não havendo no regimento interno da instituição qualquer cláusula que disponha em contrário.

Em casos assemelhados, o Tribunal de Justiça de São Paulo já deixou consignado:

“Sindicato — Fornecimento de dados.

“Não pode o sindicato omitir-se no fornecimento da lista de seus sindicalizados, a fim de impedir formação de outra chapa para participação de eleição da categoria. Decisão que assim se orienta, correta. [...]” (Ap. Cív. n. 123.304.4/0, rel. Des. Márcio Marcondes Machado, j. em 7-5-2002).

“O fundamento do recurso é relevante, pois o agravante, como integrante do conselho deliberativo e tencionando concorrer às próximas eleições (novembro de 2002), tem o direito de conhecer, previamente, a relação dos prováveis eleitores e se eles votaram no pleito anterior.

“Trata-se de pretensão legítima, que assegura tratamento igualitário aos concorrentes e se harmoniza com processo eleitoral democrático, princípio que deve inspirar a administração de associação dessa natureza” (Al n. 258.290.4/4, rel. Des. Paulo Hungria, j. em 20-8-2002).

Por fim, mister salientar não ignorar-se a situação exposta na petição de fl. 138, protocolada pelo apelado em 3-6-2003, noticiando que as eleições para as quais pretendia ele se candidatar já se realizaram.

Entretanto, no mesmo petítório, o apelado acentua a aproximação de novo pleito eleitoral, bem como permanece o seu interesse em compor chapa para a vindoura disputa eletiva. Reiterando, por isso, os termos do pedido efetuado na inicial.

Remanesce vivo, então, o objeto da ação.

À vista do exposto, portanto, é de se negar provimento ao recurso interposto, mantendo-se incólume a sentença que determinou a divulgação ao apelado da listagem dos associados e respectivos endereços, de modo a viabilizar uma possível composição de chapa para concorrer às próximas eleições da cooperativa apelante.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao reclamo recursal manifestado pela Cooperativa demandada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 2 de setembro de 2004.

*Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.023080-7, DA CAPITAL**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Apelação cível — Ação ordinária para apuração de haveres dos sócios excluídos — Reconvencção — Rescisão contratual decretada e conseqüente dissolução da sociedade em face do reconhecimento do dolo praticado por um dos sócios em total prejuízo aos demais sócios (inteligência do art. 21 do Código Civil/1916 c/ c art. 336, n. 3, do Código Comercial e art. 92 c/c art. 147, II, do CPC) — Escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios — Falta de prova do pagamento do imóvel — Ato jurídico passível de anulação (art. 378 c/c art. 379 do CPC — Art. 23, n. 3, do Código Comercial e art. 92 c/c art. 147, II, do CPC) — Anulabilidade decretada — Restituição do imóvel aos apelantes em condições de uso, ressalvado o desgaste natural provocado pelo tempo — Ação de reconvencção — Procedência parcial — Danos morais comprovados — Indenização devida (art. 5º, inc. X, da Constituição Federal) — Perdas e danos evidenciados (art. 1.059 do Código Civil/1916). Recurso provido em parte.

A exclusão dos sócios minoritários dos quadros sociais da empresa, por iniciativa do sócio majoritário, está agasalhada em nosso sistema legal.

Entretanto, provado o dolo praticado pelo sócio majoritário, com o claro objetivo de assenhorar-se do patrimônio então pertencente a um dos sócios minoritários e não havendo prova do pagamento pela aquisição do imóvel objeto de Escritura Pública de Cessão e Transferência, o ato jurídico é passível de anulação, devendo tal providência ser decretada a pedido dos reconvintes.

Havendo prova inequívoca da pratica de atos lesivos à dignidade e honra do ser humano, resta caracterizado o dano moral (art. 5º, inc. X, da CF).

As perdas e danos deverão ser indenizados com base no art. 1.059 do Código Civil/16.

Vistos, relatados e discutidos | *2003.023080-7, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes estes autos de Apelação Cível n.*

Juan Carlos Ramon Tarrío e Eugênia Liliansa Abut, sendo apelados Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível proposta por Juan Carlos Ramon Tarrío e Eugênia Liliansa Abut contra sentença prolatada em ação ordinária para apuração de haveres dos sócios excluídos de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, proposta por Contacta do Brasil Empreendimento Ltda., Dario de Forteza e Carlos Alberto Pereira da Silva contra os apelantes, cujo feito foi julgado procedente, excluindo-os da sociedade.

Os apelantes iniciam dizendo que em 1985 construíram 6 cabanas sobre um terreno localizado em Ponta das Canas nesta Capital, com área de 1.358,77m². Dito imóvel foi adquirido pela segunda apelante Eugênia Liliansa Abut em 1971. Que administravam o empreendimento (pousada) e residiam no próprio imóvel, na companhia de 3 filhas do casal.

Seguem argumentando que no ano de 1988 foram apresentados ao primeiro apelado Dario de Forteza que lhes acenou com proposta para construção de um empreendimento ainda

maior — um hotel. Para tanto, em 29-7-1988, constituíram uma empresa denominada Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda., na qual o Sr. Dario aparecia como sócio majoritário, detendo 80% das cotas sociais, e os apelantes, cada qual, 10% do restante do capital social. Que o objetivo da referida empresa era o de exploração no ramo de construção civil, incorporação, venda e administração de imóveis, comercialização de cotas por tempo compartilhado e empreendimentos turísticos.

Para a viabilização do novo empreendimento a ser edificado sobre o terreno pertencente à Sra. Eugênia, em 20-10-1988 foi lavrada Escritura Pública de Cessão e Transferência de Direitos Possessórios (fl. 10), na qual consta como cedente Eugênia Liliansa Abut e cessionária Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. Referida transferência de propriedade se deu de forma gratuita, ou seja, sem qualquer ônus para a empresa Contacta ou mesmo para o Sr. Dario (1º apelado). Em troca, o Sr. Dario de Forteza ficaria responsável pela construção do novo edifício, incluindo o pagamento das despesas com projetos, profissionais envolvidos na construção e materiais.

Em 27-2-89, a fim de captar recursos financeiros para desenvolver o empreendimento, o Sr. Dario de Forteza mandou elaborar um contrato de *Joint Venture* entre a empresa Contacta S.A., sediada em Buenos Aires, representada pelo seu Diretor Presidente Dario de Forteza, os ape-

lantes e a empresa Contacta do Brasil Empreedimentos Ltda.

A partir desse momento, o Sr. Dario teria passado a “infernizar” os apelantes, até que, em 1991, os excluiu da sociedade sob o argumento de justa causa pela má administração do empreendimento, diante da falta de pagamentos referentes ao INSS, Alvará da Prefeitura, salários dos empregados (2 funcionários), falta de entrega do Imposto de Renda Pessoa Jurídica de 1988, 1989 e 1990.

Encaminhada a alteração contratual à Junta Comercial em 4-10-91, o pedido foi deferido e efetivada a alteração contratual, sendo arquivada em 10-10-91.

Ao final, apontam omissão na sentença vergastada e falta de julgamento da reconvenção, pugnando pela sua procedência.

Anteriormente à ação ordinária e a ação de reconvenção até aqui relatada foi proposta ação cautelar inominada de cunho preparatório, aforada pelos apelados contra os apelantes. Concedida medida liminar *inaudita altera pars*, foi imitado um novo sócio na administração da sociedade. Citado, o primeiro apelante Juan Carlos apresentou contestação, argüindo, em preliminar, ilegitimidade passiva *ad causam*, carência de interesse processual e inépcia da inicial. No mérito, em síntese, trouxe à baila toda a questão objeto de apreciação do processo principal.

Também em apenso encontram-se outras ações cautelares, a seguir descritas:

Ação Cautelar n. 259/93, de entrega de documentos contábeis da Empresa Contacta, movida pelos apelantes contra os apelados, extinta sem julgamento de mérito, art. 267, II, do CPC.

Ação Cautelar n. 31/93, de atentado, proposta por Juan Carlos Ramon Tarrío contra Contacta do Brasil Empreedimentos Ltda., extinta sem julgamento de mérito, art. 267, VIII, do CPC.

Ação Cautelar 586/91, de reintegração de posse, extinta com julgamento de mérito desde 1991.

Preparados e processados, ascenderam os autos a esta superior instância.

É o relatório.

II — Voto

O recurso é tempestivo, não havendo nenhum fato impeditivo, extintivo ou modificativo de direito.

Após uma minuciosa análise dos fatos e documentos lançados nos autos, conclui-se pelo provimento parcial da apelação. Justifica-se!

Antes de se adentrar no mérito da *quaestio*, há necessidade de se fazer uma síntese de todo o ocorrido, sob a ótica deste Sodalício.

Em 1971, a segunda apelante Eugênia Liliana Abut adquiriu um terreno (fl. 146), no qual ela e seu companheiro Juan Carlos Ramon Tarrío (primeiro apelante), segundo restou

comprovado pelos documentos de fls. 148 a 187, a partir de 1985 até meados de 1987, construíram 6 (seis) unidades habitacionais, explorando-as para pousadas, das quais retiravam o seu sustento e de suas filhas.

Em julho de 1988, os apelantes e o segundo apelado Dario de Forteza constituíram a empresa Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. (fls. 214 a 216), ora apelada, com a intenção de construir um novo empreendimento no terreno no qual estavam edificadas as pousadas.

No contrato social de criação da referida empresa, o Sr. Dario aparece com 80% do capital social, embora mais tarde tenha transferido outros 10% para os apelantes. Restando, portanto, 30% do capital social da empresa recém-criada Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. em favor dos apelantes. Para a integralização do capital social daquela empresa, a segunda apelante transferiu o terreno para Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda., por Escritura Pública lavrada em 20-10-1988 (fl. 10), pelo valor de Cz\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil cruzados). Não obstante o fato de a escritura consignar a plena quitação do imóvel, no mesmo dia (20-10-88) as partes firmaram um contrato particular de compromisso de compra e venda (fls. 11 a 13), cujo objeto foi o mesmo terreno descrito naquela escritura, pelo valor de Cz\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil cruzados), representado por notas promissórias (fls. 428 a 431) a serem pagas nas seguintes datas:

Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados) na data da assinatura do contrato;

Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados) em 1º-11-88;

Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados) em 1º-12-88;

Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados) em 1º-1-89;

Cz\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzados) em 1º-2-89;

Cz\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzados) em 1º-3-89.

A fim de desenvolver o empreendimento idealizado, em 27-2-89, os litigantes firmaram um contrato de *Joint Venture* (fl. 238 a 255), no qual, em sua cláusula 2ª (fl. 239), previa a construção de um edifício a ser levantado no terreno objeto desta demanda. Referido contrato foi firmado entre a empresa Contacta S.A., com sede em Buenos Aires, sendo representada pelo seu Presidente Dario de Forteza, o casal apelante e Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. (apelada).

Por esse contrato, ficou pactuado entre os contratantes as seguintes atribuições (fls. 239 a 241):

Contacta S.A. — a) contratação, formação e capacitação de pessoal de vendas na República Argentina; b) assessoramento em comercialização e organização do esquema produtivo na área de vendas e administração do sistema de tempo compartilhado projetado; as tarefas inerentes ao lançamento do produto, publicidade e comercialização (em curso).

Dario de Forteza: a) Projeto e planejamento geral do empreendimento; b) contratação de pessoal técnico na área jurídica, contábil e de arquitetura; c) gestão de aprovação do projeto edilício pelas autoridades do lugar de localização da obra; d) captação de capital para aplicação em despesas e gastos gerais do empreendimento; e) adiantamentos de numerário em favor da Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. destinados ao pagamento por conta de futuros benefícios que, na qualidade de sócios, possam corresponder aos senhores Juan Carlos Ramon Tarrío e Eugênia Liliãna Abut; f) pagamento de honorários por assessoramento técnico jurídico, contábil e do projeto arquitetônico, bem como honorários, despesas fiscais e taxas devidas na confecção e apresentação de planos e demais documentação técnica necessária à aprovação da obra projetada.

Juan Carlos Ramon Tarrío e Eugênia Liliãna Abut: 1) prestação de trabalho pessoal das tarefas de vigiância, controle da obra, manutenção e toda tarefa ou serviço imprescindível, necessário ou útil aos fins do desenvolvimento do projeto ou seu funcionamento normal.

Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda.: 1) construção do projeto edilício, decoração e provisão de seus móveis, instalações e equipamento geral.

Consta, ainda, às fl. 241 do Contrato de *Joint Venture*, que: “A título de exceção, a para os efeitos de cobrir gastos pessoais dos senhores

Juan Carlos Ramon Tarrío e Eugênia Liliãna Abut, o senhor Dario de Forteza fornecerá a quantia de trinta e seis mil dólares estadunidenses (U\$S 36.000,00), a serem creditados de modo indivisível e nos termos do artigo 701 do Código Civil, em quotas mensais, iguais e sucessivas de mil dólares (U\$S 1.000,00), a partir do mês de agosto de 1988”.

Pelo que consta dos documentos de fls. 256 a 264, o projeto para construção do novo empreendimento foi levado a efeito, com aprovação da Prefeitura Municipal, e edificação incompleta do primeiro dos dois blocos projetado para execução. A título de conhecimento, o novo empreendimento denominar-se-ia *terrazas del sol*.

Segundo “Laudo de Vistoria” apresentado por engenheiros (fls. 258 e 259), como dito acima, o primeiro módulo foi executado de forma incompleta, faltando vários acabamentos. Pela planta de fls. 263, observa-se que o segundo módulo não foi executado, ficando, portanto, apenas no projeto.

Pelos documentos de fls. 267 a 321, observa-se que nesse período as cabanas construídas entre 1985 e 1987 funcionaram plenamente. Observa-se, ainda, que os pagamentos mensais de U\$S 1.000,00 (mil dólares estadunidenses) foram feitos pelo Sr. Dario de Forteza até o mês de dezembro/90, totalizando U\$S 29.000,00 (vinte e nove mil dólares estadunidenses). Após essa data, dos autos extrai-se que em 2-10-91 o apelado Dario de Forteza registrou boletim de ocorrência (fl. 18 da cautelar

em apenso), comunicando à autoridade policial o fato de ter sido impedido pelo Sr. Juan Carlos Ramos Tarrío de adentrar no Condomínio Terrazas del Sol. Ato contínuo, em 4-10-91, pela alteração contratual (fls. 15 e 16 da cautelar em apenso), o sócio majoritário Dario de Forteza exclui por justa causa o casal apelante dos quadros sociais da Empresa Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda.

Os apelantes, em todas as suas manifestações, aduzem terem sido vítimas do Sr. Dario de Forteza, alegando que este teve como único objetivo apoderar-se da propriedade do terreno e das cabanas construídas pelos primeiros.

Com razão os apelantes.

Inicia-se dizendo não se tratar os autos de uma simples ação ordinária para apuração de haveres dos sócios excluídos, como pretenderam os apelados. Trata-se, na verdade, de uma dissolução contratual na forma pleiteada na peça de reconvenção.

Outro fato de alta indagação a ser objeto de análise refere-se à transferência do terreno para a empresa apelada, cujo ato jurídico, viciado pelo dolo do negócio levado a efeito por culpa do apelado Dario Forteza, deve ser declarado anulável.

Na verdade, o Sr. Dario Forteza em momento algum teve a intenção de levar adiante o pactuado nos contratos. Suas atitudes demonstram claramente a intenção de apoderar-se do patrimônio pertencente aos apelados, com a exclusão desses últimos dos

quadros sociais da empresa Contacta do Brasil. Não fosse assim, teria feito todo o esforço necessário para que o novo empreendimento fosse construído. Ao contrário, no decorrer de 1988 até o verão de 1990/1991, vendeu por meio de sua empresa sediada na Argentina (Contacta S.A.) pacotes para turistas daquele país hospedarem-se nas pousadas. No decorrer desse período, mantinha os apelados trabalhando para ele Dario, no atendimento aos turistas, remetendo o valor de U\$S 1.000,00 (mil dólares estadunidenses) mensais para que os apelados conseguissem sobreviver. Nessa mesma oportunidade, iniciou a construção do primeiro e menor bloco de apartamentos. Obra esta que restou inacabada. A partir de janeiro de 1991 deixou de enviar o dinheiro pactuado em contrato (U\$S 1.000,00) para os apelados, deixando-os à míngua, pois todos os negócios de venda das pousadas eram realizados em Buenos Aires, não dispondo os apelantes de recursos para a sua manutenção. Tanto é verdade, que o balanço de venda das pousadas repousa às fls. 432 a 461, documentos que o Sr. Contador da empresa apelada Contacta do Brasil diz nunca ter recebido (fl. 627). Como dito antes, os pacotes turísticos eram vendidos na Argentina, e naquele país o dinheiro permanecia na posse da empresa Contacta S.A., ou seja, com o Sr. Dario de Forteza.

Por ter o sócio apelado Dario de Forteza, utilizando-se de dolo, dado causa ao não-cumprimento do objetivo social da empresa, qual seja, “incorporação, venda e administração de

imóveis, quotas de unidades por tempo compartilhado e empreendimento turístico”, a rescisão contratual é medida que se impõe, atendendo-se o pleito formulado na reconvenção, cuja peça não foi objeto de contestação.

Para melhor esclarecimento, servimo-nos a seguir das lições do Mestre Washington de Barros Monteiro acerca do conceito e características do dolo:

“Se, porém, o dolo só aparece na esfera civil, intervindo na efetuação de um ato jurídico para viciar o consentimento do agente, ele é civil e sua sanção é a *anulabilidade*, pena cominada pelo art. 92, combinado com o art. 147, n. II, um e outro do Código Civil (grifo nosso).

“Em sentido amplo, dolo civil é todo artifício empregado para enganar alguém (*dolus est consilium alteri nocendi*). Excepcionalmente, pode ter fim lícito, elogiável e nobre, por exemplo, quando se induz alguém a tomar remédio, que recusa ingerir, e que, no entanto, lhe é necessário. O mesmo acontece quando ardilosamente se procura frustrar plano de um inimigo ou assassino. A estas armas de defesa o jurisconsulto romano atribuía o nome de *dolus bonus*, por oposição ao *dolus malus*, consistente no emprego de manobras astuciosas destinadas a prejudicar alguém.

“Em sentido restrito e técnico, dolo é, consoante definição de Clóvis, o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica, e apro-

veita ao autor do dolo ou a terceiro. Aceitável é, em princípio, essa definição, conquanto se ressinta de certa ambigüidade, como se verá mais adiante” (*in* Curso de Direito Civil, 1º vol., Editora Saraiva, 1999, p. 201).

A questão aqui aventada enquadra-se perfeitamente nas hipóteses do Código Comercial, que a respeito do tema dispõe:

“Art. 336. As mesmas sociedades podem ser dissolvidas judicialmente, antes do período marcado no contrato, a requerimento de qualquer dos sócios:

“1. mostrando-se que é impossível a continuação da sociedade por não poder preencher o intuito e fim social, como nos casos de perda inteira do capital social, ou deste não ser suficiente;

[...]

“3. por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios”.

Fábio Ulhoa Coelho sobre o assunto anotou:

“Sociedade comercial — Dissolução parcial — Discórdia grave entre os sócios — Rompimento da *affectio societatis* — Cabimento da dissolução pela impossibilidade de execução dos fins sociais — Arts. 336, n. 1, do Código Comercial, e 1.399, inc. III, do Código Civil — Apuração de haveres dos excluídos de forma mais ampla possível, em face dos fatos trazidos para os autos (falta de escrituração regu-

lar, apropriação de valores pela gerência e irregularidades fiscais) — Aplicabilidade, ademais, do art. 5º, inc. XX, da Constituição da República [...] — Voto vencido” (RJTJESP 132/245). Ensina o voto do relator, Des. Mohamed Amaro, que a discordância, como causa determinante da dissolução da sociedade, há de ser grave, a exemplo do que ocorre nos autos, em que cada litigante imputa ao outro fatos desairosos, acirrando os ânimos de parte a parte, em oposições irreconciliáveis e intransigentes, tornando impossível e impraticável a convivência e a harmonia, indispensáveis à persecução dos objetivos sociais” (Código Comercial e Legislação Complementar Anotados, 2ª ed., Saraiva, SP, 1996, p. 154 e 155).

Rubens Requião, a respeito das causas da dissolução judicial da sociedade, ensina que:

“O art. 336, n. 3, do Código, agrupa uma série de motivos determinantes da dissolução da sociedade, enunciando-se: *abuso*, que, segundo Ferreira Borges, é o mau uso, má aplicação (‘assim como os bons usos são a base da lei comercial, assim os abusos são a destruição do comércio’); *prevaricação*, que o mesmo autor considera equivalente a *barataria ou ribaldia* do capitão: ‘essas expressões num sentido restrito indicam toda a espécie de dolo, de maldade ou prevaricações, cometidas pelo capitão ou pela gente da tripulação’; *violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais*, ou *fuga* de algum dos sócios. Pelo sentido de

cada uma das expressões usadas, podemos classificá-las todas sob o único título de *inadimplemento de obrigações sociais*, em sentido amplo.

[...]

“Duquesnoy estudou o problema da inadimplência das obrigações do sócio, em face do direito francês, argüindo duas soluções: ‘a dissolução da sociedade por omissão de um dos sócios aos seus compromissos, e, de outro, a resolução de um contrato qualquer pela falta de cumprimento da parte de um dos contratantes, de suas obrigações’. E adverte: ‘a dissolução, na hipótese que examinamos, tem o mesmo fundamento jurídico que a rescisão. Nos dois casos, uma das partes invoca a inadimplência da outra, sustentando que suas próprias obrigações carecem de razão, e solicita, em consequência, a ruptura dos compromissos que a ligam à faltosa. Todas as duas devem resultar de uma sentença judicial, devendo o tribunal apreciar a gravidade da falta imputada a romper os laços contratuais somente se houver motivo suficiente e legítimo’.

[...]

“É claro que a perda de confiança, devido a *abusos ou prevaricações*, não caracteriza a desinteligência, de que ora tratamos. Tais causas podem ocasionar desacordo ou inimizade entre os sócios, porém a dissolução não se dará em virtude da desinteligência, mas em consequência daqueles fatos, que estudamos no número anterior, decorrentes do art. 336, n. 3.

“Tornou-se, destarte, necessária a intervenção complementar da exegese doutrinária e jurisprudencial, diante da omissão do Código. A jurisprudência movimentou-se desde o século passado para suprir a lacuna. Clóvis Beviláqua, no campo doutrinário, aludindo ao direito civil onde impera igual silêncio, disse que ‘a simples desinteligência entre os sócios não é motivo suficiente para a dissolução forçada’, dando a entender, a *contrario sensu*, que a grave o é.

“Nos Aditamentos ao Código Comercial, Teixeira de Freitas anota aresto da Corte, em que o sócio, embora tendo alegado e provado desinteligência, não provou quanto bastasse para ser decretada a dissolução em juízo. Para isso, segundo o julgado, ‘ainda lhe cumpria alegar e provar que era impossível a continuação da sociedade *por não poder preencher o intuito e o fim social*, como requer o art. 336, alínea 1, do Código’.

“O entendimento é de profundo sentido e efeito doutrinário. A divergência entre os sócios por si não gera a dissolução; esta ocorrerá quando motivar a impossibilidade de a sociedade atingir o fim social. Como comentava Troplong, ‘a união faz a força’, mas a discórdia arruína as melhores empresas. A discórdia entre os sócios é então causa grave de dissolução.

“A dissolução será decretada não devido à desinteligência entre os sócios propriamente, mas porque esse fato impede o prosseguimento da sociedade para atingir aos seus fins (art.

336, alínea 1). A pureza dessa doutrina se refletiu no acórdão do Supremo Tribunal Federal, que decidiu: ‘A discórdia entre os sócios *pode tornar-se* causa determinante da inexecutabilidade do fim social, justificando a dissolução da sociedade’ (n. 487, *supra*)” (*in* Curso de Direito Comercial, 2º vol., Editora Saraiva, 1995, p. 274 a 278).

No mesmo sentido, Fran Martins:

“c) a impossibilidade da continuação da sociedade por não preencher o seu fim social. [...] A sociedade tem por finalidade realizar atos de comércio com o intuito de obter lucros para mais tarde serem divididos entre os sócios. Muitas vezes, contudo, surgem motivos que impedem a realização do objeto social como, entre outros, no caso citado pela lei, de haver perda total do capital ou de tornar-se esse insuficiente para que a sociedade tenha possibilidade de realizar seu fim. Em tais condições, qualquer dos sócios poderá requerer a dissolução parcial da sociedade, já que perdurar no intento será prejudicial aos seus interesses ou de terceiros que com ela contratam.

[...]

“e) abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais, ou fuga de algum dos sócios. O código arrola, no n. 3 do art. 336, vários fatos que podem provocar a dissolução judicial da sociedade, a requerimento de qualquer dos sócios. Não apenas esses, mas outros ainda

podem dar lugar a essa forma de dissolução. Cabe, porém, ao juiz examinar cada caso de *per se* para verificar se realmente serve ele de motivo para que a sociedade se dissolva. Razões fúteis não podem ser levadas em consideração, mas é o juiz quem deve julgar do mérito das mesmas. Já dizia Clóvis Beviláqua que simples desinteligência entre os sócios não é motivo suficiente para a dissolução forçada; mas a jurisprudência, sobre o mesmo assunto, acrescenta que quando as desinteligências entre os sócios são de tal vulto que impedem a continuação da sociedade, constituem causa de dissolução, “ficando ao critério do juiz verificar se essas desinteligências são ligeiras ou constituem incompatibilidade absoluta”. E assim, o juiz que deve examinar as razões apresentadas para a dissolução, tendo sempre em vista que a sociedade deve estar acima dos interesses particulares dos sócios, pois a sociedade tem papel relevante na coletividade, já que vive a assumir obrigações para com terceiros que, de forma alguma, devem ser prejudicados na sua boa-fé” (Curso de Direito Comercial, 22ª ed., Forense, RJ, 1997, p. 295 e 297).

“Comercial — Dissolução de sociedade de responsabilidade limitada em face da violação do princípio da *affectio societatis* — *Quantum* devido ao sócio retirante — Matéria de fato (Súmulas 5 e 7). I — Na dissolução de sociedade de responsabilidade limitada, a apuração de haveres, no caso de sócio retirante ou pré-morto, ou ainda por motivo da quebra da *affectio societatis*, há de fazer-se como

de dissolução total se tratasse, posto que, segundo a jurisprudência do STJ, essa linha de entendimento tem por escopo preservar o *quantum* devido ao sócio retirante, que deve ser medido com justiça, evitando-se, de outro modo, o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes. II — Matéria de fato não se reexamina em sede de Especial (Súmulas 5 e 7 — STJ). III — Recurso não conhecido’ (Ac. un. da 3ª T. do STJ, REsp n. 38.160-6/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 9-11-93; Recls.: Usina Zanin Açúcar e Álcool Ltda. e outros; Recdos.: Luiz Caetano Zanin e outro, DJU I 13-12-93, p. 27.457, ementa oficial)” Repertório IOB de jurisprudência, 2ª quinzena de janeiro de 1994, n. 2/94, p. 24).

“A fim de que a apuração de haveres dos sócios que se retiram da sociedade comercial represente preço justo deve ser considerada a realidade econômica da empresa, ao invés de tão-somente levantar-se referido valor com base na proporção direta entre o capital retirante e o último balanço aprovado” (RT 615/81).

“Sociedade comercial. Retirada de sócio. Apuração dos haveres.

“A apuração dos haveres sociais há de ser feita da forma mais completa possível, via balanço especial que contemple os valores reais e atuais do patrimônio social, incluídos todos os bens materiais e imateriais, como se dissolução fosse. Correta exegese da cláusula contratual que trata da matéria” (RJTJRGs 155/280).

Diante do exposto, constatada a falta de cumprimento da obrigação contratual e o dolo praticado pelo sócio Dario de Forteza na constituição da sociedade, e caracterizando-se este último como um ato jurídico anulável, nos termos do art. 92 c/c art. 147, II, do Código Civil/1916, a rescisão contratual e conseqüente dissolução da sociedade é medida que se impõe, forte no art. 21 do Código Civil c/c art. 336, n. 3, do Código Comercial, atendendo-se em parte o pedido formulado na reconvenção, em face da impossibilidade da realização do objeto social da pessoa jurídica Contacta do Brasil.

Do terreno de fl. 10 e suas benfeitorias

Alegam os apelantes o fato de o terreno objeto da Escritura de fl. 10 ter sido objeto de transferência sem ônus. Razão lhes assiste!

Assim como o contrato social havido entre os litigantes está maculado com o vício do dolo praticado pelo Sr. Dario de Forteza, a transferência do terreno descrito à fl. 10 também deverá ser anulada, diante da falta de prova do respectivo pagamento.

Observa-se pelo documento de fl. 362, o qual não restou impugnado pelos apelados, que no dia 27-7-88 o casal apelante e o Sr. Dario Forteza pactuaram a cessão do terreno de fl. 10 *sem encargo* em favor da apelada Contacta do Brasil, cujo contrato social foi formalizado dois dias após, ou seja, em 29-7-98. Posteriormente, em

20-10-88, foi lavrada Escritura Pública de transferência do suso dito terreno, na qual aparece como cessionária a empresa Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. e cedente a Sra. Eugênia Liliana Abut. Paralelamente, no mesmo dia (20-10-98), cessionária e cedente firmaram um contrato particular de compra e venda (fls. 11 a 13), no qual ficou estipulada a forma de pagamento do imóvel, conforme já descrito anteriormente, venda esta caucionada por notas promissórias de fls. 157 a 162 dos autos 579/91 em apenso.

Sem adentrarmos no fato de a Escritura e o Contrato de Compra Venda serem contraditórios no tocante à forma de pagamento do terreno, as notas promissórias não se prestam para provar a quitação do imóvel, como pretendem os apelados. Explíca-se!

Quem deveria pagar pelo terreno? Responde-se: Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda. Há provas da saída do dinheiro do caixa da empresa para o referido pagamento. Novamente responde-se: não há nenhuma prova desse pagamento. Toda a movimentação contábil da empresa cessionária está demonstrada nos autos, nos documentos de fls. 410 a 460, e não há nenhum indício de provas da saída dos recursos necessários para o pagamento das notas promissórias.

Os documentos de fls. 413/417/421/422/423 não servem para o fim almejado, ou seja, demonstrar o pagamento das promissórias, posto que desprovidos de certeza da quitação daqueles títulos.

Sobre os escritos em livros comerciais, a propósito do disposto nos artigos 378 e 379 do Código de Processo Civil, Ulderico Pires dos Santos leciona:

“Os livros comerciais — diz o texto examinado — provam contra o seu autor. Melhor seria se tivesse dito contra quem os mandou escriturar em cumprimento de suas obrigações comerciais ou quem o sucedeu no negócio e se tornou titular da escrituração da empresa. Essa eficácia probatória é imposta também pelo art. 23, 1, do Código Comercial.

“A regra é esta: o que estiver lançado nos livros mercantis, isto é, as operações comerciais que constarem de seu contexto constituem provas contra o comerciante. Como exceção, porém, a lei permite fazer a prova de que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos”.

Dita regra é perfeitamente compreensível e expressa raciocínio lógico, exato, porque não se pode admitir que o comerciante mande escriturar em seus livros as suas obrigações de modo diferente do qual foram constituídas. A exceção nos parece um despropósito, por permitir ao comerciante que contradiga o que registrou em seus livros comerciais, ou melhor, não se compreende que ele confesse *sponte sua* uma obrigação, mande consigná-la em seus livros, arquivos e depois negue o que neles documentou por vontade própria.

Mutatis Mutandis é de ver-se que a prova para arredar a legitimida-

de dos lançamentos mercantis há de ser inconcussa, isto é, inabalável, firme, rígida de caráter, porque em caso contrário não abalará os lançamentos feitos em livros comerciais.

Nesse aspecto, restou desconstituída a prova dos apelados para efeitos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, atentando-se para o disposto no documento de fl. 362, mais a controvérsia criada pelos documentos de fls. 10 a 13 e diante da falta de prova contábil da saída do dinheiro destinado ao pagamento do imóvel, reconhece-se que o terreno e as 6 (seis) cabanas objeto da Escritura de fl. 10 pertencem tão-somente à apelante Eugênia Liliانا Abut, devendo tais bens serem retirados do patrimônio social da apelada Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda., pois, de fato, a maior virtude do direito está em atribuir a cada um aquilo que realmente lhe pertence, uma vez que a justiça é a mãe da razão e da equidade.

O documento de fl. 10, viciado pelo dolo praticado pelo Sr. Dario de Forteza, diante do pedido consignado na reconvenção, deve ser reconhecido como anulável, decretando-se, por consequência, a anulabilidade do ato jurídico por ele levado a efeito.

Sobre o conceito de ato anulável e de anulabilidade, Maria Helena Diniz, *in* Dicionário Jurídico, vol. 1, Editora Saraiva, 1998, traz o seguinte:

“Ato anulável. *Direito civil*. É o inquinado de vício suscetível de lhe

determinar a ineficácia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se sua normalidade. Será anulável se for praticado por relativamente incapaz, sem estar devidamente assistido por seu legítimo representante, se estiver viciado por erro, *dolo*, coação, simulação ou fraude ou se a lei assim o declarar [...] (grifo nosso, p. 314).

“Anulabilidade. *Direito civil*. Sanção imposta pela norma jurídica que determina a ineficácia *ex nunc* de um ato ou negócio jurídico: a) [...]; b) viciado por erro, *dolo*, coação, simulação ou fraude; [...] (p. 216).

Quanto ao conceito doutrinário da anulabilidade do ato jurídico e seus efeitos, oportuna é a transcrição do comentário de Silvio Rodrigues, a seguir:

“*Casos de anulabilidade* — Duas são as hipóteses em que surge o ato anulável: quando é praticado por pessoa relativamente incapaz, e quando, a viciar o negócio jurídico, encontra-se um defeito tal como o erro, o *dolo*, a coação, a simulação ou a fraude.

“Note-se que, nesta hipótese, procura o legislador proteger um interesse particular, quer de pessoa que não atingiu ainda um pleno desenvolvimento mental, como o menor púbere ou o silvícola, quer de pessoa que tenha concordado em virtude de um vício de vontade, quer, ainda, de indivíduo que tenha sido ludibriado pela simulação ou pela fraude. Aqui o interesse social é mediato, de maneira que o ordenamento jurídico, conferindo

ação ao prejudicado, não toma qualquer iniciativa e se dispõe a validar o ato, se o interessado não promover sua anulação.

[...]

“*Efeitos da nulidade*. — Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam. Não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (CC, art. 158). O que vale dizer que as nulidades, quer absoluta, quer relativa, operam retroativamente, por expressa disposição da lei, atuando como se o ato malsinado jamais houvesse existido” (*in* Direito Civil, Parte Geral, vol. 1, Editora Saraiva, 30ª edição/2000, p. 294 a 298).

Da apuração do capital social referente ao patrimônio da apelada Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda.

Rescindido o contrato com a conseqüente dissolução social na forma descrita por este Sodalício, a liquidação da sociedade deverá seguir ao disposto no art. 344 do Código Comercial, atentando-se para as seguintes determinações:

1. As 6 cabanas deverão ser restituídas em condições de uso como estavam em julho de 1988, ressalvado o desgaste natural em decorrência do lapso temporal havido até o trânsito em julgado deste feito;

2. A edificação descrita à fl. 200 construída com recursos enviados pelo Sr. Dario de Forteza caracteriza-se como acessão, devendo este ser

indenizado por força do disposto no art. 547 do Código Civil/1916. Para efeitos de avaliação do referido bem, deverá ser elaborado um laudo de avaliação descrevendo as condições do prédio e o seu valor de mercado.

Das perdas e danos

Dispõe o art. 1.059 do Código Civil de 1916:

“Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Não há negar o fato de os apelantes terem ficado impossibilitados de auferirem os rendimentos a que estavam acostumados com a exploração das cabanas, por culpa exclusiva do apelado Dario de Forteza. Rendimento este que lhes garantia o sustento e permanência no Brasil.

Inegável, também, o fato de os apelantes terem sofrido perdas e danos ao deixarem de auferir lucros pela falta de disponibilidade das cabanas, cujos pacotes eram negociados na Argentina, e por lá o dinheiro ficava.

Portanto, o apelado Dario de Forteza deve ser condenado ao pagamento das perdas e danos em favor dos apelantes, a contar de 29 de julho de 1988 até o trânsito em julgado deste feito, tomando-se por parâmetro médio o documento de fl. 554, referente à utilização de 5 (cinco) cabanas, deduzidos os valores descritos nos recibos de fls. 112 a 149 (repasse mensal

de U\$S 1.000,00). Tudo devidamente corrigido de acordo com os índices expedidos pela douta Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina.

Dos danos morais

Reconhecida a atitude dolosa do Sr. Dario de Forteza, ao arquitetar todo um plano para assenhorar-se do patrimônio do casal apelante, fato que culminou com profundas transformações na vida desses últimos, obrigando a apelante Eugênia Liliansa Abut a retornar para Buenos Aires na companhia das 3 (três) filhas do casal, deixando nesta Capital seu companheiro, além dos dissabores aos quais foi submetido o primeiro apelante, inclusive levado diante da autoridade policial para prestar declarações, não há deixar de reconhecer o dano moral sofrido.

A principal meta da fixação do valor indenizatório, em sede moral, é desestimular a prática de reiterados desrespeitos. Não se trata de um *pretium doloris*, e sim de uma tentativa de confortar aquele ultrajado na sua intimidade pelo vexame a si imputado por meio de um montante apto a propiciar, ao menos parcialmente, uma satisfação equivalente ao dano gerado, uma vez que a idoneidade moral de um ser humano é traço incapaz de ser mensurado economicamente.

Para Ruy Stocco, “são figuras de ofensa ao sentimento de honra, em sentido estrito: a) difamação, que consiste na imputação de fato ofensivo à reputação de pessoa física ou jurídica, atingindo-a no conceito ou na

consideração a que tem direito; b) injúria, que consiste na ofensa à dignidade ou ao decoro, a saber, a expressão ultrajante, o termo pejorativo ou simplesmente a invectiva de conteúdo depreciativo” (*in* Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 4ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 427).

Como leciona Carlos Alberto Bittar, os “danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas” (Revista de Direito Civil, n. 74).

O mesmo autor assevera que “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera de subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Reparação civil por danos morais, n. 7, p. 41).

A respeito da matéria já ficou decidido que:

“A indenização por dano moral é arbitrável, pois, nada há dispondo a lei a respeito, não há critérios objetivos para cálculo e esse dano nada tem com as repercussões econômicas do ilícito (Lex 142/95).

Em síntese, conforme o sempre citado Yussef Said Cahali, “o arbitramento do *quantum* indenizatório do dano moral resultante da perda de membro da família, a ser feito pelo próprio juiz e ainda na fase de conhecimento do processo, é expressão subjetiva própria do convencimento judicante, fundado em circunstâncias objetivas reveladas no curso da ação” (ob. cit.) (fonte Revista da Esmesc/ Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina — Florianópolis: 2001, vol. 11).

Diante das circunstâncias descritas, arbitra-se indenização a título de danos morais em favor dos apelantes, a ser paga pelo Sr. Dario de Forteza em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com fundamento no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Da sucumbência

No tocante aos ônus da sucumbência, deverão estes ser suportados integralmente pelos apelados Dario de Forteza e Carlos Alberto Pereira da Silva, ou seja, pagamento das custas processuais, e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor dado à causa na ação ordinária (art. 20, § 4º, do CPC) e percentual de 20% sobre o valor da condenação, relativamente à reconvenção interposta (art. 20, § 3º, do CPC).

III — Decisão

Isso posto, por decisão unânime, dá-se provimento parcial ao recurso dos apelantes para: 1) julgar

improcedente a ação ordinária para apuração de haveres dos sócios excluídos e a Ação Cautelar Inominada n. 2003.023080-7 em apenso; 2) julgar procedente em parte a reconvenção para: a) acatar o pedido de rescisão contratual formulado na reconvenção e, por conseqüência, a dissolução da sociedade denominada Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda., com fundamento no art. 21 do Código Civil c/c art. 336, 3, do Código Comercial; b) reconhecer que o terreno descrito à fl. 10 e as 6 (seis) cabanas nele edificadas pertencem exclusivamente aos apelantes; c) diante da anulabilidade da Escritura de fl. 10, evidenciado o vício de dolo na forma do art. 92 c/c art. 147, inc. II, do Código Civil, o ato jurídico por ela levado a efeito, de cessão e transferência de direitos possessórios, deve ser declarado anulável, com a efetiva reintegração de posse em favor dos apelantes; d) condenar o apelado Dario de Forteza ao pagamento da indenização a título de danos morais e perdas e danos na forma descrita no corpo do acórdão; e) os apelantes deve-

rão indenizar o apelado Dario de Forteza no tocante à edificação descrita à fl. 200, de acordo com o descrito no corpo deste acórdão; f) a restituição em favor dos apelantes das 5 cabanas, em condições de uso como estavam em julho de 1988, ressalvado o desgaste natural, até o trânsito em julgado desta demanda; g) condenar os apelados, salvo a Empresa Contacta do Brasil Empreendimentos Ltda., ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor dado à causa na Ação Ordinária n. 698/91 (art. 20, § 4º, do CPC) e 20% sobre o valor da condenação na ação de reconvenção (art. 20, § 3º, do CPC).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 23 de setembro de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.012571-7, DE ITUPORANGA

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Pedido de restituição de mercadorias arrimado no § 2º do art. 76 c/c art. 166 da Lei de Quebras. Venda a crédito na quinzena precedente à impetração de concordata preventiva. Sentença terminativa. Perda de objeto não ocorrente. Cassação. Julgamento imediato, forte no § 3º do art. 515 do CPC. Transformação e alienação das mercadorias no curso da reclamação restitutiva. Pedido julgado procedente, com a devolução em dinheiro, nos termos do § 2º do art. 78 da LF.

O pedido de restituição das mercadorias vendidas a crédito na quinzena antecedente à impetração de concordata preventiva pressupõe que estas ainda não foram alienadas pelo reclamado, nos termos do § 2º do art. 76 da LF, cabendo-lhe a prova dessa alienação. Assim, se a comercialização, por ele, já houver ocorrido, cumpre ao credor habilitar-se enquanto quirografário. Mas se a comercialização se der no curso do procedimento de restituição, não há cogitar perda de objeto do reclamo, impondo-se, antes pelo contrário, a determinação de que a devolução se proceda em dinheiro, à luz do § 2º do art. 78 também da Lei de Falências.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.012571-7, da comarca de Ituporanga, em que é apelante Schwanke Indústria Têxtil Ltda., sendo apelada Confecções Léia Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, cassar a sentença, e, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC, julgar procedente o pedido de restituição, determinando que a faça em dinheiro, pelo valor atualizado da venda originária, documentado à fl. 8.

Custas de lei.

I — Relatório

Nos autos da Concordata Preventiva de n. 056/94, promovida por Confecções Léia Ltda., Schwanke Indústria Têxtil Ltda. formulou pedido de restituição de mercadorias, forte nos arts. 76 e 166 da Lei de Falências.

Sustentou que, em razão de uma venda comercial a prazo enredando as partes, entregou à ora

concordatária, nos 15 dias anteriores ao requerimento da concordata, as mercadorias constantes da Nota Fiscal/Fatura n. 018960, emitida em 25-1-94.

Requeru, assim, a expedição de mandado de restituição das mercadorias em espécie, ou, acaso não as encontrem, a condenação da demandada ao pagamento em dinheiro do valor correspondente.

Citada, Confecções Léia Ltda. contestou afirmando que as mercadorias destinavam-se à confecção de calçados e que a aquisição se deu em data anterior ao pedido de concordata; alegou que a mercadoria já havia sido completamente utilizada, não sendo possível sua restituição.

Sobreveio a decisão de fls. 24 e 25, a qual, considerando a utilização dos produtos e, pois, a impossibilidade de suas devoluções, e noticiando ainda a quebra da empresa ré, julgou extinto o processo, por falta de objeto. Ponderou o Togado que o crédito, em rigor, deveria incluir-se na falência como quirografário, mas que

“não há necessidade de inclusão naquela relação, pois conforme se observa à fl. 22 do processo principal, o valor ora mencionado, já está incluído entre os débitos da requerida”.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação aduzindo que seu crédito não pode ser incluído na falência apenas como quirografário, pois se trata de crédito privilegiado; que o desaparecimento do bem, em função do consumo, obriga a concordatária a devolver a importância respectiva, com correção monetária, invocando a Súmula 495 do STF.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos a esta Casa.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por seu procurador, manifestou-se pela remessa dos autos à origem, ante a ausência de intimação do Ministério Público. Cumprida a diligência e retornando os autos àquela Instituição, o Dr. Raul Schaefer Filho opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

II — Voto

Como prólogo, cumpre transcrever excerto da fundamentação entornada pelo Magistrado *a quo* quando da prolação da sentença:

“[...] face o tempo transcorrido até a manifestação da devedora, mais de sete meses e, não existindo dúvidas de que o produto vendido pela autora era matéria-prima que era utilizada pela requerida na fabricação de chinelos, facilmente se conclui que os

produtos já foram utilizados e que, desta forma, não é possível a restituição do produto, devendo ser, neste caso, restituído o valor monetária (*sic*), nos termos da Súmula 495 do STF.

[...]

“Finalmente, menciono que nesta data decretei a quebra da empresa requerida e, sendo assim, não existindo mais as mercadorias vendidas, devendo ser restituído o valor monetário, não é mais possível o deferimento do pedido inicial mas, tão-somente, a determinação que o crédito seja incluído como quirografário na falência (REsp n. 5.925/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, STJ, DJU 15-4-91, p. 4.299), contudo, não há necessidade de inclusão naquela relação, pois, conforme se observa à fl. 22 do processo principal, o valor mencionado, já está incluído entre os débitos da requerida.

“Assim, o presente procedimento perdeu seu objeto, pois não é mais possível a restituição das mercadorias e o crédito já está habilitado na concordata preventiva.

“Diante do exposto, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, por falta de objeto, julgo extinto o presente processo”.

Justamente contra essa decisão, insurge-se a recorrente argumentando que, sem embargo da transformação e alienação, no curso do procedimento, das matérias-primas vendidas a crédito, o valor correspondente lhe deve ser pago em dinheiro, nos termos do § 2º do art. 76 do Decreto-

Lei n. 7.661/45. De tal sorte, pugna pela reforma da decisão que o remeteu para cobrança no juízo universal da falência, na qualidade de credor quirografário.

Exame acurado dos autos, em cotejo com os dispositivos legais aplicáveis à espécie, denota que a decisão monocrática terminativa não merece manutenção.

Fácil é perceber que o espírito que informa a estatuição restitutiva propende a resguardar a boa-fé do vendedor, presumindo o intuito lesivo da empresa que, dentro de quinze dias da aquisição a crédito, formula pedido de concordata preventiva. O que se ambiciona é obstar que comerciantes em condições econômicas precárias, conhecedores das objeções ao resgate das obrigações porvir, valham-se de imposturas na aquisição de mercadorias a prazo, aumentando “ficticiamente o ativo” e preparando “meios para obter uma concordata e cumpri-la eficazmente” (Francisco Raitani. Falência e Concordata. São Paulo, Saraiva, 1948, p. 120).

A pretexto ilustrativo, traz-se à colação os dispositivos legais aplicáveis à espécie, notadamente os arts. 76, § 2º, 78 e § 2º, e 166 todos da Lei de Falências:

“Art. 76. Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

[...]

“§ 2º Também pode ser reclamada a restituição das coisas vendi-

das a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienados pela massa.

[...]

“Art. 78. O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa, que será restituída em espécie.

“§ 1º Se ela tiver sido subrogada por outra, será esta entregue pela massa.

“§ 2º Se nem a própria coisa nem a sub-rogada existirem ao tempo da restituição, haverá o reclamante o valor estimado, ou, no caso de venda de uma ou outra, o respectivo preço. O pedido de restituição não autoriza, em caso algum, a repetição de rateios distribuídos aos credores.

[...]

“Art. 166. Ressalvadas as relações jurídicas decorrentes de contrato com o devedor, cabe na concordata preventiva pedido de restituição, com fundamento no art. 76, prevalecendo, para o caso do parágrafo 2º, a data do requerimento da concordata”.

Da combinação dos dispositivos legais, resai que as coisas alienadas a crédito, na quinzena antecedente à impetração da concordata preventiva, podem restituir-se a pedido do vendedor, contanto que ainda não alienadas pelo comprador/concordatário. Essa alienação, para que logre impedir o pedido de restituição, deve precedê-lo, hipótese em que a sentença julga-ló á improcedente, “devendo o crédito correspondente ser habilitado como

quiografário” (RSTJ 84/228, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Vale dizer: é a alienação das mercadorias compradas a prazo que, quando prévia ao pedido restitutivo, estorva-lhe o sucesso (§ 2º do art. 76), podendo a sentença de improcedência “mandar incluir o reclamante na classificação que, como credor, por direito lhe caiba” (§ 5º do art. 77). É que, em casos de regular transformação, consumo ou comercialização pelo falido/concordatário, a presunção de malícia é circunstancialmente derrocada, à medida em que, muito embora em dificuldades, despendeu o concordatário esforços no sentido de exercer regularmente sua atividade empresarial, buscando reerguê-la. Não obstante, após o pedido de restituição, tranca-se a disponibilidade dos produtos, de modo a impedir a comercialização. Se o concordatário ainda assim os vender, destarte, continua justificado o tratamento diferenciado inicialmente dispensado ao credor, com direito à restituição imediata.

Assim, *a contrario sensu*, existirá o direito à restituição, que pode ser em espécie ou em dinheiro, quando a coisa ainda existir ao tempo do pedido. Se, porém, ao tempo da própria restituição (§ 2º do art. 78), ela, ou aquilo no que se sub-rogou, não mais existir, a restituição far-se-á pelo valor estimado ou pelo valor da venda, pois o pedido de restituição tranca a disponibilidade das mercadorias. Nesse caso a restituição será julgada procedente, condenando-se o

concordatário a fazê-la em pecúnia, independentemente de ulterior habilitação.

Retratando o posicionamento, ampla é a jurisprudência:

“Nos termos do art. 76, § 2º, da Lei de Falências, cuidando-se de mercadorias vendidas a prazo e entregues nos quinze dias anteriores à declaração da falência ou da concordata, somente assiste ao vendedor o direito de demandar pela sua restituição *se ainda não comercializadas pelo falido/concordatário ou pela massa*” (Ementário STJ, vol. 15/87) (grifo ora apostro).

“A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos quinze dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumada ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro” (Súmula 495 do STF).

[...] como leciona ainda o insigne professor Sylvio Marcondes, *in* RT 370/42 a 51, improcedente o pedido de restituição, pode o Juiz mandar incluir o reclamante no quadro dos credores como quiografário, posição originária do vendedor nas vendas a crédito” (corpo da Ap. Cív. n. 39.243, de Blumenau, rel. Des. Alcides Aguiar).

Não seria exorbitância trazer à colação o seguinte excerto doutrinário, haurido da obra de José da Silva Pacheco:

“Entretanto, não poderá fazer o pedido de restituição, e se o fizer terá

julgado improcedente seu pedido, aquele que pedir a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos quinze dias anteriores ao requerimento da falência, se esses bens já tiverem sido alienados pela massa (§ 2º, art. 76, *in fine*).

Se o fizer, a sentença que negar a restituição, pode mandar incluir o reclamante na classificação que, como credor, por direito lhe caiba” (Processo de Falência e Concordata. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 521 e 522).

Melhor ilustrando seu posicionamento, o mesmo autor, em notas de rodapé, apresenta como fundamentos jurisprudenciais as seguintes passagens:

“B) *Se o objeto de venda a crédito já foi alienado, descabe o pedido de restituição, nos termos do art. 76, parágrafo da LF, sendo inaplicável o § 2º do art. 78. Pressupõe-se a sua existência na data do pedido de restituição, tanto que, nos termos do art. 78, o requerimento suspende a disponibilidade dos bens, os quais devem ser restituídos em espécie* (STF, RE n. 61.659/SP, de 5-5-69, RTJ 52/96, rel. Min. Eloy da Rocha) (grifo ora apostado).

C) O art. 78, *caput*, da LF, que torna indisponíveis os bens do falido ou concordatário, por efeito do pedido restitutivo aplica-se às duas hipóteses de restituição: coisas vendidas a crédito e coisas indisponíveis. As coisas disponíveis, em consequência do pedido, passam a ser indisponíveis.

Não sendo caso de coisa indisponível, mas de coisa vendida a crédito, que já não existia ao tempo do pedido de restituição, este não poderia mais tornar indisponível. Manda-se habilitar o reivindicante como credor (STF, 2ª T., RE n. 45.137/GB, de 29-10-65, RTJ 45/205).

A propósito, ainda:

“[...] quando a lei determina que, não havendo nem a própria coisa, nem a sub-rogada ao tempo da restituição, tem o reclamante o valor estimado, ou, no caso de venda de uma ou outra, o respectivo preço (§ 2º do art. 78), quer estabelecer que a restituição deve ser feita em dinheiro correspondente ao valor estimado ou ao preço. Há aí, como se disse, um crédito contra a massa, mas não um crédito sujeito à moeda da falência, como aqueles classificados como quirografários” (J. C. Sampaio Lacerda. Manual de Direito Falimentar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ltda., 1982, p. 158 e 159).

In casu, em razão da decretação da quebra da empresa outrora concordatária, da alienação das mercadorias e do fato de o crédito ora reclamado encontrar-se habilitado no juízo falimentar, o d. magistrado, por sentença terminativa, julgou extinto o processo, com arrimo numa suposta perda de objeto. Sucede, porém, que a restituição não é prerrogativa exclusiva dos casos de concordata, sendo possível também quando em voga empresas cuja quebra se decretou. E a alienação da coisa no curso do processo não tolhe o objeto do pedido restitutivo, uma vez que a devolução,

nesse caso, cumpre fazer-se em dinheiro. Sendo assim, é de rigor adentrar-se no *meritum causae*, para averiguar se essa eventual venda precede à reclamação, julgando-se-a procedente ou não, conforme o caso.

Deveras, com o advento da Lei n. 10.352/01, inserindo o § 3º no art. 515 do CPC, passou-se a estatuir, para os casos de extinção do processo sem julgamento de mérito na instância singular, que o tribunal, cassando a sentença, “pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de julgamento imediato”. É, decididamente o caso em que o autor cumpriu com seu *onus probandi*, não o fazendo a ré, e não mais lhe sendo lícito fazê-lo.

A constatação de que a venda ultimou-se na quinzena antecedente à impetração da concordata é inegável, à luz dos documentos de fls. 8 e 9 e das ponderações sentenciárias sobre a concordata preventiva, restando preenchido o requisito cuja prova recai sobre o reclamante.

Sabe-se, por outro lado, em se tratando da alienação prévia ao pedido restitutivo, conducente à sua im procedência, que “A prova de que a mercadoria foi vendida constitui ônus do concordatário, devendo ser desde logo produzida” (Rubens Requião. Curso de Direito Falimentar, 2º vol., Ed. Saraiva, 8ª ed., 1986, p. 87).

In specie, venderam-se à concordatária as mercadorias em 25-1-94, ao passo que o pedido de resti-

tuição data de 14-6-94. Nota-se que a destinação dos 1.024 quilos de “felpudo/veludo” consistia na fabricação e posterior comercialização de chinelos.

Passaram-se, pois, entre a venda e o pedido de restituição, pouco mais de três meses e meio, desconhecendo-se a suficiência ou não desse lapso temporal para fins do exaurimento da transformação e comercialização dos produtos. A incerteza gerada pela neutralidade do prazo não permite se presuma, com rigor, se ao tempo do pedido toda a cadeia da atividade empresarial já tinha-se ultimado. Tudo se interliga diretamente à existência ou não de um estoque para o armazenamento de matérias-primas, à agilidade com que a empresa as transformava em chinelos, e também à presteza e eficácia de seus contatos comerciais. Quiçá, o que é bem provável, tenha ela comercializado apenas parte desses produtos, de sorte que a restituição haveria de ser igualmente parcial, com a habilitação do equivalente ao já vendido no concurso universal. O fato é que, para além de não haver acordo entre as partes quanto ao assunto, muitas são as possibilidades. Todavia nada há de concreto senão a alegação, de resto não comprovada, de que a propositura do feito “se deu, aproximadamente, quatro meses após o deferimento da concordata preventiva, desnecessário dizer, que a mercadoria comprada, foi manufaturada e vendida como produto acabado, pois a concordatária continuou com suas atividades, assim, mercadoria alguma resta para ser restituída”.

É certo, como de rigor, que para ver julgado improcedente o pedido inicial, cumpria à reclamada comprovar que, ao tempo da deflagração da demanda restitutiva, já transformara e alienara os bens adquiridos. Tal comprovação careceria de um suporte documental mínimo, como um escrito qualquer retratando a venda, nesse interregno temporal, dos produtos transformados. A prova testemunhal poderia evidenciar que justamente os produtos adquiridos transformaram-se nas mercadorias cuja venda documentalmente se demonstrou. Nada impediria, com efeito, que testemunhas estabelecessem esse vínculo. Mas, por força do art. 401 do CPC, não seria possível a comprovação de todas essas questões (venda ulterior e coincidência das mercadorias adquiridas com as transformadas e vendidas) por modalidade probatória exclusivamente testemunhal.

Bem de ver, todavia, que nenhuma se trouxeram à baila documentos retratando a venda de mercadorias nesse interregno temporal. E o momento para a produção da prova documental é a contestação, de sorte que a abstenção probatória abre as portas à preclusão, com a presunção de que não a detenha. Como nem tudo pode evidenciar-se por testemunhas, daí já resultaria a possibilidade de julgar de pronto o feito, nos termos do § 3º do art. 515, do CPC, com a decretação de procedência. Ocorre, mais, que o pedido de restituição trilha um procedimento todo específico, segundo o qual o arrolamento de testemunhas deve dar-se na contestação. É

que, “*Havendo contestação e deferidas ou não as provas porventura requeridas*, o juiz designará, dentro dos vinte dias seguintes, *audiência de instrução e julgamento*, que se realizará com observância do disposto no art. 95 e seus parágrafos” (§ 3º do art. 77, LF — o grifo não consta do original). No caso a ré não só não trouxe aos autos nenhum documento, como não arrolou testemunha alguma, malbaratada sua faculdade de produzir provas. Daí vai que o feito se encontra apto ao julgamento imediato por esta Corte de Justiça, com abordagem direta do pedido e o reconhecimento de sua procedência, ante a abstenção probatória por meio oportuno.

Por outro lado, sobreleva notar o transcurso do lapso de onze meses entre a venda a crédito e o deferimento do pedido. Reversamente àqueles três meses e meio dantes mencionados, esse prazo, decerto mais ampliado, já possui o condão de, para os fins do § 2º do art. 278, dar conta de que as matérias-primas, e também os produtos sub-rogados não mais existem. O próprio Magistrado *a quo* levou a efeito igual inferência, no que foi aplaudido por ambas as partes, havendo consenso de que os produtos, ao tempo da restituição, esvaíram-se, muito embora igual pacificidade não haja quanto a suas existências na data do aforamento do pedido. Ocorre que a alienação no transcurso do processo não autoriza a improcedência da demanda, impondo, antes pelo contrário, a determinação de que a restituição se dê em pecúnia.

Sendo assim, preenchidos os pressupostos legais e superada qualquer expectativa probatória ambicionando derruí-los, à vista da abstenção, não resta outra alternativa senão agasalhar-se a cassação da sentença, julgando-se procedente a reclamação restitutiva. Ressalta-se que tal providência, sobre consistir em consectário legal direto, não malfeire o *par conditio creditorum*.

A restituição, no caso *sub studio*, sem embargo da ulterior venda das mercadorias (§ 2º do art. 78), importa fazer-se pelo valor atualizado da alienação inicial, ultimada entre as partes e documentada pela nota fiscal de fl. 8. Basta ponderar que a devolução dos valores obtidos pela reclamada com a venda ulterior implicaria enriquecimento sem causa da credora, uma vez que como contrapartida à venda de matérias-primas estaria percebendo valores alusivos à comercialização dos produtos já transformados, que certamente são superiores.

Há que se atentar, ainda, para o fato de que, concomitantemente à execução da sentença ora prolatada, deve proceder-se à exclusão do nome da reclamante dentre os credores quirografários, no juízo falimentar, com o que se evitam eventuais rivalizações posteriores. A cobrança por uma via, naturalmente, é excludente da outra.

Por fim, considerando que, nos termos do § 7º do art. 77 da LF, “As

despesas da reclamação, quando não contestada, são pagas pelo reclamante e, se contestada, pelo vencido”, as custas processuais e honorários advocatícios fixam-se em favor da reclamante, estes em R\$ 1.000,00.

Em remate, importa destacar a seguinte decisão:

“No pedido de restituição de mercadoria em falências e concordatas, as despesas de processo, honorários de advogado inclusive, são pagas pelo requerente se a ação não foi contestada, e pelo sucumbente se contestado o requerimento (JC 49/169, RT 640/100)” (Ap. Cív. n. 38.369, de Caçador, rel. Des. Anselmo Cerello).

III — Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara decide cassar a sentença e, nos termos do § 3º do art. 515 do CPC, julgar procedente o pedido de restituição, determinado que a faça em dinheiro, pelo valor atualizado da venda originária, documentado à fl. 8.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 6 de maio de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.015659-3, DA CAPITAL**Relatora. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

Ação pauliana. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Inteligência do art. 130 do CPC c/c princípio da persuasão racional. Idoneidade do direito creditício (Ap. Cív. n. 2001.011042-3). Cheque emitido previamente à alienação fraudulenta. Eventus damni. Existência de outros imóveis, porém hipotecados, no patrimônio desfalcado. Circunstâncias que autorizam a presunção de que, observada a prelação de terceiros, avultam insuficientes os valores obtidos com suas excussões. “basta a prova de insolvência pela presunção para justificar a revocatória (RTJ 46/329 e 68/409), cumprindo ao devedor desmerecê-la” (RJTJSP 74/45). Estado de insolvibilidade caracterizado. Consilium fraudis. Venda a descendentes. Fraus inter parentes facile praesumitur. Desnecessidade do intuito de lesar — Animus nocendi. Recurso improvido.

Estar-se-ia, ao exigir-se, rigidamente, a prova da insolvência absoluta, impondo ao credor potencialmente fraudado um ônus sobremodo amargo e, via de conseqüência, fadando ao insucesso o mais das ações paulianas, de sorte a abrir margem ao insolente resguardo de devedores cuja perfídia é contumaz. A alienação por estes do único imóvel desembargado pode, com a relativização do ônus da prova, caracterizar fraude contra credores quando todos os demais bens dessa natureza encontrarem-se hipotecados e, embora penhoráveis, as circunstâncias do caso (número e valor significativo das prestações vincendas dos créditos com prelação, emprego de evasivas pelo devedor e insuficiência do único bem constritado em execução prévia) justificarem o assentamento da presunção de que o valor obtido com suas excussões, observado o crédito preferencial, é insuficiente para o resgate da obrigação frustrada. Nesse contexto, “Basta a insolvência por presunção para justificar a revocatória (RTJ 46/329 e 68/409), cumprindo ao devedor desmerecê-la” (RJTJSP 74/45), inclusive porquanto o alienante pode demonstrar, tranqüilamente, que a expressão patrimonial dos bens sobre que ainda possui título dominial aniquila a integridade das suas obrigações.

“A alienação de bens a parentes, colocando o devedor em situação de insolvência, constitui circunstância hábil a demonstrar a ocorrência de consilium fraudis em ação pauliana” (Ap. Cív. n. 1997.012265-9, de São José do Cedro, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.015659-3, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que são apelantes Rui Cainelli, Clarice Francio Cainelli, Vandrê Francio Cainelli e Giovano Francio Cainelli e apelado José Francisco Grechi:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital, José Francisco Grechi aforou ação revocatória contra Rui Cainelli, Clarice Francio Cainelli, Vandrê Cainelli e Giovano Francio Cainelli, ambicionando anular a compra e venda enredando o imóvel matriculado sob o n. 18307, levada a efeito entre os primeiros e os segundos litisconsortes passivos.

Sustentou que é credor da quantia de R\$ 32.000,00, representada por um cheque datado de 12-2-98, cujos sacadores são os primeiros demandados. Noticiou está-lo perseguindo em ação de execução, sendo que

os embargos opostos foram julgados improcedentes e são objeto de recurso de apelação sem efeito suspensivo.

Relatou que a constituição do crédito precede a data da alienação fraudulenta; que o *eventus damni* consiste na redução do devedor, após a venda, à insolvência; e que o *consilium fraudis* pode-se presumir, uma vez que os adquirentes são filhos dos alienantes, possuindo inegável conhecimento do estado de insolvibilidade a que se reduziram.

Citados, Rui Cainelli e Clarice Francio Cainelli ofertaram contestação arquitetando: necessidade de suspensão do processo pela prejudicialidade que os embargos à execução do cheque guardam ao caso; carência de ação; inexistência do crédito, pois o mútuo que deu azo à emissão da cártula se acha quitado, restando em aberto apenas juros capitalizados; inexistência de fraude contra credores, porquanto a alienação precede o aforamento da executacional; não caracterização da insolvência, ante a garantia do juízo por um veículo, e tampouco da intenção de fraudar, pois os adquirentes já se encontravam na posse do imóvel há muito tempo.

Outrossim, Vandrê Francio Cainelli e Giovano Francio Cainelli ofereceram resposta sob a mesma mo-

dalidade, patrocinando que não se pode cogitar de insolvência, porque o próprio autor relaciona diversos outros imóveis, igualmente penhoráveis, de propriedade dos vendedores, e que ausente, ainda, o *consilium fraudis*.

Processado o feito, sobreveio sentença que, julgando antecipadamente a lide, deu pela procedência do pedido inicial, ao fundamento de que demonstrados os requisitos necessários à caracterização de fraude contra credores. Condenou, ao fim, os réus ao pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Irresignados Rui e Clarice Cainelli interpuseram recurso de apelação alegando cerceamento de defesa em face da não produção de provas; que o débito foi quitado, tendo o apelado baseado seu crédito na capitalização mensal de juros extorsivos, invocando a Súmula 121 do STF; que não houve fraude a credores, pois a execução foi posterior à venda do imóvel; que possuem outros bens, não sendo insolventes e que em momento algum existiu a intenção de fraudar.

Vandré e Giovanio Cainelli apelaram suscitando cerceamento de defesa ante a não oportunização de produção de provas e ausência de *eventus damni e consilium fraudis*.

Apresentadas as contra-razões, ascenderam os autos a esta instância.

II — Voto

As pretensões recursais não merecem acolhida.

Bem de ver que, prefacialmente, Rui e Clarice Cainelli sustentam que lhes foi cerceado o direito de defesa, por haver-se dispensado os depoimentos pessoais das partes e a produção de prova testemunhal.

Nos termos da *Lex Instrumentalis*, todavia, ao juiz incumbe a direção do processo. E, sendo ele o destinatário da prova, escorreito afirmar-se que a necessidade de dilação probatória lhe subsuma ao livre convencimento.

Nesse sentido:

“A dilação probatória subordinase ao principio da persuasão racional, sendo razoável poder o magistrado indeferir a prova à vista de nenhuma ou pouca utilidade dela para o deslinde da causa” (Ap. Cív. n. 1996.012135-8, de São José do Cedro, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda:

“É evidente que não está o juiz adstrito às provas protestadas pelo réu, não sendo obrigado a deferi-las. Convencido de sua inutilidade, para o julgamento da causa, poderá o juiz indeferir a prova, aliás, de ambas as partes, abreviando, assim, a entrega da prestação jurisdicional” (Souza, Sylvio Capanema de. Da ação de despejo. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 60).

“Atualmente, como corolário dos mandados de otimização que informam a hodierna processualística, há de proceder o magistrado, na condução do trâmite processual de que se o encarrega, a uma ponderação no que pertine à conveniência da instauração da fase instrutória. De modo que a economia não sobrepuje a ampla defesa, tampouco que esta sirva de subterfúgio a lides infundáveis, mercê de maus devedores. Nesse quadro, escorreito afirmar-se que também a dilação probatória subsome-se ao princípio da persuasão racional: as provas a se produzirem nessa fase do *iter* processual, então, quais a pericial e a testemunhal, quando em evidente contra-senso com tudo o que o caderno processual denota sobejamente, uma vez indeferidas, não implicam cerceamento de defesa, antes significando que, em meio à vivacidade dos elementos de convicção, preponderou o princípio da economia. Do contrário negar-se-ia vigência ao art. 130 do CPC” (Ap. Cív. n. 1998.016993-3, desta subscritora).

Assim se a Magistrada, à luz do plexo probatório, reputou despicienda para a elucidação das *quaestiones facti* tanto a oitiva de eventuais testemunhas quanto o depoimento pessoal das partes conferia-lhe o ordenamento processual, notadamente no art. 130, a faculdade de dispensá-las.

Estatui o dispositivo em comento:

“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do pro-

cesso, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

No caso em análise, ademais, decerto o fez a Togada considerando que o argumento com base em que os ora recorrentes reputam necessária a produção de prova testemunhal é o de que “O negócio se realizou à luz de total legalidade e motivou-se pela necessidade do apelante de quitar algumas dívidas, diversas da contraída com o apelante (*sic*) [...]”.

Ocorre que o testemunho tendente a demonstrar tal fato, além de atentar contra a igualdade de tratamento dos credores quirografários, afigura-se limítrofe à inocuidade. Com efeito a medida em que sequer trouxeram aos autos os documentos representativos desses supostos créditos, a fim de que as testemunhas pudessem comprovar-lhes o resgate. Ora, e se foi necessário vender um imóvel para os adimplir, avulta clara a significatividade de seus valores, incidindo a regra do art. 401 do CPC.

Bem assim, é notória a contendação com que se devem tomar os depoimentos pessoais, pois que a parte, no mais das vezes, enreda-se no litígio o suficiente para permitir-lhe o cegar da razão. O grau de influência que essa modalidade probatória logra exercer na formação do convencimento, sabe-se não é de hoje, é diminuto.

Tal circunstância autorizava o desatendimento das diligências probatórias almejadas, sobretudo porquanto o feito já se encontrava o *quantum satis* instruído, não se poden-

do inferir de que forma os depoimentos ambicionados, contrastados com os demais elementos de convicção, teriam o condão de alterar-lhe o deslinde, ausente o prejuízo.

É que, em “Ocorrendo o julgamento antecipado com base em elementos fáticos suficientes à cognição da pretensão não há falar em cerceamento de defesa” (Ap. Cív. n. 2001.001817-4, de Itajaí, rel. Jorge Schaefer Martins).

Também daí concluir-se pela inexistência do indigitado *error in procedendo*.

Por outro lado, são idênticas as razões por que não procede a isagoge igualmente agitada por Vandrê Francio Cainelli e Giovano Francio Cainelli, levada em conta, mormente, a inutilidade do depoimento pessoal.

Nota-se que estes ventilam, ainda, que “são dentistas e podem comprovar através da prova testemunhal e pericial, que à época dos fatos tinham condições para efetuarem a compra do imóvel”.

In casu, porém, nenhures se cogita de cessão a pretexto gratuito, e a presunção do *consilium fraudis* assentada na decisão monocrática deuse por motivo diverso: antes de promanar de eventual doação do bem, adveio do conhecimento do estado de insolvência dos devedores, que os adquirentes, por serem descendentes em primeiro grau daqueles, presumidamente detinham.

Com o que se subjugava a prefacial, despicienda a prova intencionada.

Para avante, quanto à matéria de fundo da revocatória, merece registro a lição sempre precisa do grande mestre Caio Mário da Silva Pereira:

“a) deve ser proposta pelo credor prejudicado, que já o fosse contemporaneamente ao ato incriminado, pois o posterior não tem de que se queixar, por encontrar desfalcado o patrimônio ao assumir a qualidade creditória; b) pode ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele tiver celebrado a estipulação incriminada, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé; c) tem o autor de provar o *eventus damni*, isto é, o prejuízo que o ato considerado fraudulento lhe tenha causado, pois a alienação do ato não tem por objeto punir o que aliena, porém reparar o prejuízo dos que são indiretamente atingidos pela disposição e, assim, para ter *legitimatío ad causam* é mister que o credor, na *actio revocatória*, prove ter sofrido um prejuízo efetivo, e não que o ato poderia, em tese, ser-lhe danoso; d) tem de provar o estado de insolvência e, se for oneroso o ato, o conhecimento real ou presumido dessa situação pela outra parte, o que requer, como condição de admissibilidade da ação revocatória, a verificação daquele estado, pois se o autor encontrar outros bens, no patrimônio do devedor, suscetíveis de penhora, poderá pagar-se pela excussão deles, sem necessidade de revogar o ato; e) o *consilium fraudis*, quando oneroso o negócio jurídico, ou seja, o concerto realizado entre os que dele participam na ciên-

cia do estado de insolvência, circunstância que, repitamos, é dispensada se o ato fraudulento é gratuito, porque então traz em si a presunção de má-fé” (Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. I, p. 345).

Deflui como o primeiro dos requisitos legais para a anulação do negócio fraudulento a particularidade de o crédito ser-lhe antecedente, a teor do parágrafo único do art. 106 do CC.

In casu, enquanto a Escritura Pública de Compra e Venda e a últimação, pelo registro, da transferência do direito real datam respectivamente de 6-4-98 e 20-4-98, o cheque foi emitido em 12-2-98. Previamente, portanto.

Registra-se que a data que importa tomar-se como referência é a da efetiva constituição do crédito, e não a do aforamento da executiva, sob pena de se embaralhar, não sem algum despropósito, os institutos de fraude contra credores e fraude à execução.

Como a lei pressupõe a existência de um crédito anterior, por óbvio que a perquirição da fraude concebe, por via oblíqua, a deliberação acerca da validade e exigibilidade do crédito cartular. Daí a competência das Câmaras de Direito Comercial — Ato Regimental n. 57/02 — TJSC, art. 3º.

Aventa-se, nesse particular, que o crédito supostamente fraudado inexistente, porquanto já quitado, de sorte que a quantia constante do título é ilegal, não aludindo senão à cobrança de juros capitalizados.

Sobredita questão foi abordada por esta Segunda Câmara de Direito Comercial quando do julgamento da Apelação Cível n. 2001.011042-3, conexa a esta, cujos autos retratam embargos à execução visando a desconstituir o cheque com arrimo justamente nos mesmos argumentos. À guisa de ilustração, extrai-se excerto do voto lá proferido:

“[...] sustenta-se que o cheque exequendo emitiu-se em branco, como forma de caucionar um empréstimo tomado do exequente, o qual já se pagou integralmente, à exceção dos juros capitalizados ora exigidos. De sorte que a quantia inserta na cambial comporta ilegalidade.

“Como se vê, ambicionam os recorrentes lograr a desconstituição do crédito cartular por meio de remissões à *causa debendi*. Isso, porém, pressupõe a produção de provas rijas o bastante para derruir toda a presunção de legitimidade, liquidez e certeza congênita aos títulos de crédito.

“Sobre o assunto:

[...]

‘Ordem de pagamento à vista que é, o cheque, desde que formalmente perfeito, torna inviável, de regra, do encetamento de discussões acerca da *causa debendi* motivadora da sua emissão. Somente quando existentes elementos de vulto a gerar dúvidas sobre a sua eficácia, é que se admite a instauração de discussões a respeito de aspectos que possam macular a eficácia do título, pena de subverter-se os princípios que disci-

plinam a obrigação dele decorrente' (Ap. Cív. n. 2000.012722-1, de Laguna, rel. Des. Trindade dos Santos).

"Sabe-se, de resto, que o enchimento da cambial emitida em branco, a teor da Súmula 387 do STF, é permitido ao credor de boa-fé, incumbindo ao devedor a prova de que se o fez de forma abusiva.

"Confirmam-se os ensinamentos de Pontes de Miranda:

'O direito de enchimento é contido no direito ao título. Autônomo como esse. Quem tem posse legítima, de boa-fé, tem direito a encher. É direito cambiário. Não se liga ao negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente, se o houver. Nasce do poder de fato sobre o título, poder conferido pela posse de boa-fé do título cambiário. O criador do título, depois de haver estabelecido a criação dele, deixou tal poder ao possuidor de boa-fé' (Tratado de Direito Cambiário, volume II, Ed. Bookseller, 2000, p. 136).

[...]

"De toda forma, *in casu*, não há o que, evidenciando a quitação do indigitado empréstimo e a cobrança de juros capitalizados, derrua a obrigação literal.

"Sucede que os comprovantes de depósito colacionados aos autos não se prestam a subjugar a aludida presunção que milita em prol do cheque. A uma porque o reconhecimento da quitação, em se tratando de títulos de crédito, deve cercar-se de cautelas específicas, só se o concebendo,

em regra, na presença de recibo, passado no próprio título ou em documento em separado, espreitados os requisitos do art. 940 do CC. Raramente, a necessidade peremptória do recibo é mitigada, quando evidenciado que o apego incondicional a uma exigência legal venha a ocultar a verdade material. Não é o caso. A duas porquanto o beneficiário dos depósitos não é o exeqüente, mas Nilcea Maria Cunha, não se estabelecendo um liame inequívoco entre eles e a dívida ora reclamada, tanto mais porque a data de emissão dos cheques lhes é posterior. Por fim, os documentos manuscritos de fls. 16, 23, 30, 37 e 44, tendentes a demonstrar as facetas do empréstimo tomado, como valores índices de juros e datas de pagamento, uma vez que, apócrifos, não possuem o condão de tolher liquidez e certeza à obrigação literal.

"Forçoso convir, na linha dos seguintes precedentes, que os elementos de convicção não respaldam o êxito da pretensão desconstitutiva:

'O pagamento parcial de cheque embaixador de pleito monitório exige, para a sua aceitabilidade judicial, a existência de prova de quitação regular, passada no verso do próprio título ou em documento apartado, do qual conste expressos o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou de quem legitimamente o represente. Essa comprovação, como é óbvio, não pode resultar de recibos dos quais se au-

sentem qualquer evidencia de relação entre o débito quitado e o título em cobrança' (Ap. Cív. n. 2001.003422-0, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

'A prova do pagamento é a quitação, passada pelo credor, no próprio título ou em documento separado, com referência expressa ao valor pago, ao nome de quem pagou, tempo e lugar do pagamento' (Ap. Cív. n. 97.004189-6, de Urubici, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

[...]

"Por oportuna, traz-se à baila a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

'O pagamento de uma cambial deve cercar-se de cautelas próprias. Em virtude do princípio da cartularidade, o devedor que paga a letra de câmbio (leia-se também nota promissória) deve exigir que lhe seja entregue o título. Em decorrência do princípio da literalidade, deverá exigir que se lhe dê quitação no próprio título' (Manual de Direito Comercial, 4ª ed., Saraiva, 1993, p. 237).

"Arrede-se com o escólio do sempre preciso Humberto Theodoro Júnior:

'É claro que entre o tomador e o emitente do cheque pode-se travar discussão a respeito da *causa debendi*. Mas o credor nada tem que provar, posto que, pela literalidade e autonomia de seu título de crédito, há em seu favor a presunção legal de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida.

"Ao devedor, por isso mesmo, é que compete o ônus de provar que

o título não tem causa ou que dita causa é ilegítima. E sua prova, em tal sentido, há de ser robusta, cabal e convincente, porquanto, ainda na dúvida, o que prevalece é a presunção legal de legitimidade do título cambiário' (*in* Títulos de crédito e outros títulos executivos, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 138).

"Portanto, andou bem a magistrada a *quo* ao julgar improcedentes os embargos".

Cá, de igual modo, por razões de coerência e como consectário da unitariedade dos pronunciamentos jurisdicionais, não há cogitar da inexistência do crédito supostamente fraudado.

Por outro lado, o *eventus damni* materializa-se no fato de o estado de insolvabilidade redundar precisamente da alienação defrontada.

No caso *sub studio*, é fato incontroverso que os alienantes, além do imóvel cuja venda se contesta, sito em Balneário Camboriú, possuem, nos termos da exordial, título dominial sobre outros imóveis localizados na Capital e, outrossim, sobre um automóvel Corsa, único bem penhorado na execução. Diz-se incontroverso porque, além de ao arrolamento realizado pelo autor não se haverem oposto os réus, abstiveram-se eles de apontar a existência de outros bens, cingindo-se a afirmar que aqueles outrora apresentados são penhoráveis e podem satisfazer a obrigação. Todavia, ambos os apartamentos, é bem de ver, encontram-se hipotecados (fls.

21 e 22), sendo que uma das dívidas por eles garantidas finda unicamente em 2011, e a outra, ao que tudo indica, no final de 2006. Considerando o número de prestações mensais vincendas nos contratos hipotecários, e o direito de prelação do credor com garantia real, em razão do qual apenas o *quantum* excedente ao valor obtido com a excussão dos bens poder-se-ia destinar à satisfação do credor quirografário, forçoso convir que a venda acarretou, máxime à época em que levada a efeito, a insolvência do devedor. E eventual alteração posterior desse quadro (*ius superveniens*), no curso do processo, é circunstância cuja demonstração é afeta ao devedor, por ela potencialmente beneficiado (Ap. Cív. n. 1998.002954-6, desta subscritora). Nesse contexto justificase a relativização do ônus da prova, inclusive porquanto o autor não tem acesso aos contratos garantidos, desconhecendo a exata situação em que se encontram. Mais adequado imputar-se ao réu o ônus de comprovar o contrário, presumindo-se-lhe, em não o fazendo, o estado de insolvibilidade: “Basta a prova da insolvência pela presunção para justificar a ação revocatória (RTJ 46/329 e 68/409), cumprindo ao devedor desmerecê-la” (RJTJSP 74/45).

Ressalta-se, mais, que “A fraude contra credores não é somente caracterizável através da insolvência absoluta, valendo-se como tal a caracterização do seu estado formal, ou seja, a subtração da maior parte do patrimônio do devedor tendente à garantia dos credores” (Ap. Cív. n.

1996.004883-9, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Carlos Prudêncio), consubstanciada, *in casu*, na penhora exclusiva de um veículo, cuja expressão econômica é insuficiente para a satisfação da obrigação.

No mesmo sentido, P. R. Tavares Paes, ao avaliar o requisito do *eventus damni*, in “Fraude contra Credores”, 3ª ed., RT, 1994, p. 42, conclui que: “Deve ficar claro ser necessário haver um nexo de causalidade entre o dano e o ato fraudulento. Há a encarar, outrossim, uma questão de grau: não é somente a insolvibilidade absoluta a punível, desmascarável e anulável. A frustração da penhora, a mera diminuição do patrimônio também, desde que impossibilite ou dificulte a execução, é atacável”.

Já se sustentou, aliás, nos agouros desta Corte de Justiça, que “Ao devedor compete comprovar que não é insolvente” (Ap. Cív. n 47.062, de Blumenau, rel.: Des. Newton Trisotto, j. 18-10-94).

Equacionando a questão com propriedade ímpar, e pondo-lhe uma pá de cal, assim se manifestou a Magistrada *a quo*:

“No processo de execução foi penhorado apenas um veículo Corsa, cujo valor é insuficiente para cobrir a dívida.

“Os apartamentos relacionados nos item (*sic*) *b* e *c* da inicial não foram constritados por estarem hipotecados, conforme se observa das certidões de fls. 20 e 21. Os réus não in-

dicaram qualquer outro bem que pudesse garantir a execução. Conclui-se, pois, que o patrimônio do réu é inferior ao valor da dívida e a venda do bem (fl. 19) tornou o devedor insolvente”.

Por fim, o vislumbrar do *consilium fraudis* não oferece maiores complicações. É que “A alienação de bens a parentes, colocando o devedor em situação de insolvência, constitui circunstância hábil a demonstrar a ocorrência de *consilium fraudis* em ação pauliana” (Ap. Cív. n. 1997.012265-9, de São José do Cedro, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Da fundamentação do v. acórdão colhe-se:

“Sobre a alienação de bens a parentes próximos também pronunciou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo:

‘A alienação de bens a parentes próximos, na linha reta ou colateral, evidencia, o mais das vezes, uma fraude doméstica sempre no intuito de lesar credores’ (El n. 250.194-1, de Ribeiro Preto, 1997).

Do corpo do acórdão colhe-se preciosa transcrição de Yussef Said Cahali:

‘O *consilium fraudis* nem sempre se apresenta cristalino, até porque quem dele participa procura ocultar sua verdadeira intenção. Mas emerge do conjunto de indícios e circunstâncias ao revelar que o negócio subjacente, na verdade, foi o meio utilizado pelas partes para drenar os bens

do devedor em detrimento de seus credores’ (Fraude contra credores, p. 199).

“Importante ressaltar ainda que, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, ‘mais modernamente, e digamos, com mais acuidade científica, não se exige que o devedor traga a intenção deliberada de causar prejuízo (*animus nocendi*); basta que tenha a consciência de produzir o dano’ (Instituições de direito civil. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 343), o que minimiza a importância da comprovação da má-fé na alienação”.

Não seria exorbitância lançar mão, ao fim e ao cabo, do escólio do eminente Washington de Barros Monteiro:

“A respeito desse conhecimento presumido, assentou a jurisprudência a seguinte orientação: a) — o parentesco próximo, ou afinidade próxima, entre os contratantes é indício de fraude (*fraus inter parentes facile praesumitur*). Assim, pai que contrata com filho insolvente dificilmente poderá argüir sua ignorância sobre a má situação econômica deste, a *scientia* nesses e noutros casos análogos [...]” (Curso de Direito Civil, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 219).

Sublinha-se, em remate, que o pedido de majoração da verba honorária reduzido a termo nas contrarrazões recursais não merece conhecimento.

III — Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 1º de abril de 2004.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.004823-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Agravo de instrumento — Ação de apuração e cobrança de haveres proposta pelo sócio excluído — Possibilidade de concessão de tutela antecipada a título de adiantamento do valor a ser reembolsado — Requisitos da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável presentes — Art. 273 do CPC — Recurso provido.

Possível é a concessão da tutela antecipada em favor do sócio excluído que ingressa com ação de apuração de haveres quando os elementos trazidos aos autos são fortes no sentido de demonstrar o direito ao reembolso por suas cotas sociais e porque tinha como fonte de renda a remuneração percebida pela atividade profissional desenvolvida na sociedade, não sendo justo que deva aguardar o final da ação sem perceber qualquer valor durante o processo, até porque encontra-se durante este lapso tem-

poral privado do patrimônio que também lhe pertence, o qual fica sendo desfrutado pela empresa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.004823-5, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é agravante Sérgio Luis Sarkis, sendo agravados Antônio João da Silva e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

Sérgio Luiz Sarkis agrava de instrumento da decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da ação ordinária de apuração e cobrança de haveres proposta contra Adalberto Cunha, Horst Haase, Luiz Carlos Simas, Antônio João da Silva, Osmar Eduardo Sens, Marshal Soares Gonçalves, Ademir Dias de Oliveira Filho, Nilto Hinkel, Alzonir Schaeffer, Norberto Boddy, Centro Educacional Geração Ltda. e Indústria e Comércio de Material Didático Geração Ltda., indeferiu a antecipação da tutela.

Relata que era, juntamente com as pessoas físicas agravadas, sócio das empresas Geração, tendo sido excluído do quadro societário, conforme deliberação majoritária, em fevereiro de 2000; contudo, não recebeu qualquer valor a título de reembolso pela sua exclusão.

Destaca que, após diversas tentativas infrutíferas, objetivando re-

ceber seus haveres, teve de propor ação com intuito de ser reembolsado dos valores a que tem direito em razão de seu afastamento das empresas recorridas, pugnando liminarmente pela concessão da tutela antecipada, que restou indeferida pelo despacho ora atacado.

Alega que a decisão agravada confundiu a renda que percebia a título de antecipação e divisão de lucros com o *pro labore*; o que pretende é receber o “valor correspondente aos lucros auferidos até que procedam ao pagamento de seus haveres”; com a concessão do pedido estar-se-á repartindo o ônus da demora do processo, caminho escolhido pelos recorridos.

Argumenta que está passando, juntamente com seus familiares, por dificuldades financeiras desde que foi excluído do quadro social, pois a atividade que desenvolvia nas empresas agravadas constituía em sua única fonte de renda; os agravados abusam do direito conferido por lei de afastarem o sócio agravante, haja vista que já se passaram mais de dois anos sem o pagamento dos haveres que lhe pertencem.

Juntou documentos de fls. 9 a 184.

Pelo despacho de fls. 188 a 190, restou negado o efeito ativo ao recurso. Contra esta decisão houve interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Respondendo ao reclamo, os agravados defenderam a manutenção do *decisum*, pois não pode ser concedida a tutela antecipada na primeira fase da ação de prestação de contas em face da incerteza da existência de lucro a ser distribuído, que só será passível de verificação após “minucioso exame da contabilidade da empresa”; ressaltam a ausência dos requisitos previstos no art. 273 do CPC.

É o relatório.

Busca o recorrente a antecipação de tutela em ação de apuração e cobrança de haveres proposta contra as empresas — das quais foi excluído — e os sócios remanescentes, a fim de que estes tenham de pagar, até o reembolso dos haveres pertencentes ao agravante, um valor correspondente aos lucros auferidos pelos sócios mensalmente.

Consigna-se, inicialmente, que não se está diante de ação de prestação de contas conforme fundamentam os agravados em sua resposta recursal; apenas fez o Relator que apreciou o pedido de efeito ativo, e o indeferiu, uma comparação entre a citada *actio* e a de apuração de haveres para concluir ser possível a antecipação de tutela em ambas apenas na segunda fase do processo.

Analisa-se a possibilidade de se antecipar, em ação de apuração de haveres, os efeitos da tutela — art. 273 do CPC.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar da expulsão do sócio da sociedade mercantil, mais precisamente no item

que trata da “apuração de Haveres e Reembolso”, *in* Curso de Direito Comercial, vol. 2, 5ª ed., 2002, p. 468 a 471, leciona:

“No Brasil, a lei não cuida da situação do sócio durante a apuração dos haveres. De fato, a avaliação do patrimônio líquido pode demandar tempo considerável, mesmo estando todos de acordo quanto aos critérios de avaliação. Havendo litígio, é quase certo que anos se passarão até que o assunto seja resolvido”.

E prossegue, após citar a solução conferida para o caso pela legislação inglesa, *verbis*: “Não contando o direito brasileiro com nenhuma disposição legal semelhante, a situação do sócio, muitas vezes minoritário, é instável. Se não houver, como geralmente não há, previsão no contrato social, a matéria somente ganha contornos mais claros quando aforada a ação de dissolução judicial, como será visto a seguir”.

E remata mais adiante quando trata dessa situação:

“Aqui, enquanto transcorre o processo *Benedito* (sócio excluído) não titulariza mais direitos de sócio: não recebe participação nos lucros, pró-labore, juros sobre o capital, nem pode influir nas decisões sociais ou fiscalizar a gerência (Mascheroni-Muguillo, 1996: 333/335). Seu crédito, uma vez estabelecidos pelo juiz os critérios de mensuração comporta correção e acréscimo de juros moratórios, desde a data do exercício do direito, mas não é mais influenciado pelos

sucessos ou azares da sociedade posteriores à retirada”.

Destarte, por esta doutrina tradicional, legalmente não resta ao sócio excluído outra alternativa a não ser aguardar o final da ação de apuração de haveres e buscar o reembolso do valor que lhe for devido.

Contudo, hodiernamente doutrina e jurisprudência têm admitido a antecipação de tutela em ação proposta, pelo sócio afastado, de apuração de haveres.

Merece destaque o artigo intitulado “A retirada judicial dos sócios-cotistas e a justa preservação de seus direitos no curso da ação”, publicado na Revista de Direito Mercantil, n. 124, p. 84 a 89, escrito por João Luiz Coelho da Rocha:

“A pura expressão dos princípios legais, porém, e mesmo suas primeiras depurações judiciais não conseguem acompanhar o ritmo sempre mais intenso, vivaz, palpável, da existência diária.

“E vemos questões sobre retiradas litigiosas de sócios minoritários se estendendo por tantos anos, em um quadro pactual onde o(s) majoritário(s) permanece(m) no controle, no uso e no desfrute da empresa e de seu aparato patrimonial, enquanto o retirante espera pela final apreciação de valor e início de pagamento (muitas vezes em prestações alongadas em dezenas de meses) de seus haveres na sociedade.

“A iniquidade, o desbalanço — econômico e até moral — da situação

criada, tal como acima se desenhou, parecem estar incomodando os atores mais sérios da cena jurídica, pois que começamos a ver expressada em doutrina e na jurisprudência a construção, supletiva da ordem legal, de se conceder ao sócio retirante, enquanto passam os meses e anos de sua perlanga judicial, uma prestação mensal, paga pela empresa — vale dizer, desembolsada enfim pelos majoritários, controladores —, que corresponda a um certo ressarcimento enquanto a dissolução não se encerra”.

Extrai-se do artigo em tela a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª C. de Direito Privado, AI n. 095.6561-418, j. 3-11-1998:

“Diante da notória e injustificada resistência da sociedade por quotas e sócios permanentes em cumprir execução de sentenças que mandam apurar os haveres do sócio que se retira do quadro social (art. 15 do Decreto n. 3.708/1919), é juridicamente ponderável antecipar tutela para garantir a rentabilidade do capital explorado durante o período de litigiosidade da liquidação — Incidência do art. 273 do Código de Processo Civil em ação de arbitramento de remuneração de capital”.

Prossegue o citado doutrinador:

“Tem-se aí considerado um ressarcimento sobre o patrimônio do retirante que está ali bloqueado, uma espécie de taxa de rendimento mínimo que se defere àquele minoritário, para

que, durante a longa tramitação judicial, enquanto seus haveres estão bloqueados, indisponíveis, seja ele compensado com alguma renda dali derivada.

“Pois a verdade é que, enquanto têm curso — longo curso, como sabem todos — a ação de dissolução de dissolução formal e a apuração de haveres do sócio minoritário a se retirar, fica este, como é natural, fora do controle da gestão da empresa (muita vez excluído do acesso a lucros), enquanto seu acerto, sua recuperação patrimonial fica protraída para o fim do processo.

“Enquanto isto os majoritários, no desfrute e controle da sociedade, têm em suas mãos também a fração de patrimônio líquido do retirante, embutida nos bens da empresa, e há de se conceber como razoável, justo e coerente com o equilíbrio de direitos, em jogo, que tal minoritário tenha algum ressarcimento que lhe conceda uma contrapartida durante o curso processual e até que seus bens lhe sejam ao fim entregues”.

Desta Corte de Justiça, tem-se os seguintes julgados que admitem a concessão da tutela antecipada:

I — “Direito empresarial. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Retirada com apuração de haveres. Antecipação de tutela. Concessão de pensão no valor de cinco salários mínimos durante o curso da ação. Verba de natureza alimentar. Presença de verossimilhança do direito alegado e perigo de dano

irreparável. Recurso desprovido” (AI n. 2002.017907-3, de Rio do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

II — “Agravado de instrumento. Ação de dissolução parcial de sociedade empresarial. Tutela antecipada. Concessão. Revelia dos agravados. Matéria prejudicada. Competência da Justiça do Trabalho. Extrapolamento do âmbito da decisão impugnada. Reconvenção. Antecipação de tutela. Possibilidade. Direito à percepção de pró-labore. Descabimento no caso. Substituição por uma renda mensal. Forma de fixação.

[...]

“Entretanto se os sócios contra os quais é colocada a ação de dissolução parcial foram afastados da empresa e nela exerciam trabalho remunerado, rendimentos esses que se constituíam em exclusivo meio de subsistência própria, em substituição ao pró-labore fixado indevidamente há que ser arbitrada uma remuneração a título de verba alimentar, como forma de possibilitar-se a ela prover suas necessidades básicas e as de sua família no decurso do processo. E, inexistentes parâmetros válidos e eficazes a possibilitar o estabelecimento, desde logo, do valor dessa verba, a sua fixação há que ser delegada ao magistrado singular” (AI n. 2001.016893-6, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Portanto, não se mostra justo que o sócio excluído da sociedade, e que tenha como fonte de renda a remuneração percebida pela atividade

profissional nela desenvolvida, deva aguardar o final da ação de apuração de haveres sem perceber qualquer valor durante o processo, até porque encontra-se durante esse lapso temporal privado do patrimônio que lhe pertence, o qual continua sendo desfrutado pela empresa.

Passa-se, pois, à análise dos requisitos que autorizam o deferimento da tutela antecipada.

A verossimilhança da alegação está presente no caso sob exame, já que quando do afastamento do agravante da empresa os sócios remanescentes consignaram também que os haveres do sócio excluído estavam à disposição deste na sede da sociedade — alteração contratual de fls. 84 a 86 — o que demonstra, com grande probabilidade, um possível reembolso de capital.

Ademais, trata-se de empresa que presta serviços na área de educação nesta Capital há aproximadamente 20 (vinte) anos (iniciou suas atividades em 1^o-11-85 — fl. 56), apesar das dificuldades financeiras existentes em diversos segmentos, inclusive no ensino particular.

Acresça-se, ainda, que dois outros sócios (Srs. Leocádio Arnoldo Grillo Cúneo e Edson Osni Ramos) se retiraram das empresas agravadas antes do afastamento do recorrente e perceberam por suas cotas, cada um, o valor de R\$ 240.000,00 — fl. 146.

Quanto ao requisito do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é de se concluir que res-

ta presente pelo fato de que o agravante possuía sua fonte de renda na atividade profissional (professor) que exercia na empresa recorrida. Com a sua retirada do quadro societário deixou de perceber qualquer remuneração, até porque teve de parar de dar aulas.

Destarte, é de se fixar um valor a título de verba alimentar para que possa o recorrente prover sua subsistência enquanto se discute o real valor que tem a receber como reembolso das cotas sociais por ter sido excluído da sociedade, e também em razão de estar privado temporariamente — enquanto perdurar o processo — do seu patrimônio social.

Em relação ao fato de ter o agravante ingressado com a ação de apuração de haveres, pedindo a antecipação da tutela, quase dois anos após a exclusão da sociedade, entendendo que não afasta a urgência da medida, pois antes do ingresso desta *actio* tentou judicial e extrajudicialmente voltar ao quadro societário ou ser reembolsado pelas cotas sociais (fls. 89 a 101 — notificação e ação cautelar), sem obter êxito. E mais, cuida-se de verba de caráter alimentar.

Referente ao *quantum* deve ser arbitrado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mensalmente, que equivale aproximadamente à metade da média da remuneração líquida percebida pelo recorrente nos dois meses que precederam a sua exclusão da sociedade (fls. 65 e 66). Este montante, pelo porte das empresas agravadas, mostra-se possível de ser suportado.

Salienta-se que o valor fixado, apesar da doutrina mencionada entender que o sócio excluído tem direito a “um ressarcimento sobre o patrimônio do retirante que está ali bloqueado”, *in casu* tem caráter de antecipação do reembolso que será devido àquele após a apuração dos haveres, na esteira do precedente desta Câmara, no qual foi relator o Des. Gastaldi Buzzi, *verbis*:

“[...] Possibilidade da fixação de verba alimentar a título de antecipação dos efeitos da tutela no bojo da ação de apuração de haveres, relativa ao direito de reembolso decorrente da titularidade de cotas sociais [...]” (Ap. Cív. n. 2003.000733-4, da Capital).

Tal entendimento também está amparado no fato de que o valor apu-

rado a título de haveres será devidamente reajustado até a data do efetivo pagamento, não sendo depreciadas monetariamente as cotas do sócio excluído, em que pese não tê-las disponíveis durante o curso da ação.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para conceder a antecipação dos efeitos da tutela, com a fixação de uma verba alimentar em favor do recorrente no montante de R\$ 2.000,00, mensalmente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 1º de julho de 2004.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.000612-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Gastaldi Buzzi

Agravo de instrumento interposto contra decisão que concede liminar em sede de ação cautelar inominada para sustar o pagamento de parcelas mediante desconto em folha de pagamento — Contrato de mútuo bancário.

Preliminar de ilegitimidade passiva não acolhida por integrar a instituição financeira um dos pólos do negócio jurídico, figurando como parte contratante.

Inocorrência de abusividade em razão da especificidade do ajuste e a expressa previsão contratual (art. 1º da Lei n. 10.820/03 e art. 160, I, do CC/1916 repetido no art. 188, I, do CC/2002) — Avença celebrada com fundamento na situação financeira do mutuário — Preservação de recursos suficientes à subsistência do devedor — Hipótese inconfundível com a regra que impede a

impenhorabilidade e aquela que estabelece a intangibilidade salarial previstas no art. 649, IV, do CPC e art. 7º, X, da CF — Eficácia do ajuste que deve ser preservada, exceto quando demonstrada abusividade ao advento da pactuação ou fato futuro suficientemente justificador da sua suspensão como a não preservação da capacidade alimentar do vencimento — Recurso parcialmente provido.

É válida a cláusula de contrato de mútuo em que o devedor autoriza a averbação do pagamento parcelado da dívida diretamente na sua folha salarial, uma vez que tal ajuste reveste-se de características específicas, porquanto precedido de investigação acerca das condições financeiras do mutuário e da viabilidade do adimplemento das parcelas, ainda mais quando a quantia remanescente é suficiente, em princípio, para assegurar a sobrevivência do mutuário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.000612-8, da comarca da Capital (Estreito), em que é agravante Banco ABN Amro Real S.A. e agravado do Aparecido Rezende da Costa:

ACORDAM, em Terceira Câmara Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso, dando-lhe parcial provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco ABN Amro Real S.A. objetivando a reforma da decisão que concedeu liminar, nos autos da Ação Cautelar n. 082.03.004461-0, para impedir o agravante de promover o desconto das par-

celas do contrato de mútuo diretamente da folha de pagamento do recorrido.

Alegou que não possui legitimidade passiva *ad causam*, pois o agravado é servidor do Tribunal Regional do Trabalho — 12ª Região, razão pela qual esta instituição (*sic*) deveria figurar no pólo passivo da demanda (fl. 4), sustentando, ainda, no mérito, a validade da cláusula contratual que autoriza a averbação do pagamento parcelado da dívida diretamente na sua folha salarial e que o art. 585, § 1º, do CPC permite o ajuizamento da ação de execução ainda que o débito seja objeto de discussão em qualquer outro processo.

Requeru, ao final, o recebimento do recurso, com a concessão do efeito suspensivo, e a posterior reforma da decisão impugnada, restando, após a distribuição do recurso na

Câmara Civil Especial, negado o primeiro pedido (fls. 47 e 48).

Devidamente intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta (fl. 51), sendo promovida, posteriormente, a redistribuição do processo, na forma do Ato Regimental n. 41/2000, vindo conclusos os autos.

É o relatório.

II — Voto

O recurso merece ser conhecido e parcialmente provido.

De início, não prospera a alegação de ilegitimidade passiva do agravante de que participou do contrato de mútuo na qualidade de parte contratante, conforme consta da cópia dos ajustes e documentos anexos (fls. 39, 42, 43 e 44).

Além disso, o art. 295 do CPC menciona que a exclusão do litigante da lide somente ocorre quando restar manifestamente demonstrada sua ilegitimidade, o que não se verifica nos autos.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao abordar a matéria, anotam que:

“Havendo dúvida quanto à ilegitimidade da parte, não pode haver indeferimento da petição inicial. Há caso de dúvida, por exemplo, quando houve necessidade de prova em audiência para aferir-se a legitimidade da parte. Somente quando a ilegitimidade for manifesta, indubitosa, é que

cabe a providência da norma comentada” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 7ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 679).

Assim, resta inviável o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da instituição bancária.

No mérito, contudo, merece provimento o recurso.

Verifica-se que o agravado celebrou dois contratos de mútuo com o Banco Real (fls. 13, 39, 42, 43 e 44), em razão dos quais são descontados, mensalmente, R\$ 2.164,68 (dois mil cento e sessenta e quatro reais e sessenta e oito centavos) diretamente da folha de pagamento do recorrido, a título de resgate da verba mutuada.

Pelo ajuste de fl. 39, o banco emprestou ao recorrido a quantia de R\$ 13.000,00, para pagamento em 25 meses, no valor parcelado de R\$ 778,82, com vencimento inicial em 29-5-2002, finalizando em 1º-6-2004. Já em relação ao segundo negócio jurídico, a despeito da inexistência de menção do valor cedido pela casa bancária, são descontados, a cada trintídio, o montante de R\$1.382,90, conforme demonstra o comprovante de pagamento de fl. 19.

Ficou ajustado nos instrumentos negociais que o agravado permitiria o desconto das prestações diretamente de sua folha salarial, *in verbis*:

“No tocante ao contrato em referência firmado com o Banco Real S.A., autorizo expressamente em caráter irrevogável o seguinte:

“a) que seja descontado de meu salário mensal o valor da prestação devida mensalmente, inclusive por ocasião de minhas férias regulamentares, com conseqüente consignação em folha” (fl. 39).

Também consta do aditivo de fl. 43 que:

“1. O devedor autoriza expressamente, em caráter irrevogável e irretratável, que as prestações mensais do empréstimo formalizado sejam descontadas do seu salário mensal, com a conseqüente consignação em folha”.

Tais previsões deixam claro que não se pode confundir a espécie contratual versada nos presentes autos com a prática da instituição financeira de promover a retenção de valores depositados em favor do mutuante em razão do descumprimento de negócio jurídico. Nessas hipóteses, tem-se considerada ilegal e abusiva a atuação da casa bancária, que não pode, unilateral e extrajudicialmente, cobrar os valores devidos e inadimplidos pelo mutuário. Nesse sentido já decidiu esta Câmara:

“Agravos de instrumento — Ação revisional — Funcionário público — *Proventos depositados em conta corrente aberta junto a agência da agravada* — *Imposição legal* — *Retenção de valores dos rendimentos em razão de débito* — Previsão estabelecida no acordo — Proteção salarial (art. 7º, X, CF/88) — Quebra do princípio da boa-fé objetiva — Abusividade (art. 51, IV,

CDC) — Impenhorabilidade da verba salarial (art. 649, IV, CPC) — Recurso provido” (grifado) (Agravos de Instrumento n. 2003.003177-4, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 2-10-2003, da Capital).

E, ainda, deste Tribunal:

“A atitude de instituição bancária de realizar o débito automático de parcelas de financiamento em conta corrente, aproveitando-se do depósito mensal dos vencimentos de professora da rede pública estadual, manejando cláusula abusiva, implica em autêntico e verdadeiro confisco, pois o credor, em face da inadimplência, dispõe do processo de execução” (Agravos de Instrumento n. 2000.015918-2, de Pinhalzinho, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

De outro lado, o valor bruto do vencimento obtido pelo agravado atinja, no mês de outubro/2003, a quantia de R\$ 7.162,09 (fl. 19), e um saldo líquido de R\$ 3.818,69, já com o desconto das prestações contratadas, no valor aproximado de R\$ 2.000,00, restando manifesto que a retenção alcança menos de 30% do total de salário recebido pelo recorrido e, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, só há ilegalidade nesta forma de pagamento quando a instituição financeira se apropria de totalidade da verba salarial:

“O banco não pode apropriar-se da *integralidade* dos depósitos feitos a título de salários, na conta do seu cliente, para cobrar-se de débito decorrente de contrato bancário, ain-

da que para isso haja cláusula permissiva no contrato de adesão. Recurso conhecido e provido” (grifado) (REsp n. 492777/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1º-9-2003, p. 00298).

Além disso, a Lei Federal n. 10.820/03 disciplinou no ordenamento jurídico pátrio a modalidade contratual versada nos autos, estabelecendo expressamente que:

“Art. 1º. Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, *podem autorizar, de forma irrevogável e irretirável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos*, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos” (grifado).

Nada obstante o preceito normativo mencione apenas os empregados subordinados ao regime celetista, é forçoso reconhecer que os servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/90, tal como o recorrido, também podem celebrar contratos de mútuo mediante desconto em folha, porquanto a aludida modalidade contratual beneficia diretamente o mutuário, ante as peculiaridades atinentes ao ajuste.

O procedimento adotado no contrato de empréstimo, de descontar parte do salário do agravado, também encontra amparo no art. 160, I, do CC/1916, repetido no art. 188, I, do CC/2002:

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

“I — os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

Assim, não é absoluta e intransponível a afirmação de que a subtração mensal das parcelas diretamente do vencimento do contraente constitui violação ao princípio da intangibilidade salarial, uma vez que, inexistindo abusividade ou ilegalidade nas cláusulas contratuais, deve-se conferir validade ao liame negocial, em homenagem à regra *pacta sunt servanda*.

Ressalta-se que esta Câmara já decidiu que o princípio da obrigatoriedade dos contratos deve ser interpretado com reservas ante a aplicação das normas de proteção ao consumidor, dado o disposto no art. 6º, V, do CDC, que possibilita a revisão das cláusulas contratuais instituidoras de obrigações abusivas em detrimento de uma das partes (Apelação Cível n. 1999.021098-7, de Campos Novos, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 12-6-2003).

Na espécie, entretanto, não se constata, mediante a cognição sumária imanente ao agravo de instrumento, violação frontal às normas protetivas da legislação consumerista, isto porque a avença é específica, e tem por único objeto o empréstimo de determinada quantia, cuja devolução deve ser feita mediante desconto dos vencimentos do mutuário, que não pode alegar ignorância ou adesividade das cláusulas contratuais pactuadas.

Também não há falar em afronta à impenhorabilidade salarial, aludida no art. 649, IV, do CPC e art. 7º, X, da CF, pois a espécie contratual não versa sobre constrição judicial, mesmo porque sequer existe ação de execução ingressada contra o mutuário recorrido, tratando-se de mero procedimento de desconto autorizado expressamente pelo devedor em negócio jurídico livremente celebrado, que não se reveste, em princípio, de qualquer ilegalidade.

No caso em foco é oportuno destacar que não versa a hipótese de ajuste entabulado entre as partes visando ao resgate de débito pendente, em sede de renegociação de dívidas, mas, sim, de desconto em parcelas condizentes com os ganhos do devedor, preservando, ao menos segundo o que dos autos consta, o caráter alimentar dos seus vencimentos.

Por essa razão, não se configura cláusula adesiva aquela pertinente à forma de pagamento em sede de desconto em folha salarial quando não estabelecida de forma genérica, mas definida com base na situação específica dos contratantes.

O Judiciário deve coibir o descumprimento de normas contratuais livremente estipuladas pelas partes, notadamente quando inexistir alegação de coação ou qualquer outro vício maculador da vontade, sob pena de causar instabilidade nas relações negociais.

Nada obstante esteja amparado pelas normas protetivas do CDC, o

consumidor, mesmo assim, deve estar ciente das obrigações que assume no momento da celebração do contrato, principalmente a de que deverá cumprir todas as avenças tal como foram ajustadas. O que não se pode admitir é a livre celebração do negócio e a posterior recusa ao cumprimento do ajuste.

Este tribunal tem reconhecido a validade do “desconto em folha” como forma de pagamento dos contratos de mútuo:

“É válida a cláusula de contrato de mútuo em que o devedor autoriza a averbação do pagamento parcelado da dívida diretamente na sua folha salarial, uma vez que tal ajuste reveste-se de características específicas, porquanto precedido de investigação acerca das condições financeiras do mutuário e da viabilidade do adimplemento das parcelas, ainda mais quando a quantia remanescente é suficiente, em princípio, para assegurar a sobrevivência do mutuário” (Agravo de Instrumento n. 2002.007921-4, da Capital, rel. Des. Gastaldi Buzzi).

E, ainda:

“Agravo de instrumento. Ação cautelar inominada preparatória. Empréstimo. Desconto do débito na folha de pagamento. Autorização expressa no contrato. Recurso provido” (Agravo de Instrumento n. 2003.015347-0, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 13-5-2004).

No mesmo sentido, tem-se os seguintes Agravos de Instrumento ns.

2003.008460-6, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. em 23-10-2003; 2000.007.223-0, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJ de 6-5-02; 2003.025528-1, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 4-3-2004; 2001.020304-9, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 19-3-2002; 1998.002613-0, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 12-6-1998.

Não se desconhece a recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 550871/RS, acórdão não publicado) que reconheceu a invalidade da cláusula que autoriza o desconto em folha de pagamento sob o fundamento de que tal procedimento viola o princípio da impenhorabilidade salarial, consoante informação publicada no índice de notícias daquele Tribunal (www.stj.gov.br).

Contudo, respeitado entendimento contrário, não há ilegalidade no contrato objeto do presente agravo de instrumento, bem como violação às regras da intangibilidade salarial, devendo ser mantida a decisão hostilizada.

Tal posição, em verdade, não se mostra imutável, porquanto a autoridade judiciária *a quo* continua autorizada, caso surjam fatos supervenientes (art. 462 do CPC), a proferir decisão destinada a manter a adequa-

ção relativa à preservação da capacidade alimentar do vencimento do devedor agravado.

Por fim, ainda que apenas em tese, recomenda-se às partes averiguar a possível ocorrência de encargos excessivos, o que haverá de ser objeto de decisão na ação revisional.

Ante o exposto, dá-se provimento apenas parcial ao recurso, admitindo-se a legitimidade do agravante para integrar a relação processual, reformando a decisão atacada, de sorte a manter hígido o desconto em folha de pagamento do agravado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, conhecer e prover parcialmente o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 19 de agosto de 2004.

Alcides Aguiar,
Presidente, com voto;
Gastaldi Buzzi,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.013838-2, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Ação de dissolução de sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Perda da affectio societatis — Sentença que reconhece a dissolução parcial e determina a retirada do sócio com apuração de haveres — Cerceamento de defesa — Litisconsórcio passivo necessário dos sócios remanescentes e da sociedade — Não configuração — Arguição de nulidade afastada — Princípios da instrumentalidade e da celeridade processual — Decisão extra e ultra petita — Inocorrência — Recurso desprovido.

“Desnecessidade, na ação de dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (constituída por quatro sócios), ajuizada por sócio retirante, de citação da sociedade comercial, a título de litisconsorte passivo, juntamente com os sócios remanescentes, posto que, se estes foram citados, a empresa estará amplamente defendida e a eventual nulidade invocada, em face do aspecto, não resultará em prejuízo para qualquer dos litigantes (jurisprudência do STJ [...])” (REsp n. 153515/RJ, relator Min. Waldemar Zveiter, j. 27-4-1999, Terceira Turma).

O entendimento jurisprudencial que se vem sedimentando é o de que, em atenção ao princípio da preservação da empresa, havendo interesse dos sócios remanescentes em manter a sociedade, deve ser o pedido de dissolução acolhido parcialmente, a fim de se decretar a retirada do autor, ainda que o pleito tenha-se restringido à dissolução total, sem que esta decisão seja extra petita.

O simples fato de um dos sócios manifestar interesse de se retirar da empresa, aventando para tanto quebra da affectio societatis, é motivo suficiente para obter o direito à sua retirada, não havendo perquirir acerca das causas reais que o motivaram a assim proceder, mesmo porque não pode ser compelido a permanecer em sociedade contra sua vontade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.013838-2, da comarca de Santa Cecília (Vara Única), em que são apelantes José Santos da Silva e Juliane Andréa Bordin da Silva, sendo apelado Júlio Terui:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Júlio Terui ajuizou ação de dissolução de sociedade comercial, com apuração de haveres, contra José Santos da Silva e Juliane Andréa Bordin da Silva, constituída com estes em 17-2-98, sob a razão social de Silva e Terui Ltda. ME.

Aduziu que a sociedade é por cotas de responsabilidade limitada, detendo 50% das cotas — por isso é o sócio majoritário —, enquanto que os requeridos 25% cada, além de serem responsáveis pela administração da empresa.

Alega que após um ano de constituída a sociedade os réus deixaram de prestar-lhe contas, motivo pelo qual propôs que a empresa fosse administrada em conjunto, o que restou negado.

Assevera que não havendo mais interesse em continuar com a sociedade, dada a inimizade que se travou e não obtendo acordo para proceder à alteração contratual, pretende a dissolução em Juízo, com apura-

ção de haveres, na proporção da média apurada mês a mês e patrimonial nas formas dos registros contábeis e declarações de renda ano a ano.

Na resposta, os requeridos ressaltaram que os fatos articulados na inicial são inverídicos e rechaçaram os argumentos expendidos pelo requerente. Destacaram que pelo fato de a sociedade ter mais de um sócio a dissolução não pode ser total, mas parcial, com a devida apuração de haveres com base nos registros contábeis. Sustentaram que administraram a empresa com lisura, motivo pelo qual apresentam os balanços financeiros e respectivos demonstrativos. Por fim, requereram a improcedência do pedido.

Impugnação às fls. 110 a 113.

Designada audiência de conciliação, foi deferida às partes a suspensão do processo pelo prazo de 15 dias para composição, que restou inexistosa (fls. 121 e 122).

O MM. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, o pedido para declarar parcialmente dissolvida a sociedade quanto às cotas sociais do autor, em razão de sua retirada. E, após a apuração dos haveres, o pagamento deverá ser feito em 6 parcelas sucessivas corrigidas monetariamente, vencendo-se a primeira 90 dias depois do trânsito em julgado da decisão relativa à liquidação e as demais de 30 em 30 dias.

Condenou os réus em 15% dos haveres do autor, a título de verba honorária, apurados na liquidação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC.

Inconformados, os vencidos apelaram, argumentando que dos autos não restou evidenciada nenhuma animosidade ou inimizade apta a pôr fim à harmonia societária. Afirmam que o autor não pediu, nem alternativamente, a dissolução parcial da sociedade, com sua retirada e apuração de haveres; sentenciou, pois, equivocadamente o Juiz *a quo*, *ultra* e *extra petita*. Sustentam que por ocasião da contestação, dado que o pedido era de dissolução total, não argüiram a necessidade de chamar à lide a pessoa jurídica para integrá-la como litisconsorte necessário, prejudicando a defesa realizada, fato que enseja a nulidade da sentença prolatada por cerceamento de defesa. Por isso, pugnam pela nulidade ou reforma da sentença, a fim de que seja julgado improcedente o pedido formulado na exordial (fls.133 a 139).

Contra-razões às fls. 148 a 152.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível interposta por José Santos da Silva e Juliane Andréa Bordin da Silva, objetivando ver anulada ou reformada a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, determinando a dissolução parcial da empresa com a retirada do sócio autor e a apuração de seus haveres.

Primeiramente, há de se tecer alguns comentários acerca da indispensabilidade da citação da pessoa jurídica para integrar o pólo passivo da demanda, como bem lembraram os recorrentes.

É pacífico o entendimento de que nas ações de dissolução de sociedade comercial mister figurem como réus, em litisconsorte necessário a empresa — pessoa jurídica — e os demais consócios, em razão da comunhão de interesses que os vinculam, dado que o pagamento dos haveres deverá ser feito com o patrimônio da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Dissolução parcial. Legitimidade passiva. Apuração de haveres. Balanço especial.

— A ação de dissolução parcial deve ser promovida pelo sócio retirante contra a sociedade e os sócios remanescentes, em litisconsórcio necessário. Precedentes.

— Na dissolução de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a apuração de haveres do sócio retirante deve ter em conta o real valor de sua participação societária, como se de dissolução total se tratasse. Precedentes.

“Recursos não conhecidos” (REsp n. 105.667/SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. 26-9-2000, T4 — Quarta Turma).

Colaciona-se precedente da obra de Fábio Ulhoa Coelho em Código Comercial e legislação complementar anotados:

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — Dissolução parcial — Indispensabilidade da cita-

ção de todos os sócios sob pena de nulidade processual — Irrelevância da qualidade de sócio minoritário — Inteligência do art. 47 do CPC — Voto vencido. Na ação de dissolução parcial de sociedade, indispensável a citação de todos os sócios, *ex vi* do art. 47 do CPC, sob pena de nulidade processual, sendo irrelevante a qualidade de sócio minoritário, uma vez que a retirada de um dos integrantes implica alteração na participação societária dos remanescentes' (TAMG, RT 698/174)" (*in* Código comercial e legislação complementar — 5ª ed. atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Lei das Sociedades Anônimas — São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148).

No presente caso, os réus argüiram tal questão tão-somente em sede de apelação, sob a assertiva de que "se o pedido tivesse sido para dissolver parcialmente a empresa, com retirada do sócio, que não o foi, a defesa seria direcionada noutra trilha, levantando-se a necessidade do litisconsorte necessário, ou seja, a citação regular da pessoa jurídica para integrar o pólo passivo da demanda" (fl. 137).

Com efeito, a rigor, a citação da pessoa jurídica para integrar a lide era imperiosa, porém tanto fazia ser o pleito de dissolução total ou parcial, porque em ambas as hipóteses as conseqüências são semelhantes no que pertine à apuração dos haveres; portanto, é insubsistente o argumento dos apelantes de que houve cerceamento de defesa pelo fato de a decisão ter sido pela dissolução parcial.

D'outra parte, ainda que o tema se relacione com pressuposto de constituição válida e regular da relação processual, aferível em qualquer grau de jurisdição, mesmo de ofício, mas considerando-se que todos os consócios interessados foram citados regularmente, pode-se dizer que a empresa foi amplamente defendida e a eventual nulidade invocada não resultará em prejuízo para qualquer dos litigantes, até porque, além de se tratar de sociedade constituída por um pequeno número de sócios, no total de 3 (três), os interesses dos dois sócios remanescentes, legitimados passivos da relação processual, confundem-se com os da própria sociedade.

Nesse caso, não teria sentido prático a nulidade do processo, com o único fito de se proceder à citação da pessoa jurídica para integrar a lide, uma vez que necessariamente seriam os próprios demandados que receberiam a citação, além de, inclusive, defendê-la em Juízo. Nada obstante, sabe-se que a presença da sociedade em litisconsórcio passivo necessário possibilita a defesa do interesse de todos os sócios, mas estando estes ativamente envolvidos na relação processual estabelecida, e sendo-lhes assegurada a mais ampla defesa, não há por que fulminar o processo.

De qualquer sorte, não se pode esquecer que esta fase é de cunho eminentemente cognitivo, na qual se discute apenas a ocorrência da causa dissolutória, para ao final desconstituí-se o vínculo individual social, relegando-se a liquidação e a apuração de

haveres para a fase da execução. Considerando-se que somente a partir daí — na execução — que os efeitos concretos da dissolução passarão a afetar efetivamente a sociedade, é razoável não anular este processo ante a ausência da citação da empresa.

Assim, objetivando prestigiar os princípios da celeridade, efetividade e instrumentalidade do processo, deve este ser mantido tal como formulado, uma vez que a falta da pessoa jurídica como litisconsorte em nada cerceou o direito de defesa dos demandados apelantes.

É oportuno trazer à baila aresto da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, que, à unanimidade, julgou situação análoga aplicável ao caso dos autos:

“Processual e comercial — Ação de dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Sócios remanescentes e sociedade limitada (litisconsortes passivos).

“I — Desnecessidade, na ação de dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (constituída por quatro sócios), ajuizada por sócio retirante, de citação da sociedade comercial, a título de litisconsorte passivo, juntamente com os sócios remanescentes posto que, se estes foram citados, a empresa estará amplamente defendida e a eventual nulidade invocada, em face do aspecto, não resultará em prejuízo

para qualquer dos litigantes (jurisprudência do STJ).

“II — Recurso não conhecido” (REsp n. 153515/RJ, relator Min. Waldemar Zveiter, j. 27-4-1999, T3 — Terceira Turma).

Colhe-se excerto do acórdão:

“O eminente Relator (fls. 233 e 234), ao enfrentar o tema, o faz, arriando-se na melhor doutrina (João Eunápio Borges), para concluir que, sendo a empresa da qual pretende o autor se demitir da condição de sócio, uma sociedade tipicamente de pessoas, e não de capital, e, ainda mais, sendo o número de sócios muito pequeno — são quatro os sócios — não parece aberrante citar-se apenas os sócios e considerar-se, em face disto, ciente a própria sociedade.

[...]

“Contudo, no que se refere à hipótese dos autos, com número limitadíssimo de sócios, na verdade, sob o aspecto estritamente prático, os interesses dos sócios se confundem com os da própria sociedade, e bem por isso é que Egberto Lacerda Teixeira (Das Sociedades por quotas no direito brasileiro, Ed. Max Limonad, 1956, p. 381) ensina que devem ser citados, para a ação, todos os sócios, não figurando, necessariamente, a própria sociedade, cuja dissolução se pleiteia, entre os réus da ação.

“Atendendo, pois, a tais lineamentos e também ao fato de a Sociedade em comento ser constituída pelos três únicos sócios remanescentes,

estando estes citados, estará a sociedade também amplamente defendida e, não sendo o caso de litisconsórcio necessário com aquela, a eventual nulidade apontada não resultará em prejuízo para qualquer das partes contendentes, foi, pois, assim, que concluiu o eminente Relator, no aspecto de que se cogita”.

A Quarta Turma daquele Tribunal Superior também já se pronunciou:

“Dissolução parcial de sociedade. Apuração de haveres do sócio retirante. Execução. Assertiva de não-integração, no feito principal, da sociedade em questão. Matéria decidida naquela causa. Preclusão.

— Havendo sido excluída do pólo passivo da ação principal a sociedade, sem reclamo de seus sócios remanescentes, extemporânea é a insurgência por eles mesmos manifestada em execução de sentença, acerca da ausência de citação da empresa” (REsp n. 332650/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 9-4-2002).

Extrai-se do corpo do escólio:

“Conforme já salientado, os recorrentes — a despeito de conhecerem o modo pelo qual se processou o pedido de dissolução parcial — mostraram-se reticentes e, apenas depois de condenados e executados, é que se lembraram de invocar a pseudo-deficiência havida no processo de conhecimento.

“Não fora isso, a pretendida anulação do feito principal esbarraria ainda no princípio da instrumentalida-

de do processo. Somente o excessivo apego à forma é que justificaria a anulação de uma causa [...] a sociedade em questão possui amplo conhecimento dos fatos aqui versados, mormente do intento de recesso do sócio minoritário, tanto mais que os dois sócios remanescentes foram devidamente citados e responderam aos termos da demanda”.

Ademais, para arrematar: “Se a pessoa jurídica com legitimidade passiva para se opor ao pedido do autor não for citada, mas os sócios que detêm a representação legal da sociedade comparecem aos autos e defendem, em toda a sua plenitude, os interesses do ente coletivo, integra esta a relação processual, que se aperfeiçoa com a contestação apresentada. Não há, pois, obstáculo à entrega da prestação jurisdicional, sem qualquer risco de ser infringido o direito ao devido processo legal ou o princípio do contraditório” (*in* RT 659/154).

Diante dessas razões, afasta-se a arguição de nulidade do processo.

Aventam também os recorrentes que a decisão é *ultra* e *extra petita*, porque ao decidir pela dissolução parcial extrapolou o pedido formulado pelo recorrido restrito à dissolução total.

Sem razão os recorrentes.

O recorrido autor demonstrou sua intenção de retirar-se da empresa diante da notícia da quebra da *affectio societatis*, limitando-se a pedir a dissolução da sociedade pelos fundamentos e argumentos esposados nos autos.

O MM. Juiz prolator da sentença, diante da real intenção dos réus em continuarem com a sociedade, dada a resistência infundada operada contra a saída do autor, entendeu por dissolvê-la parcialmente.

Colhe-se a propósito:

“No entanto, tal afastamento não implicará na dissolução da sociedade, pois serão garantidos ao autor seus haveres sociais sem que isso importe no encerramento das atividades da firma.

“Aliás, neste sentido a norma contida no art. 335, n. 5, do Código Comercial, vem sendo abrandada pela doutrina e jurisprudência, a fim de permitir o afastamento do sócio, sem que isso acarrete a dissolução da sociedade, desde que os demais sócios continuem com tal ânimo, que é o caso” (fl.126).

O entendimento jurisprudencial que se vem sedimentando é o de que, em atenção ao princípio da preservação da empresa, havendo interesse dos sócios remanescentes em manter a sociedade, deve ser o pedido de dissolução acolhido parcialmente, a fim de se decretar a retirada do autor, ainda que o pleito tenha sido restrito à dissolução total.

Tal hipótese, ao contrário do que aduziram os recorrentes, não configura julgamento *ultra ou extra petita*, — ou seja, a mais ou diverso do pedido, respectivamente —, até porque se entende que o pedido de dissolução total, por ser mais abrangente, engloba o de dissolução parcial, não havendo, portanto, ofensa ao art. 460 do CPC.

José Waldecy Lucena explica:

“Rememore-se, a propósito do tema, um titubeio pretoriano de ordem processual, ao que parece hoje superado. Entenderam, uns poucos juizes, que, proposta a ação de dissolução de sociedade, pedido portanto determinado (cf. Código de Processo Civil, art. 286), e sobrevindo contestação dos consócios (ou do outro sócio se constituída de apenas dois), propugnando pela improcedência da ação em nome da preservação da sociedade, não podia o magistrado julgar a lide para decretar a dissolução parcial da sociedade, já que a decisão seria *extra petita*.

“A nós sempre nos pareceu que, manifestada em contestação, pelos consócios, o desejo de prosseguirem com a sociedade, tanto basta para que se julgue parcialmente procedente a ação dissolutória, para o fim de se decretar a dissolução parcial da sociedade, liquidando-se a quota social do sócio autor da demanda. É que, em nosso entender, a dissolução parcial é espécie do gênero dissolução, a qual compreende aquela e a dissolução total. Logo, a dissolução parcial está compreendida no pedido de dissolução da sociedade, consoante o brocardo *‘in eo quod plus est semper inest et minus’* e a regra do Gaio de que *‘especialia generalibus insunt’* (Digesto, L. 50, T. 17, Frg. 147), ou seja, ‘o mais sempre compreende o menos’ e o ‘especial está inserto no geral’.

[...]

“Em pedido dissolutório de sociedade, fundado em discórdia entre os sócios e nos artigos 334, V, e 336, III, do Código de Comércio, o Ministro Cordeiro Guerra, do Supremo Tribunal Federal, assim colocou a questão: ‘O que se discute nestes autos é se é admissível a dissolução de uma sociedade limitada por vontade de sócio minoritário, fundada ou infundadamente; se é possível ou não deferir-se a dissolução parcial quando pedida a dissolução total da sociedade por um único sócio’.

“[...] Pedida a dissolução total da sociedade, mas propugnando os consócios por sua continuação, não mais cabe, no estágio atual da evolução jurídica, qualquer dúvida de que deve o magistrado julgar parcialmente procedente a ação, para o fim de decretar a dissolução parcial da sociedade, mas de tal arte a ser o sócio em recesso, pré-morte, excluído ou denunciante do contrato social, pago de seus haveres sociais como se liquidação total se tratasse, ou seja, na linguagem do culto Ministro, fazendo-se a apuração ‘com a maior amplitude possível com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo’” (*in* Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 817 e 818).

Esta Corte de Justiça já decidiu:

“Ação ordinária de dissolução de sociedade comercial. Pedido implícito de dissolução parcial. Preservação da empresa. Quebra do princípio da *affectio societatis*. Separação judi-

cial de sócios casados. Código Civil de 2002, art. 1.029, *caput*. Legitimidade passiva *ad causam*. Sócios e empresa. Resistência à pretensão da autora. Instauração do conflito. Condenação nos ônus sucumbenciais. Pedido de arbitramento dos honorários advocatícios do ex-patrono dos demandados, não conhecido. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 99.021933-0, de Chapecó, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

E mais:

“Evidenciando-se sério dissenso entre os sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, socorre ao sócio dissidente, minoritário ou não, a teor do disposto no art. 15 do Dec. n. 3.807/19 e art. 336 do Código Comercial, o direito de se retirar da empresa — direito de recesso — cabendo-lhe recebimento de sua participação social, apurada em balanço contábil especialmente levado a efeito, sem que isto importe na dissolução da empresa que poderá seguir com os sócios remanescentes, e se este restar solitário poderá requerer a transformação da sociedade em firma individual. As alegações de impropriedade administrativa imputadas contra o sócio deverão restar cabalmente comprovadas para que derivem os pretendidos efeitos legais” (Ap. Cív. n. 1999.003536-0, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello).

Nada obstante, os próprios recorrentes na contestação reconhecem ser o caso de dissolução parcial e não total: “Há porém que se observar, no caso vertente, que a dissolução desta

sociedade, por ter ela mais de um sócio, não pode ser total como equivocadamente requer o autor. Trata-se de dissolução parcial de sociedade e nada obsta que sejam apurados os haveres dos sócios com base nos registros contábeis e declarações de renda” (fl. 86).

Convém, por fim, ressaltar que os apelantes insistem em enfatizar a ausência de provas dos motivos que levaram o apelado a pretender a dissolução da sociedade, alegando inclusive que não foram ouvidos, sendo o julgamento antecipado divorciado das provas a demonstrar a ocorrência dos fatos articulados na inicial, afrontando os princípios elementares do processo.

O Magistrado escorreitamente ponderou: “Analisando-se o art. 656, § 2º, do CPC/39, vê-se a possibilidade do julgamento antecipado da lide, caso estejam provadas as alegações do autor, que é o caso dos autos, sendo desnecessária a produção de provas em audiência”.

E continua:

“Na espécie, o desaparecimento da *affectio societatis* é evidente, tanto que o autor busca a tutela jurisdicional para se retirar da sociedade, impondo-se a dissolução da sociedade comercial, com a apuração dos haveres do sócio dissidente.

“Questões levantadas pelas partes como a prestação ou não de contas não são relevantes no momento, pois o que importa verificar é se existe o ânimo dos sócios em continuarem como tal” (fl. 126).

Dessarte, o simples fato de um dos sócios manifestar seu interesse de se retirar da empresa, aventando para tanto quebra da *affectio societatis*, é motivo suficiente para obter o direito à sua retirada, não havendo de se perquirir acerca das causas reais que o motivaram a assim proceder, mesmo porque não pode ser compelido a permanecer em sociedade contra sua vontade.

Destaca-se acórdão proferido pela antiga Quarta Câmara Civil, na Apelação Cível n. 2000.017569-2, da Capital, da relatoria do Des. Pedro Manoel Abreu, cujo tema restou amplamente abordado:

“Direito de empresa. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Quebra da *affectio societatis*. Direito de retirada. Faculdade do sócio. Ação de dissolução parcial. Instrumento jurídico adequado. Solução que agrega a liberdade individual dos sócios e a permanência do empreendimento.

“A reunião do direito constitucional de associação (art. 5º, XVII) com o valor objetivo da livre iniciativa, princípio geral da atividade econômica também com fundamento constitucional (art. 170), resulta na possibilidade de ingresso, constituição e retirada de empresa.

“No caso específico do afastamento de sociedade, tal faculdade denomina-se direito de retirada, e deve ser exercida regularmente sem afetar os interesses dos demais integrantes do ente societário e da própria coleti-

vidade em que a empresa vive e prospera, pois reconhecido que a primazia do interesse público sobre o interesse privado não é atributo exclusivo do Direito Administrativo, devendo permear toda a ordem jurídica, inclusive o Direito Privado.

‘O sócio não é obrigado a permanecer, contra sua vontade, numa sociedade a prazo indeterminado. Sua liberdade constitui um direito inalienável e incontestável. Esta liberdade interessa-lhe sobremodo, mas a garantia de seu exercício diz respeito também à coletividade. Não pode, nem deve, pois, ficar escravizado ao organismo comercial, após falecer-lhe a *affectio societatis*. Por isso lhe é reconhecido o direito de retomar sua liberdade’ (Rubens Requião).

‘Define-se retirada como o direito de o sócio se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade, por ato unilateral de von-

tade. [...] Se a sociedade é contratada por prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se a qualquer momento (CCom, art. 335, n. 5), já que, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, que informa o direito contratual, ninguém pode ser obrigado a manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indefinido’ (Fábio Ulhoa Coelho)”.

Por tais razões, o recurso não merece provimento.

Pelo exposto, a Câmara, por unanimidade, decidiu pelo desprovisionamento do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 24 de junho de 2004.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.026357-0, DA CAPITAL

Relator designado: Des. Luiz César Medeiros

Responsabilidade civil — Ação de indenização — Acidente de trânsito — Morte de criança — Prestação de alimentos aos pais — Descabimento — Dano moral.

Partindo-se da premissa de que a indenização por morte compreende a prestação de alimentos tão-somente a quem o defunto os devia, e que a reparação decorrente da aplicação do verbete n. 491 da Súmula do Supremo Tribunal Federal tem caráter compensatório pretium doloris, “em se tratando de menor que ainda não trabalhava, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais” (REsp n. 74.532/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.026357-0, da comarca da Capital, em que é embargante o Estado de Santa Catarina e embargada Maria Tereza Chaves Pavin:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, dar provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Des. Vanderlei Romer, relator originário, e Cesar Abreu que deram provimento parcial, e o Des. Francisco Oliveira Filho que negou provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Irresignado com a sentença que julgou parcialmente procedente pedido veiculado em ação de indenização, a par da remessa necessária, recorreu o Estado de Santa Catarina. A então Sexta Câmara Civil, por maioria de votos, decidiu pelo desprovisionamento da apelação e, em sede de reexame, fixou o percentual da verba advocatícia no mínimo legal, bem como isentou a Fazenda Pública do

pagamento das custas processuais.

Daí os embargos infringentes opostos com arrimo no voto dissidente do eminente Des. Newton Trisotto: “em se tratando de menor que ainda não trabalhava, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais”.

Asseverou o recorrente que, à época da ocorrência do sinistro que ceifou a vida do filho da autora embargada — e que deu azo à *actio* —, ele contava com apenas 6 (seis) anos de idade, e, como não poderia deixar de ser, não exercia qualquer atividade remunerada. Dito de outra forma, não contribuía para o sustento de sua genitora, não havendo falar em dependência econômica. E, via de consequência, incabível a reparação patrimonial, orientação esta encerrada no posicionamento minoritário, por cuja prevalência clamou o inconformado.

A embargada impugnou as razões do reclamo e postulou a manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dou-

tor Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo desprovemento dos embargos infringentes.

II — Voto

A questão motivadora da interposição dos presentes embargos cinge-se à viabilidade legal de ser imposta obrigação de pagar alimentos aos pais de vítima de tenra idade, e que, por óbvio, não exercia qualquer tipo de atividade remunerada e muito menos contribuía com a manutenção da sua família.

Malgrado a expressiva posição dos tribunais pátrios no sentido de sua admissão, tenho firme a convicção de que, se a vítima ainda não se encontrava em idade que fosse possível exercer atividade laboral, torna-se inviável a fixação de verba alimentar em favor de seus pais, com base unicamente na presunção de que poderia vir a contribuir com o sustento destes.

Essa presunção, absolutamente falível, *data venia*, não tem o condão de caracterizar direito subjetivo à indenização alimentar. Trata-se, quando muito, de mera expectativa de que esse direito possa vir a se concretizar, e a expectativa de direito, como sabido, não confere ao titular o *jus postulandi*, não obstante o reconhecimento da garantia constitucional do direito de ação.

É assente na doutrina que “inexiste o direito antes que todos os seus elementos constitutivos estejam

preenchidos. Quando está em curso esse preenchimento, ou seja, quando algum ou alguns desses elementos já está cumprido, mas outro ou outros não o estão, existe meramente a probabilidade de aquisição de um direito, mas não existe o direito. Nesse caso, de probabilidade — repita-se — não existe o direito, mas tão-somente uma expectativa de direito” (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Anotações sobre o direito adquirido do ângulo constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UNG, vol. 1/1999, p. 197, *in* Juris Síntese Millennium, jan./fev. 2004).

Para Arnold Wald, “a simples expectativa não autoriza nem mesmo a prática de atos conservatórios, constituindo mera esperança” (Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, vol. 1, p. 165).

Na definição de Washington de Barros Monteiro, “a expectativa é mera possibilidade de adquirir um direito. No expressivo dizer de Andréa Torrente, é direito *in fieri*, em formação”, acrescentando adiante que “expectativa de direito é o nada jurídico” (Curso de direito civil. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, vol. I, p. 166 e 167).

Na redação do art. 1.537, inc. II, do Código Civil de 1916, consta que a indenização, no caso de homicídio, incluirá o pagamento da prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto devia, e não para as quais futuramente poderia vir a dever. O art. 948, inc. II, do Código Civil em vigor, traz a mesma orientação.

Na verdade, como se verá, com a inquestionabilidade da indenização de cunho puramente moral, inclusive positivada na Constituição Federal (art. 5º, inc. X) e no Código Civil (art. 186), não mais se justifica o contorno adotado na Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal para obrigar a reparação aos pais pela perda dos filhos ainda em tenra idade.

A construção pretoriana se justificava plenamente, pois, no caso de morte de crianças e adolescentes que ainda não exerciam atividades econômicas, a indenização se restringia, quando não havia tratamento médico ou outros gastos, unicamente às despesas com o funeral.

Sobre o tema, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, fixou o seguinte entendimento:

“Em se tratando de menor que ainda não estava trabalhando, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais” (REsp n. 74532/RJ; REsp n. 190.668/SP).

“Direito civil — Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento. Vítima menor de 11 (onze) anos de idade, que não exercia atividade remunerada à época do acidente. Dano material indevido. Precedente da turma. Dano moral. Critérios. Recurso desprovido.

“I — Em se tratando de menor (no caso, com onze anos de idade) que ainda não exercia atividade remunerada, mais razoável se apresenta a

orientação que não acolhe pensionamento aos pais a título de dano material mas sim indenização por dano moral, fixando-se desde logo o *quantum*, a evitar futura liquidação.

“II — Na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 85.205/RJ).

“Se o menor não trabalhava nem havia tido empregos anteriormente, em princípio os seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais” (REsp n. 28.861/PR).

Desse último aresto, também afinado com a linha de pensamento ora sustentada, merece seja destacado excerto do voto proferido pelo Ministro Athos Carneiro:

“Eminentes colegas, frisou o ilustre patrono do recorrente, da tribuna, que o evento fatal ocorreu antes da vigência da atual Constituição, que, se assim posso dizer, elevou ao patamar constitucional a indenização dos danos puramente morais. Todavia, já anteriormente vínhamos, pelo menos parte ponderável da jurisprudência, na trilha de numerosos escólios doutrinários, deferindo a indenização pelo dano moral puro; a respeito, eu mesmo tive oportunidade de manifestar-me reiteradas vezes, quando ainda integrava o Tribunal de Justiça do meu Estado natal.

“É certo que o Supremo Tribunal Federal, em vários acórdãos, indeferiu a concessão cumulativa de indenização por danos morais, em casos de acidentes fatais com vítimas menores. Aí, entretanto, ocorre uma circunstância relevante: o Pretório Excelso opunha, por muitos de seus membros, não por todos, reservas à indenização ampla do dano moral puro.

“Daí passaram a ser concedidas indenizações aos progenitores de menores vitimados, por danos ditos materiais, mas que real e efetivamente constituíam indenizações por danos morais. Realmente ocorria, como o disse, se não estou equivocado, Mário Moacir Porto, eminente Des. aposentado do Tribunal de Justiça da Paraíba e advogado no Rio Grande do Norte atualmente, obra de ‘futurologia jurídica’. Era previsto, em antecipação do futuro, que aquele menor, às vezes de tenra idade, iria contribuir para a manutenção da família. Interessante é que se concedia essa indenização, afirmada de danos materiais, desde a data do evento, e não desde a data em que o menor poderia legalmente começar a trabalhar, tudo relevando que, em verdade, se estava deferindo indenização pelo dano moral a color de compensar futuros, eventuais e problemáticos danos de natureza material. Por esse motivo, quiçá, é que tal indenização, porque por danos morais deveria ser paga durante um tempo certo, era limitada até a data em que a vítima completaria 25 anos.

“Agora, parece-me mister distinguir as duas situações: a primeira, a da morte do menor de tenra idade ou que ainda não trabalha, quando entendido cabível apenas a indenização por danos morais; e a segunda — a quem aludem alguns acórdãos a que fez referência o Eminentíssimo Ministro Relator — é a situação da indenização por morte de menores que já trabalhavam e efetivamente ajudavam os pais. Neste caso, não se estará fazendo obra de ‘futurologia jurídica’ mas se está encarando danos concretos e realmente ocorrentes [...]”.

O Ministro Cesar Asfor Rocha relatou precedente de igual teor:

“Civil. Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Viajante de trem. Pingente.

“O só fato de a vítima viajar como pingente não afasta a responsabilidade da ferrovia.

“Hipótese em que o menor, integrante de família de parques recintos, faleceu aos 14 anos e não trabalhava.

“Condenação apenas em dano moral.

“Juros moratórios devidos a partir da citação (Enunciado 54 da Súmula do STJ).

“Recurso conhecido e parcialmente provido” (REsp n. 49.542).

Consoante o referido voto, e conforme já adiantado, é de fácil percepção que hodiernamente as bases argumentativas que fundamentaram a

Súmula 491 não mais persistem. Com a positivação do dano moral na Constituição da República, e mesmo antes da edição da Lei n. 10.406/2000 — Código Civil, com a pacificação do entendimento de ser ele indenizável mesmo que inócua qualquer abalo econômico, não tem mais sentido seja estabelecida por ficção uma pensão alimentícia que na verdade cumpriria o desiderato de compensar a dor e o sofrimento, sem nenhum atrelamento a eventual prejuízo de ordem econômica.

Giza-se que o enunciado da Súmula 491 procurou equacionar a resistência do próprio Supremo Tribunal Federal em acolher a possibilidade da indenização do dano moral puro, à falta de norma expressa que a autorizasse, não obstante a doutrina e os tribunais progressivamente já viessem sufragando a tese da reparação plena — material e moral.

Como hoje isso não mais ocorre, não há base legal e inclusive afronta o princípio de razoabilidade a fixação de pensão alimentícia por morte de criança ou adolescente que não exercia atividade econômica.

Constata-se inclusive dos julgados acima colacionados que a Corte Superior caminhou para uma solução que se mostra bastante adequada. Ao mesmo tempo em que afirmou ser incabível o pagamento de pensão alimentícia aos pais de filho menor que não contribuía para o sustento da casa, concordou que fosse estabelecida pensão até a data em que a vítima completaria 25 anos, mas exclusivamente

a título de dano moral. Noutros termos, firmou o entendimento de que os danos morais deveriam ser estabelecidos em quantia fixa, ou parcelada, tendo como parâmetro o total dos valores que a vítima eventualmente contribuiria para o sustento de seus familiares até os 25 anos.

Esse é o conteúdo do esclarecedor voto proferido pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que ostenta a seguinte ementa:

“Responsabilidade civil. Filho menor. Indenização. Seguro. Dano moral e dano pessoal.

“1. A indenização pelo dano moral decorrente da morte de filho menor com cinco anos de idade, que ainda não trabalhava e não auxiliava no sustento dos pais, pode ser calculada sobre a possível contribuição que prestaria durante a sua provável sobrevida, até o limite de 25 anos.

“2. O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Recurso conhecido e provido em parte” (REsp n. 106.326/PR).

No desenvolvimento de sua argumentação, registrou Sua Excelência:

“2. Sobre a questão da fixação do *quantum* indenizatório do dano moral, para reparar a morte de filho menor, tendo sido deferido um valor que leva em conta o tempo em que a vítima auxiliaria para a alimentação dos pais, esta eg. 4ª Turma tem estabelecido a seguinte distinção: se a vítima era de tenra idade e não presta-

va contribuição para o sustento da família, a indenização pode ser calculada sobre uma possível contribuição que prestaria até os 25 anos de idade, e o *quantum* assim apurado, pago de uma só vez, ou em prestações mensais, corresponde à reparação do dano moral pela perda do filho. Se a criança já trabalhava e contribuía, ou tinha condições de auxiliar no sustento dos pais, o limite a considerar se eleva para 65 anos.

“No REsp n. 57.782/CE, com a ementa que segue, assim fundamentei o voto:

‘Responsabilidade civil. Morte de filho menor de tenra idade. Dano moral. Limite temporal da pensão.

‘1. O dano sofrido pelos pais em decorrência da morte de filho menor de tenra idade, que ainda não trabalhava e tampouco contribuía para o sustento da família, é de natureza extrapatrimonial e pode ser indenizado através de uma pensão mensal.

‘2. Nesse caso, o limite temporal do pensionamento pode corresponder à data em que a vítima completaria vinte e cinco anos de idade.

‘Recurso não conhecido’.

“A jurisprudência desta eg. 4ª Turma tem concedido indenização por morte de filho menor de tenra idade a título de reparação pelo dano extrapatrimonial ou moral, uma vez que inexistente o dano material, pois a criança, que ainda não trabalhava, tampouco contribuía para o sustento da família. No julgamento do REsp n.

55.209-5/MG, tive oportunidade de afirmar: ‘Tratando-se de vítima de tenra idade, que ainda não trabalhava, a indenização corresponde à reparação do dano moral sofrido pelos pais, podendo ser estipulada em quantia fixa, ou na forma de pensão, para cujo cálculo se toma em consideração, como termo *ad quem*, a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos de idade. Nos demais casos, contando com mais de 14 anos, contribuindo para o sustento dos pais, ou podendo para isso contribuir, o limite a considerar é o de quando ela atingiria a idade de sessenta e cinco anos, ou a expressa na tabela progressiva de duração provável de vida, adotada pela previdência social, como mais recentemente vem sendo decidido’. Invoquei como precedente o REsp n. 19.186-0/SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo, que citava, por sua vez, o REsp n. 8.861-0/PR e o REsp n. 32.5773-4/ES. Nos autos já foi feita remissão ao REsp n. 28809, 3ª Turma, rel. Min. Dias Trindade: ‘A indenização pela morte de filho de tenra idade, fixada em forma pensional, dura até quando a vítima atingiria 25 anos’.

“Na espécie, a r. sentença, mantida quando do julgamento da apelação, deferiu uma verba única a título de indenização pelos dois danos: ‘Nesta verba indenizatória única, portanto, se inclui a indenização referente aos danos patrimonial e moral’. Se algum reparo tivesse que ser feito a essa decisão, seria para excluir a referência ao dano material, o que se mostra inviável por se tratar de recurso interposto pelo autor.

“Para a definição do limite de tempo para a duração do pensio-namento, já foi dito acima qual o parâmetro que deve ser adotado em casos tais: escolhe-se a idade de vinte e cinco anos porque permite a concessão de um quantitativo de indenização que satisfaz a necessidade de reparação do dano moral sofrido pelos pais com a perda do filho [...]”.

Além do Superior Tribunal de Justiça, há outros precedentes que referendam o posicionamento de ser indevido o pagamento de pensão alimentícia a título de dano material:

“Responsabilidade civil. Transporte gratuito de menor, sobre a carga, em caminhão do município. Acidente, de que lhe resulta a morte, causado pela má conservação do veículo. Ação indenizatória promovida pelos pais da vítima, que contava apenas nove anos de idade. Sentença agasalhadora do pedido, sujeitando o município ao ressarcimento de danos materiais, sob forma de pensionamento, e de dano moral, em valor fixo. *Reforma parcial, em reexame oficial, mantendo-se apenas a indenização por dano moral*, prejudicado o recurso voluntário” (TJMG, Apelação Cível n. 000.117.156-0/00, comarca de Montes Claros, Des. Rubens Xavier Ferreira, publ. 9-6-1999).

“Indenização por danos materiais e morais — Morte de menores por afogamento — Culpa concorrente entre o município e os pais dos menores — Forma de condenação.

“1. A falta de sinalização e fiscalização por parte do Município em

praia artificial por ele mantida e explorada turisticamente, conjugada com a falta da devida cautela no dever de guarda dos filhos caracteriza a culpa recíproca por resultado danoso que acarretou a morte de três crianças.

“2. São cabíveis somente danos morais como indenização por morte de menores, *in casu*, afastada a possibilidade de estipulação de danos materiais devido a inexistência de prejuízo patrimonial, uma vez que os menores não podiam, nem exerciam atividades laborativas.

“3. A condenação que tem como base o valor do salário mínimo deve espelhar-se na época do pagamento e não da data de citação (Ap. Cív. n. 000.318.763-0/00, *in DJMG 12-8-2003*, rel. Des. Pedro Henriques).

“Indenização por dano material

“Necessária a comprovação da perda patrimonial para caracterizar-se o dano material. Inaceitável a tese que nas famílias de baixa renda todos contribuem de alguma forma para o sustento, eis que, atualmente, muitos apenas estudam existindo inclusive percentual de vagas nas Universidades Públicas para os estudantes originários da escola pública. Existência nos autos prova de que o filho da autora era estudante da rede pública (fl. 30). Indenização por dano moral. O simples fato da perda de um ente querido presume o sofrimento e o nexó causal como suporte da responsabilidade moral — Valor indenizatório fixado em parâmetro compatível com a situação social da autora. Fixação

de honorários compatíveis. Manutenção parcial da sentença” (TJRJ n. 2003.009.00294, Décima Terceira Câmara Cível, Des. Marco Aurélio Froes).

“Constitucional e civil — Indenização — Acidente — Queda de um fio de alta tensão — Lesões — Responsabilidade da Cemig — Subjetiva — Omissão — Prestação de serviço público deficiente — Ausência de fiscalização e vigilância — Procedência parcial da postulação — Danos estéticos, morais e materiais — Cumulação — Possibilidade — Pensão indevida — Acidente envolvendo menor de tenra idade — Inteligência do art. 37 da Constituição da República e Súmula 37 do colendo STJ.

“É devida indenização ao autor que, ao trafegar a cavalo por uma área rural, veio a sofrer acidente em decorrência da queda de um fio de alta tensão sobre si, posto que a responsabilidade do Estado, nesta hipótese, é subjetiva, decorrente da omissão em prestar serviço eficiente, o qual, ao contrário, apresentou-se deficiente e carecedor da indispensável fiscalização e vigilância. São perfeitamente cumuláveis os danos morais, estéticos e materiais ocasionados pelo acidente.

“Acidente envolvendo menor de tenra idade e que não colaborava ainda para o sustento dos pais, não deve ser indenizado a título de pensão” (TJMG, AC n. 1.0000.00.330192-6/000, comarca de Vazante, rel. Des. Dorival Guimarães Pereira).

Sobre o tema, pondera o Desembargador Yussef Said Cahali: “Não se pode extrair, portanto, da Súmula 491 do STF uma pretensão responsabilidade por dupla indenização (danos patrimoniais e danos morais) para impô-la obrigatoriamente a pretexto da cumulatividade admitida pela Súmula 37 do STJ” (Dano Moral. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 136).

E acrescenta:

“A jurisprudência tem sabido ministrar em cada caso a solução adequada, assim:

“4ª Turma do STJ: Nos termos do enunciado 37 da Súmula da Corte, com suporte constitucional, ‘são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato’. Se o menor não trabalhava nem havia tido empregos anteriormente, em princípio os seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais (4ª Turma do STJ, 14-12-1992, RSTJ 50/305 e RT 698/236)” (ob. cit., p. 136 e 137).

Em trabalho intitulado “Dano Moral no Direito Brasileiro”, o professor e ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite ensina que, “da negativa peremptória à plena aceitação da tese da reparabilidade do dano moral em sua verdadeira acepção, passamos por um estágio de transição, marcado basicamente por duas posições. Uma, com raízes na chamada doutrina eclética, que ainda hoje encontra al-

guns adeptos, exigindo repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, em verdade, indeniza-se o dano econômico indireto, e não o moral, e a outra, posta em admitir a reparação do dano moral de forma oblíqua. O verbete 491 da Súmula do Supremo Tribunal Federal resulta dessa última. Ao dizer indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, admitiu um hipotético dano de natureza material, à guisa de sucedâneo, indenizando-se, destarte, o dano moral sob o color da reparação de lesão patrimonial” (Publicação da *Home Page* da Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro).

Em conclusão, mostra-se razoável a afirmação de que a reparação decorrente da aplicação do verbete n. 491 da Súmula do Supremo Tribunal Federal tem caráter compensatório *pretium doloris*. Não há ser aceita sem restrições a idéia de uma indenização material calcada na simples e mera conjectura de que a criança trabalhará a partir de determinado ano e ajudará seus pais até os 25 anos, ou, como se tem entendido, até os 65 anos.

Ante o exposto, dá-se provimento aos embargos infringentes para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido deduzido na inicial.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator designado, por maioria de votos, deram provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Des. Vanderlei Romer, relator originário, e Cesar Abreu que deram provimento parcial, e o Des. Francisco Oliveira Filho que negou provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Vanderlei Romer, Rui Fortes, e Nicanor da Silveira, e, com voto vencido o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 10 de março de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;
Luiz César Medeiros,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Mantenho, *data venia*, o entendimento de fl. 249 *usque* 255, o qual, por brevidade, passa a fazer parte desta manifestação.

Francisco Oliveira Filho.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.019580-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Rui Fortes

Mandado de segurança — Professor — Gratificação de incentivo à regência de classe — Readaptação — Função burocrática — Supressão da benesse — Impossibilidade — Exegese do art. 36 da Lei n. 6.745/85 — Ordem concedida.

Os professores da rede estadual de ensino, readaptados por problemas de saúde, fazem jus ao recebimento da gratificação de regência de classe, desde que comprovem o seu recebimento antes do ato da readaptação funcional. Isso porque, a teor do que preceitua o art. 36 da Lei n. 6.745/85, o qual tem aplicação subsidiária ao Estatuto do Magistério Estadual (art. 219 da Lei n. 6.844/86), os servidores não podem sofrer decesso remuneratório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2002.019580-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Marlene dos Santos Oliveira, sendo impetrado o Secretário de Estado da Educação e do Desporto:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a ordem com efeitos pretéritos, desde que o montante da dívida não ultrapasse o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, ou, se ultrapas-

sar, com efeitos pretéritos até 120 (cento e vinte) dias da impetração.

Sem custas.

I — Relatório

Marlene dos Santos Oliveira impetrou mandado de segurança contra ato considerado abusivo e ilegal praticado pelo Sr. Secretário de Estado da Educação e do Desporto, aduzindo ser professora da rede estadual de ensino, e que vinha exercendo normalmente suas funções em sala de aula quando, por problemas de saúde, foi readaptada para outra atividade durante períodos sucessivos que

variaram entre 7 (sete) meses e 2 (dois) anos, tendo a primeira readaptação ocorrido em março de 1993, identificada pela Portaria n. 5.035/SJA, perdurando a última até a presente data. Acrescentou que, em razão da readaptação funcional, deixou de perceber a Gratificação de Incentivo à Regência de Classe, sustentando que o ato praticado pela autoridade fere o disposto nos arts. 49 da Lei n. 6.844/86 e 36 da Lei n. 6.745/85. Ao final, requereu a concessão de liminar e a sua confirmação em definitivo para que a autoridade retome o imediato pagamento da aludida gratificação.

Deferida a liminar (fl. 40) e notificada a autoridade impetrada, vieram as informações (fls. 44 a 51), destacando que o art. 49 da Lei n. 6.844/86 (Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina), o qual tem idêntica redação ao art. 36 da Lei n. 6.745/85 (Estatuto do Servidor Público do Estado de Santa Catarina), foi revogado pela LC n. 49/92. Esclareceu que os professores de 1ª a 4ª séries do primeiro grau recebem a denominada Gratificação de Incentivo à Regência de Classe, instituída pela Lei n. 1.139/92, a qual se dirige única e exclusivamente aos professores em efetivo exercício em sala de aula. Derreadamente, após outras considerações, rogou pela denegação da ordem.

Na seqüência, sobreveio o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança (fls. 54 a 59).

II — Voto

A segurança há de ser concedida.

Isso porque a matéria encontra-se pacificada nesta egrégia Corte, no sentido de que o professor da rede estadual de ensino, uma vez agraciado com o recebimento mensal da “Gratificação de Incentivo à Regência de Classe”, não poderá perder a benesse a pretexto de readaptação por problemas de saúde, pois o remanejamento funcional não deve ser confundido com o instituto da transferência, acarretando decesso ou aumento na sua remuneração (art. 36 da Lei n. 6.745/85).

Na espécie, a impetrante demonstrou, por meio da documentação acostada às fls. 13 a 17, ter sido readaptada para funções burocráticas por períodos sucessivos que variaram entre 7 (sete) meses e 2 (dois) anos, e que antes disso vinha percebendo regularmente a aludida gratificação (fls. 18 a 37).

Por outro lado, a autoridade impetrada sustenta seu ato no argumento de que o art. 49 da Lei n. 6.844/86 (Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina) foi revogado pelo art. 33 da LC n. 49/92, e que a gratificação de regência de classe é prevista única e exclusivamente aos professores que estiverem no efetivo exercício das funções de ensino em sala de aula.

A readaptação, por sua vez, está prevista no art. 48 da Lei n. 6.844/86, *in verbis*:

“Art. 48 — Dar-se-á a readaptação funcional quando, não sendo possível a transferência, ocorrer modificação do estado físico ou das condições de saúde do funcionário, que aconselhe o seu aproveitamento em atribuições diferentes, compatíveis com a sua condição funcional”.

O art. 49 do mesmo diploma legal, o qual foi expressamente revogado pelo art. 33 da LC n. 49/92, possuía a seguinte redação:

“Art. 49 — A readaptação não acarretará decesso nem aumento de remuneração”.

A LC n. 49/92 também foi revogada pela Lei n. 1.139/92, não havendo repristinação do art. 49 da Lei n. 6.844/86, por omissão legislativa; entretanto, por força do art. 219 da Lei n. 6.844/86, aplica-se ao caso, subsidiariamente, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, que em seu art. 36 dispõe:

“Art. 36. A readaptação não acarretará decesso nem aumento de remuneração”.

Dessa forma, não merece respaldo a alegação da autoridade de que houve ofensa ao princípio da legalidade preconizado no art. 37, *caput*, da CF/88, de sorte que a legislação em vigor assegura a continuidade do pagamento da gratificação em tela ao professor readaptado.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A readaptação, ainda que provisória, em cargo de remuneração inferior ao originário, não retira da professora o direito de perceber a Gratificação de Estímulo à Regência de Classe, sob pena de violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos” (STJ — ROMS n. 9.545/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, *in* DJU de 4-2-02, p. 541).

Sem destoar desse posicionamento, vem decidindo a Corte catarinense:

“O professor readaptado em razão de enfermidade resultante da sua função não perde o direito às gratificações de ‘incentivo à regência de classe’ ou de ‘incentivo à ministração de aulas’, se já as percebia (Lei n. 1.139/92, arts. 10 e 11)” (MS n. 1999.012109-7, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto). No mesmo sentido: MS n. 2002.023208-0, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho; MS n. 2000.012701-9, rel. Des. Volnei Carlin; MS n. 2000.018243-5, rel. Des. Luiz César Medeiros; MS n. 2002.027484-0, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer; MS n. 2002.010344-1, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu; MS n. 2000.007774-7, rel. Des. Gaspar Rubik; MS n. 1999.015779-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; MS n. 1999.012931-4, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi.

Quanto aos valores relativos à mesma gratificação não pagos pelo Estado antes da impetração do *writ*, firmou-se o entendimento no colendo Grupo de Câmaras de Direito Público

de que, não obstante o disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF, a ordem deve retroagir para gerar efeitos também sobre aquelas parcelas.

Tal orientação advém da tese de que o *mandamus* em apreço não está sendo utilizado como substitutivo de ação de cobrança, mas, sim, como remédio corretivo ao ato que suprimiu o direito de receber mensalmente a Gratificação de Incentivo à Regência de Classe garantida por lei, ainda que o servidor tenha sido readaptado para o exercício de função que não aquela de ensino em sala de aula.

Nessa vertente, já decidiu o excelso Pretório:

“O mandado de segurança não se confunde com a ação de cobrança. Toda ação repousa na causa de pedir. Não se pode, em mandado de segurança, deduzir fato gerador de direito de crédito para reclamar pagamento. A Lei n. 5.021/66 veda, no *mandamus*, pedir vencimentos e vantagens pecuniárias. Diferente, entretanto, se a causa de pedir for ilegalidade da sanção administrativa aplicada. No caso, concedida a segurança, repõe-se a situação jurídica anterior, em consequência, também o pagamento do que fora ilegalmente suspenso. A prestação jurisdicional cumpre ser exaustiva, no sentido de repor, às inteiras, quanto possível, o direito reconhecido” (STJ — ROMS n. 3.074-1/PR (93.0014149-0), rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). No mesmo sentido: STF, RO n. 24.263-2/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 1º-4-03.

Nesses termos, deve a segurança ser concedida com efeitos pretéritos, desde que o montante da dívida não ultrapasse o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, ou, se ultrapassar, com efeitos pretéritos até 120 (cento e vinte) dias da impetração.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a ordem com efeitos pretéritos, desde que o montante da dívida não ultrapasse o limite previsto no art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, ou, se ultrapassar, com efeitos pretéritos até 120 (cento e vinte) dias da impetração.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu, Nicanor da Silveira, Sônia Maria Schmitz, Jaime Ramos, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2005.

Newton Trisotto,
Presidente, com voto;
Rui Fortes,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.018381-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Nicanor da Silveira

Desapropriação — Utilização do bem desapropriado para finalidade diversa — Retrocessão — Impossibilidade de devolução do bem — Perdas e danos — Indenização devida.

De acordo com a jurisprudência mais recente e predominante no Superior Tribunal de Justiça, não cabe a devolução do imóvel ao anterior proprietário quando este já estiver incorporado ao patrimônio público, sendo devidos perdas e danos apenas nos casos em que ocorrer desvio de finalidade. Assim, o direito à retrocessão pode ser reconhecido, mas se resolve em perdas e danos.

Ônus da sucumbência — Exclusão da condenação do litisconsorte necessário.

In casu, é inequívoco que quem deu causa à instauração do presente processo foi única e exclusivamente o município de Blumenau, que realizou negócio jurídico com imóvel que adquiriu pela via da desapropriação sem oportunizar o exercício do direito de preferência aos anteriores proprietários, não havendo, pois, em homenagem ao princípio da causalidade, como responsabilizar os adquirentes do referido imóvel pelas custas processuais e honorários advocatícios.

Honorários advocatícios — Fixação em 10% da condenação quando vencida a Fazenda Pública — Entendimento pretoriano.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.018381-7, da comarca de Blumenau, em que são apelantes Ingo Staack, Edilamar Staack e o município de Blumenau e apelados Úrsula Mailer e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar parcial provimento à remessa para determinar que a condenação do município de Blumenau seja convertida no pagamento de perdas e danos aos apelados e fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, e parcial provimento ao recurso voluntário para isentar Ingo e Edilamar Staack do pagamento dos ônus sucumbenciais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Úrsula Mailer e seus filhos, Fredi Mailer e Márcio Mailer, ajuizaram ação ordinária para a obtenção de retrocessão de imóvel expropriado c/c reivindicatória, com pedido alternativo de condenação em perdas e danos contra o município de Blumenau e Ingo Staack e sua esposa, Edilamar Staack.

Noticiam que a autora e seu falecido marido foram proprietários de um imóvel situado no município de

Blumenau e que este, por força do Decreto n. 2.503, de 22-8-1985, foi declarado de utilidade pública para fins de desapropriação. Salientam, ainda, que consta no referido decreto que a finalidade da desapropriação seria a construção de um cemitério municipal.

Asseveram, também, que foi o Município imitado na posse do referido imóvel em 27-2-86 e que, posteriormente, foi assinada a respectiva escritura pública.

Argumentam que, passados quase 15 anos da expropriação, nenhum cemitério foi construído no local, tendo o Município, em 10-4-1999, firmado compromisso de permuta com os réus Ingo e Edilamar Staack, obtendo dois imóveis de propriedade destes na negociação e transferindo a propriedade do imóvel expropriado para particulares.

Requereram, ao final, a anulação da escritura de desapropriação amigável e a de permuta de bens imóveis e, sucessivamente, a restituição do bem em litígio aos autores, com todos os seus acessórios, imitando-os na posse deste. Alternativamente, pleitearam a condenação do Município ao pagamento das perdas e danos a que deu causa, consistindo na diferença entre o preço da desapropriação, que teriam de repor caso lhes fosse assegurado o direito de preferência, e o preço atual do imóvel, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Contestação dos requeridos, às fls. 56 a 68 do município de Blumenau e às fls. 82 a 95 de Ingo e Edilamar Staack.

Devidamente instruído e processado o feito, sobreveio a entrega da prestação jurisdicional, tendo a Togada *a quo* consignado:

“Ante o exposto, julgo *procedente* o pedido principal e julgo *procedente* o pedido sucessivo, dos autores, para:

“A — *Anular* a escritura pública de desapropriação amigável, lavrada no livro 051, folhas 177 a 178, bem como *anular* a escritura pública de permuta de bens imóveis, lavrada no livro 221, folhas 170 a 172, ambas lavradas no 3º Tabelionato de Notas e Protestos desta comarca, com a conseqüente *retrocessão* do imóvel objeto da presente demanda em favor dos autores, livre de ônus ou edificações, determinando a *averbação* no respectivo registro imobiliário, com a reposição ao Município do valor de Cz\$ 139.287,42 (cento e trinta e nove mil duzentos e oitenta e sete cruzados e quarenta e dois centavos) convertido para a moeda atual com a atualização monetária correspondente desde 11-3-1987 até o efetivo pagamento.

“B — *Restituir* aos autores o imóvel objeto da presente demanda, *imitando-os na posse* do mesmo.

“C — *Isentar* o Município do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 33 da Lei Complementar Estadual n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97, todavia,

condenar o Município vencido no pagamento de honorários advocatícios, estes que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, com observância das alíneas *a a c* do § 3º do mesmo artigo, do CPC, bem como *condenar* os réus Ingo Staack e sua mulher Edilamar Staack, estes solidariamente, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, com observância das alíneas *a a c* do § 3º do mesmo artigo do CPC” (fls. 155 e 156).

Irresignados com o *decisum*, dele apelaram Ingo e Edilamar Staack, pugnando por sua reforma, ao argumento de que não houve o desvio de finalidade na utilização do imóvel desapropriado e, portanto, deve-se manter hígida a permuta celebrada entre os apelantes e o Poder Público e conseqüentemente as escrituras públicas respectivas, bem como condenando-se os apelados nos ônus da sucumbência. Alternativamente, requereram o afastamento da condenação em honorários que lhes foi imposta, tendo em vista que figuram na lide como terceiros de boa-fé e não deram azo a qualquer eventual irregularidade nos procedimentos e atos administrativos.

Também apelou o município de Blumenau, aduzindo, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa e a prescrição da ação. No mérito, reprisou o argumento de que não houve desvio de finalidade na utilização do imóvel expropriado. Requereu

a redução dos honorários advocatícios e suscitou, expressamente, o questionamento de dispositivos da Constituição Federal e da Lei de Desapropriações. Por fim, pugnou pela anulação da sentença e o retorno dos autos à instância *a quo* para que seja refeita a instrução processual, ou, alternativamente, que seja reformada a sentença e julgado improcedente o pedido inicial.

Os apelados apresentaram contra-razões a ambos os recursos, fls. 191 a 199 e 200 a 212, pleiteando a manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Jobél Braga de Araújo, manifestou-se pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso de Ingo e Edilamar Staack e pelo não conhecimento do recurso do município de Blumenau, em face de sua intempestividade, ou, caso não seja este o entendimento da Câmara, pelo seu desprovisionamento.

É o relatório.

II — Voto

Cuidam os autos de duplo recurso voluntário de apelação e de reexame necessário de sentença que anulou escritura pública de permuta de bens imóveis firmada entre o município de Blumenau e os demais apelantes, bem como anulou escritura pública de desapropriação amigável e restituiu aos apelados o imóvel objeto da demanda.

De início, cumpre apreciar a preliminar argüida nos autos pelo ilustre representante do Órgão Ministerial, qual seja, a intempestividade do recurso do município de Blumenau.

Da intempestividade do recurso do Município

Compulsando os autos, verifica-se que a preliminar aventada nas contra-razões dos apelados e no parecer da Procuradoria-Geral do Estado merece acolhida.

De fato, o apelante foi intimado da sentença pelo Diário da Justiça n. 11.089 no dia 5-12-2002, tendo o prazo para a interposição de recursos se iniciado em 11-12-2002, conforme certidão de fl. 158. Neste mesmo ato, certificou o escrivão judicial que o prazo esgotaria em 17-2-2003, considerando o prazo em dobro para a Administração Pública e a suspensão dos prazos em face das férias forenses.

Tem-se, porém, que a apelação interposta foi protocolada em 4-4-2003, muito depois de escoado o prazo previsto na legislação pertinente.

Estabelece o Código de Processo Civil:

“Art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”.

“Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

Salienta-se que o termo inicial do prazo foi certificado com propriedade pelo escrivão judicial, uma vez que o Provimento n. 03/1992 da Corregedoria-Geral da Justiça, estabelece que “nas comarcas do interior é fixado o interregno de 3 (três) dias úteis entre a data da publicação do edital e o início da contagem dos prazos decorrentes da intimação, tendo em vista que a circulação do Diário da Justiça não se dá no mesmo dia de sua edição”.

É de se ressaltar, contudo, a suspensão do prazo em tela em face do recesso forense.

Extrai-se da Resolução n. 15/02—TJ de 6-11-2002:

“Art. 1º. Ficam suspensos o expediente e os prazos judiciais no Poder Judiciário de Santa Catarina, no período de 23 e 31 de dezembro de 2002”.

O art. 213 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, alterado pela redação do art. 1º da Lei Complementar n. 85/1993, estabelece que “a segunda instância terá férias coletivas de 2 a 31 de janeiro e de 2 a 31 de julho. A primeira instância terá férias coletivas de 2 a 31 de janeiro”.

Conclui-se, portanto, que os prazos processuais foram interrompidos no dia 23-12-2003 e só retomaram seu curso em 3-2-2003, primeiro dia útil após as férias forenses (art. 179, CPC).

No ano de 2002 fluíram 12 dias. Os outros 18 dias correram a partir do dia 20-2-2003.

Logo, o prazo fatal para a interposição do apelo era 20-2-2003, diferente do certificado pelo cartório judicial, mas muito antes da interposição do recurso, que só se deu quase dois meses depois.

Resta claro, pois, que o recurso do município de Blumenau é intempestivo, motivo pelo qual dele não se conhece.

Do mérito

O ponto central para o deslinde do mérito da presente lide consiste na caracterização da existência do direito à retrocessão. Para tanto, é preciso ter em mente que “*Retrocessão é o ato pelo qual o bem expropriado é reincorporado, mediante devolução da indenização paga na expropriação, ao patrimônio do ex-proprietário, em virtude de não haver sido utilizado na finalidade para a qual fora desapropriado*” (Salles, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e jurisprudência, Ed. RT, 4ª ed., p. 822).

Assim, pode-se dizer que, em tese, a questão principal dos autos prende-se em determinar se a permuta realizada entre o município de Blumenau e os apelados Ingo e Edilamar Staack caracteriza ou não o desvio de finalidade da desapropriação do imóvel de Úrsula Mailer.

Extrai-se da prova trazida ao processo, notadamente do Decreto n. 2.502, de 22-8-1985, que o imóvel em questão foi desapropriado com a seguinte finalidade:

“Art. 1º [...]”

“Parágrafo Único — O imóvel a que se refere este artigo destina-se à construção de um cemitério municipal” (fl. 30).

Assim, por não ter sido construído o Cemitério Municipal em virtude do qual se realizou a desapropriação, surgiu para os apelados, em tese, o direito à retrocessão.

Merece destaque, contudo, ponto referente à evolução da jurisprudência dos tribunais pátrios, que vem admitindo a possibilidade de o Poder Público utilizar o bem desapropriado para finalidade diversa da prevista se esta finalidade também for de interesse público.

É o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A retrocessão cabe quando o Poder Público não dê ao imóvel a utilização para a qual se fez a desapropriação, estando pacífica na jurisprudência a tese de que o expropriado não pode fazer valer o seu direito quando o expropriante dê ao imóvel uma *destinação pública* diversa daquela mencionada no ato expropriatório; por outras palavras, desde que o imóvel seja utilizado para um fim público qualquer, ainda que não o especificado originariamente, não ocorre o direito de retrocessão. Este só é possível em caso de *desvio de poder* (finalidade contrária ao interesse público, como, por exemplo, perseguição ou favoritismo a pessoas determinadas) também chamado, na desapropriação, *tredestinação*, ou quando o imóvel seja transferido a terceiros, a qualquer tí-

tulo, nas hipóteses em que essa transferência não era possível” (in Direito Administrativo, Atlas, 13ª ed., p. 174).

Dessa feita, é preciso verificar se o ato que causou o alegado prejuízo aos apelados possuía finalidade pública ou não.

Com a edição da Lei n. 5.293/99, foi autorizada a permuta do imóvel desapropriado dos apelados por dois imóveis pertencentes a Ingo e Edilamar Staack.

Salienta a referida norma que as áreas a serem recebidas dos particulares serão destinadas ao pátio de manobras do Aeroporto Quero-Quero (art. 1º, § 2º), e que o imóvel desapropriado fica desafetado da destinação pública constante do respectivo registro, passando à categoria de bem do patrimônio disponível do Município (art. 3º).

Ora, em que pese o fato de os imóveis a serem recebidos pelo Poder Público em decorrência da permuta possuírem destinação pública, resta claro que houve prejuízo aos apelados, uma vez que não lhes foi oportunizado o exercício de seu direito de preferência na alienação do bem expropriado.

Na verdade, não sendo mais necessário o imóvel para a realização do objetivo de interesse público para o qual foi desapropriado, competia ao Poder Público, no mínimo, informar aos expropriados o fato e oferecer-lhes a preferência na alienação do bem.

Não foi o que ocorreu no caso dos autos. Veja-se que o município de

Blumenau desapropriou o imóvel em questão para a construção de um cemitério, tendo o decreto desapropriatório, de n. 2.502/85, atribuído caráter de urgência ao dito ato (art. 3º — fl. 31).

Passados vários anos da desapropriação e não tendo realizado a tal obra, resolveu o ente público desafetar o imóvel, transformando-o de bem de utilidade pública em bem dominial. Desta feita, entendeu por bem o alcaide negociar o dito imóvel com particulares, para a obtenção de outros dois imóveis, estes, sim, com vistas em atender ao interesse público.

O que mais chama a atenção neste caso é o fato de que a Administração poderia ter lançado mão do instituto da desapropriação, com o escopo de realizar as obras do aeroporto, necessárias ao interesse público, e não o fez.

Ao contrário, preferiu a Municipalidade verdadeira transação de cunho privado, tornando-se devedora de obrigações futuras, nos seguintes termos:

“A diferença entre os valores de avaliação dos imóveis, de R\$ 69.253,00 (sessenta e nove mil, duzentos e cinqüenta e três reais), será compensado com contribuição de melhoria a ser efetuada pelo Município com as empresas Dobrevê Empreendimentos e Participações Ltda. e Malwee Malhas Ltda., abaixo relacionadas:

“Pátio do hangar — Malwee, contendo 600,00m².

“Pátio de acesso a Malwee, contendo 2.406,00m².

“Pátio interno da Malwee, contendo 1.235,00m².

“Rua da portaria da Associação, contendo 625,00m².

“Fica estipulado entre as partes o prazo de 6 (seis) meses, para término das obras acima citadas, após a aprovação legislativa.

“Caso o Município deixe de executar as obras no respectivo prazo, incorrerá numa multa equivalente a juros legais moratórios mais atualização monetária pela variação da TR, sobre o valor da diferença da permuta” (trecho extraído do termo de compromisso firmado entre os apelantes e o município de Blumenau, fls. 40 a 43).

Resta evidente, pois, que o imóvel desapropriado de Úrsula Mailer não satisfaz nenhuma necessidade pública, tendo tão-somente sido utilizado como moeda de troca, o que, de per si, não autorizaria a desapropriação realizada, e, ao revés, dá margem à retrocessão.

Como bem observado na sentença:

“Esta, essencialmente, a questão posta, suficiente a dar respaldo ao entendimento do desvio de finalidade, é falar, a municipalidade, de posse e domínio do bem expropriado, utilizou-o para fim que englobou favorecimento de particulares, pois que a compensação na contribuição de melhoria envolvia obras de cunho não público.

“Assim sendo, mesmo que de formas transversas, pois que não se pode, desde logo, extrair esta certeza, o fim público restou ferido, legitimando a postulação aqui estampada, por se verificar o prejuízo aos autores.

“A alegação de que o imóvel desapropriado foi utilizado como moeda de troca é irretorquível, pois que seria de todo aceitável e recomendável, então, que fosse feita a desapropriação do imóvel do local das obras, e não utilizar o bem como forma de pagamento.

[...]

“Mas não é só isso. No momento em que a municipalidade desafetou o bem público para a sua alienação, desrespeitou mais uma regra imposta pela Lei das Desapropriações, pois que desrespeitou o direito de preferência dos autores no resgate do seu imóvel, causando mais um prejuízo e, ainda, incorrendo em mais uma eiva, permitindo a retrocessão” (fls.145 a 149)

Superada a questão da ocorrência de desvio de finalidade, é imperioso concluir que, *in casu*, é de ser reconhecido aos apelados o direito à retrocessão.

Ocorre, pois, que a forma que tal direito será exercido é que deve ser modificada. Explica-se. De acordo com a jurisprudência mais recente e predominante no Superior Tribunal de Justiça, não cabe a retrocessão do imóvel ao anterior proprietário quando este já estiver incorporado ao

patrimônio público, sendo devidos perdas e danos apenas nos casos em que ocorrer desvio de finalidade. Assim, o direito à retrocessão pode ser reconhecido, mas se resolve em perdas e danos.

De fato, esta parece ser a melhor solução para as controvérsias deste tipo, pois os processos que reclamam a retrocessão são intentados posteriormente ao ato da Administração que lhe serve como fundamento, e no momento da prestação jurisdicional a situação fática lesiva ao expropriado já se encontra consolidada, tornando-se difícil o retorno ao estado anterior sem causar dano ou prejuízo, notadamente aos terceiros de boa-fé.

Para se determinar o alcance da retrocessão é necessário, ainda, observar o disposto na legislação acerca do tema.

Estabelece o art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/41:

“Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Dispõe o Código Civil:

“Art. 1.150 — A União, o Estado ou o Município, oferecerá ao expropriatório o imóvel desapropriado, pelo preço por que o foi, caso não tenha o destino, para que se desapropriou”.

Nota-se, pois, que o instituto da retrocessão, nos moldes em que se encontra delineado em nosso ordenamento jurídico, notadamente nos dispositivos supratranscritos, caracteriza-se primordialmente pela obrigação que tem o ente público de oferecer o bem ao seu anterior proprietário quando este não for destinado a cumprir a finalidade para a qual foi desapropriado.

Na verdade, a obrigação é pura e simplesmente de realizar a oferta e não, como pode parecer à primeira vista, de devolver o bem ao seu anterior proprietário. Assim, cabe ao proprietário do imóvel desapropriado, como forma de reparar o dano causado a seu direito de preferência aliado pela Administração Pública, a ação de retrocessão.

Corroborando esse posicionamento, colhe-se trecho do voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros, proferido no julgamento dos Embargos de Declaração ao Recurso Especial n. 412.634, realizado pela egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 20-3-2003, que pela clareza de fundamentos e pela proximidade com o caso vertente, merece transcrição:

“No que se refere à natureza do direito em discussão, observo que a ação impropriamente denominada ‘de retrocessão’ tem como escopo o ressarcimento do expropriado, pela omissão do expropriante em lhe ofertar o imóvel cuja afetação foi desviada. Vale dizer: procedente a ação, o expropriante deve ser condenado a indenizar

o expropriado, por não lhe ter oferecido o imóvel, em retrocessão.

“Em rigor, a ação deveria chamar-se ‘de não retrocessão’.

“No direito brasileiro, não existe direito à retrocessão. Há, somente, a obrigação de retroceder, cujo inadimplemento acarreta a obrigação de indenizar.

“Tal obrigação homenageia a moralidade administrativa, pois evita que o Administrador — abusando da desapropriação — locuplete-se ilícitamente às custas do proprietário. Não fosse o dever de retroceder, o saudável instituto da desapropriação pode servir de instrumento a perseguições políticas e, ainda, ao enriquecimento particular dos eventuais detentores do Poder”.

É de se concluir, portanto, em sede de remessa, que a sentença deve ser reformada para condenar o município de Blumenau a indenizar os apelados pelas perdas e danos decorrentes do não exercício de seu direito de retrocessão.

Deve consistir, tal indenização, na diferença entre o preço da desapropriação, que os apelados teriam de repor ao Município caso lhes houvesse sido assegurado o direito de preferência, e o preço do imóvel na época em que foi negociado, monetariamente corrigido, a ser apurado em liquidação de sentença.

Ressalta-se, ainda, que devem ser mantidas hígidas as escrituras públicas de desapropriação amigável e

de permuta de bens imóveis referentes ao imóvel em questão.

Dos ônus sucumbenciais

Cumpre, ainda, apreciar a questão relativa à condenação nos ônus sucumbenciais nos moldes da apelação interposta por Ingo e Edilamar Staack.

Com efeito, assiste razão aos apelantes em relação ao argumento de que são terceiros de boa-fé, uma vez que celebraram contrato formalmente perfeito com a Municipalidade, considerando que o Município havia adotado todos os procedimentos legais pertinentes, tendo a permuta, inclusive, sido autorizada por lei aprovada pela Câmara de Vereadores, conforme o documento de fls. 47 e 48.

Assim, *in casu*, é inegável que quem deu causa à instauração do presente processo foi única e exclusivamente o município de Blumenau, que realizou negócio jurídico com imóvel que adquiriu pela via da desapropriação sem oportunizar o exercício do direito de preferência aos anteriores proprietários, não havendo, pois, em homenagem ao princípio da causalidade, como responsabilizar os adquirentes do referido imóvel pelas custas processuais e honorários advocatícios.

Acerca do princípio da causalidade, a ser observado na distribuição dos ônus sucumbenciais, já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Execução fiscal. Nomeação do bem pelo executa-

do. Embargos de terceiro procedentes. Ônus sucumbenciais. Princípio da causalidade.

“1. Ressoa ilegítima a condenação do embargado nas verbas de sucumbência, nos embargos de terceiro, quando resta incontroverso não ter sido o causador da instauração da lide, já que o bem do embargante foi penhorado por indicação da empresa executada, da qual o terceiro prejudicado é sócio.

“2. A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

“3. Precedentes.

“4. Recurso especial improvido” (REsp n. 627665/RS; rel. Min. Luiz Fux, DJ 25-10-2004, p. 247).

Também:

“Processual civil. Embargos de terceiros. Compra e venda de imóveis. Ausência de registro por parte do contribuinte, causadora do ajuizamento da execução fiscal. Honorários advocatícios. Aplicação do princípio da causalidade. Precedentes.

“1. É vasta e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o princípio da sucumbência, adotado pelo art. 20, do CPC, encontra-se contido no princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes.

“2. *In casu*, se o requerimento da penhora se deu, tão-somente, porque o bem imóvel se encontrava registrado em nome da parte executada, a quem competia efetuar o seu respectivo registro, o que caracterizaria a sua propriedade, resguardado por presunção legal de publicidade, a ela cabem os ônus sucumbenciais.

“3. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.

“4. Recurso provido” (REsp n. 557045/SC, rel. Min. José Delgado, DJ 13-10-2003, p. 311).

No tocante aos honorários advocatícios arbitrados, também merece reparo a sentença.

É cediço que a verba honorária não deve ser fixada em valor excessivamente modesto, sob pena de aviltar-se o trabalho efetuado pelo advogado. A fixação dos honorários, porém, deve observar as circunstâncias da presente ação, de forma que, não oferecendo a causa maior complexidade e sendo esta proposta no local em que milita o procurador dos autores, embora tenha este apresentado o grau de zelo adequado à prestação de seus serviços, a verba honorária deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Ademais, de acordo com entendimento pacificado por esta Corte de Justiça, os honorários advocatícios arbitrados contra entes públicos não devem ser superiores à monta de 10% sobre o valor da condenação, senão vejamos:

[...]

“Honorários de advogado. Orientação pretoriana predominante. Remessa parcialmente provida.

“Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%” (Ap. Cív. n. 1999.012709-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 16-5-2000).

Destarte, deve ser provida, neste ponto, a remessa para que sejam os honorários fixados em 10% do valor da condenação.

Ante o exposto, é de se dar parcial provimento à remessa para determinar que a condenação do município de Blumenau seja convertida no pagamento de perdas e danos em favor dos apelados, fixadas no montante da diferença entre o valor atual do imóvel e aquele que teriam de desembolsar para ressarcir ao Município o valor pago por ocasião da desapropriação, a ser apurada em liquidação de sentença por artigos, mantendo-se hígidas as escrituras de desapropriação e permuta do imóvel em questão, bem como para determinar que os honorários sejam fixados em 10% do valor da condenação. Dá-se, ainda, parcial provimento ao recurso de Ingo e Edilamar Staack para isentá-los do pagamento dos ônus sucumbenciais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por votação unânime

me, dar parcial provimento à remessa para determinar que a condenação do município de Blumenau seja convertida no pagamento de perdas e danos aos apelados e fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, e parcial provimento ao recurso voluntário para isentar Ingo e Edilamar Staack do pagamento dos ônus sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des.

Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 17 de março de 2005.

Volnei Carlin,
Presidente, com voto;
Nicanor da Silveira,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 2004.022592-0, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Cobrança — Instituição de ensino superior — Acadêmica — Inadimplência — Descumprimento de cláusula contratual — Provas documentais satisfatórias — Cerceamento de defesa — Inexistência — Apelo desprovido.

Decorrendo a inadimplência em virtude do descumprimento de cláusulas contratuais, e suficientes as provas produzidas, não há falar em cerceamento de defesa diante da decisão do magistrado em julgar antecipadamente a lide.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.022592-0, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é apelante Andreia Costa Gomes Premoli, sendo apelada Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Universidade do Sul de Santa Catarina — Unisul, por seu procurador, deflagrou ação de cobrança con-

tra Andreia Costa Gomes Premoli, aluna regularmente matriculada no Curso de Letras — Português/Inglês, a fim de receber as mensalidades referentes aos meses de agosto a dezembro de 2001, as quais totalizam R\$ 1.658,72. Alegou que a acadêmica, apesar de ter freqüentado aquele período, tendo, inclusive, notas em todas as disciplinas em que esteve matriculada, não efetuou os pagamentos, deixando de cumprir cláusulas contratuais. Requereu, ao final, a atualização do débito e incidência de juros de mora; o pagamento das custas e honorários fixados em 20% sobre o valor da causa (fls. 2 a 5). Arrolou documentos (fls. 6 a 10).

Citada, apresentou contestação a parte *ex adversa*, sustentando não ser devedora das mensalidades do segundo semestre de 2001, porquanto teria desistido das aulas. Afirmou ter comunicado sua colega de curso, e funcionária da Secretaria da Unisul, que lhe garantiu ter formulado comunicação à instituição. Requereu a produção de provas, em especial a testemunhal (fls. 15 a 20).

Em impugnação, aduziu a Unisul que a aluna efetuou sua matrícula no período em questão, mas não formulou pedido de desistência conforme aventado no contrato, motivo pelo qual é devedora das mensalidades não pagas (fls. 25 e 26).

O MM. Juiz *a quo* houve por bem julgar antecipadamente a lide, acolhendo o pleito exordial condenou a acadêmica ao pagamento de R\$ 1.658,72, atualizados e com juros

moratórios a partir da citação; das custas e dos honorários fixados em 10% do valor da causa (fl. 34).

Irresignada, apelou a vencida, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa e repisando, quanto ao mérito, a tese anteriormente apresentada (fls. 36 a 40).

Há resposta (fls. 46 a 53).

É o relatório.

A r. sentença é de ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Depreende-se da documentação entranhada que a apelante firmou contrato de prestação de serviços educacionais “para 2001/B” (fls. 8 e 8v.). A Unisul pretende o pagamento das mensalidades referentes ao segundo semestre de 2001, especificamente os meses de agosto a dezembro (fls. 9 e 10), visto que a aluna estava regularmente matriculada (fl. 19).

A acadêmica, por sua vez, justifica a inadimplência, afirmando ter desistido do curso após o início do semestre. Asseverou ter informado a decisão à funcionária da Secretaria, a qual lhe teria garantido ter passado a informação à instituição. Todavia, não fez prova documental acerca do pedido formal de desistência.

As cláusulas contratuais não ensejam dúvidas:

“Cláusula décima segunda. O não comparecimento do *aluno* aos atos escolares ora contratados não o exime do pagamento, tendo em vista a disponibilidade do serviço colocado à sua disposição.

“Parágrafo único. A suspensão ou interrupção do pagamento só ocorrerá por expressa e escrita comunicação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da rescisão contratual pelo aluno, devidamente protocolizada, observado o disposto nos §§ 4º e 5º da Cláusula Sexta.

[...]

“Cláusula décima sexta. O presente Contrato tem vigência de julho a dezembro de 2001, e poderá ser rescindido por qualquer das partes, desde que observadas as seguintes condições: I — pelo aluno e/ou responsável; a) por desistência oficial do curso, formalizada no Protocolo Acadêmico, junto à Secretaria Geral do Curso”.

O douto Magistrado singular acertou ao julgar antecipadamente a lide, porquanto satisfatórias as provas documentais apresentadas. Por conseguinte, não há falar em cerceamento de defesa, visto que o depoimento testemunhal não teria o condão de afastar a responsabilidade pelo descumprimento do contrato. É que a não observância daquelas cláusulas contratuais não pode ser escusada mediante a afirmação de que houve comunicação informal, quando o acordo previa pedido de desistência formalizado no Protocolo Acadêmico.

“Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a pruden-

te discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório” (REsp n. 3047/ES, Min. Athos Carneiro, DJ de 17-9-90).

Ademais, não há *menção* sobre a existência de documento que certificasse que a desistência fora formulada nos moldes das cláusulas acima referidas. Logo, não importa se houve ou não comunicação informal à instituição, como alegou a acadêmica.

Ex vi do art. 333, II, do Cãnone Processual, a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor é da incumbência do réu. Nos termos do art. 396 do mesmo Diploma, compete à parte instruir a resposta com os documentos destinados a provar-lhes as alegações.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros e Jaime Ramos.

Florianópolis, 14 de setembro de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2003.014761-6, DE GASPAR

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Art. 170, caput, e parágrafo único, c/c art. 192 da Constituição da República — Exegese — Tempo de atendimento nas agências bancárias — Impossibilidade de a matéria ser enquadrada como exclusivamente de interesse local — Precedentes desta Corte no sentido da competência exclusiva da União Federal — Apelo — Provimento.

“A lei ordinária é determinada, em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera aplicação dos preceitos constitucionais” (C. A. Lúcio Bittencourt, Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 62). Ipso facto, não obstante a autonomia política, administrativa e financeira do Município, ele não está autorizado a desatender aos termos da Magna Carta e da Carta Política Estadual (art. 110, caput, desta), com isso usurpando a competência legislativa da União.

“A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União” (STJ — Súmula 19); requisitos supervenientes ao atendimento de clientes no interior de agência bancária, nessa esteira, só podem ser disciplinados por legislação federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2003.014761-6, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S.A., sendo apelado o município de Gaspar:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso para conceder a segurança.

Sem custas.

Banco do Brasil S.A., por seu advogado, impetrou mandado de se-

gurança preventivo contra ato a ser praticado pelo Prefeito Municipal de Gaspar, porque teria sido editada legislação que disciplinaria o atendimento bancário naquela localidade, a par de autorizar o alcaide a punir administrativamente agências do impetrante que não observassem as normas recém-editadas. Depois de outras considerações que ficam, por brevidade, fazendo parte integrante desta suma, clamou pela concessão da medida liminar e por sua confirmação posterior.

Deferida a liminar, foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas, sustentando-se nelas, em síntese, a legalidade da *quaestio* impugnada.

Há parecer do Ministério Público no sentido da concessão da ordem almejada.

A prestação jurisdicional é negativa.

Irresignado, apelou o vencido, repisando os argumentos da exordial.

O Município apresentou resposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Dácio Moser, opinou preliminarmente no sentido da conversão do julgamento em diligência para intimar o representante do Ministério Público do recurso interposto, possibilitando-lhe manifestação. No mérito, manifestou-se pelo acolhimento do recurso.

Atendida a oportuna promoção ministerial, voltaram conclusos os autos.

É o relatório.

A Magna Carta, em seu art. 30, inciso I, autoriza os Municípios a legislar “sobre assuntos de interesse local”. Não obstante a controvérsia acerca do exato alcance desse permissivo, a Lei Federal n. 4.595/64, no art. 4º, inciso VIII, é categórica em fixar competência privativa ao Conselho Monetário Nacional para “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”. Logo, o interesse legislativo transcende ao Municipal.

Ademais, a Resolução n. 2.301/97 possibilitou “às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, o estabelecimento, a seu critério, do horário de atendimento ao público nas respectivas sedes e demais dependências, observado o seguinte: I — o horário mínimo de expediente para o público será de 5 (cinco) horas diárias ininterruptas, com atendimento obrigatório no período das 12 às 15 horas, horário de Brasília”. Isso evidentemente implica a disciplina da execução do serviço no interior da respectiva agência, impossibilitando que se considere essa parcela da atividade realizada como de exclusivo interesse do Município.

Inadequada nesse contexto a Lei n. 2.016, de 23 de maio de 2000, do município de Gaspar, a qual estabeleceu normas disciplinadoras do horário de funcionamento dos estabelecimentos bancários municipais e

penalidades por eventual descumprimento, porque cuida de fixar regra acerca do tempo de atendimento do cliente que se encontra no estabelecimento bancário, além de outras respeitantes ao atendimento dos clientes em âmbito municipal. A preocupação nesse sentido é louvável, entretanto, no Estado Democrático de Direito, os pilares das competências legislativas indicam a existência de eiva na norma jurídica impugnada.

Irrecusável, pois, a competência legislativa da União. Aliás, oportuno é enfatizar que “a lei ordinária é determinada, em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera aplicação dos preceitos constitucionais” (C. A. Lúcio Bittencourt. Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 62).

Por outro lado, a Súmula 19 do egrégio Superior Tribunal de Justiça é

taxativa: “A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União”. O Pretório Excelso tem idêntica interpretação (RT 675/264). Logo, o tempo de atendimento daqueles que comparecem à agência de estabelecimento bancário é também matéria suscetível de ser disciplinada por legislação federal. O princípio é, *data venia*, o mesmo referente ao horário bancário.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para conceder a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dalcio Moser.

Florianópolis, 28 de setembro de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.002238-7, DE JOAÇABA

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo — Meio ambiente — Área de preservação permanente — Código Florestal — Alvará de construção — Inviabilidade.

Age dentro da lei a Administração Municipal que nega concessão de alvará para a construção de edifício em área destinada por lei federal à preservação permanente.

Não afronta o princípio da razoabilidade a aplicação de norma que visa à proteção do meio ambiente quando as restrições

por ela impostas são proporcionais ao fim a que se destina, qual seja, a garantia e a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido pela Lei Fundamental como direito e dever de todos.

A degradação já existente não deve servir de mote a que o Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, chancelé novas agrêsões.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.002238-7, da comarca de Joaçaba, em que são apelantes e apelados o representante do Ministério Público, Valmor Slongo e o município de Joaçaba:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento aos recursos. Prejudicado o reexame.

Custas legais.

I — Relatório

Valmor Slongo impetrou mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Joaçaba e do Diretor de Planejamento e Habitação, os quais indeferiram o pedido de alvará para a edificação de construção em imóvel do impetrante, fundamentando a negativa em dispositivos do Código Florestal.

O pedido de liminar foi denegado por meio do despacho de fl. 18.

Ao sentenciar o feito, o Togado *a quo* consignou na parte dispositiva da sentença:

“Ante o exposto, julgo procedente o presente mandado de segurança impetrado por Valmor Slongo contra ato do Prefeito Municipal e Diretor de Planejamento e Habitação do Município de Joaçaba, para, em conseqüência, conceder-lhe a segurança almejada” (fl. 76).

Irresignados, o representante do Ministério Público e o município de Joaçaba interpuseram recursos de apelação, pugnando pela anulação do feito, sob a afirmação de existência de vício no processo, já que ao impetrante foi permitida a apresentação de novas provas após as informações da autoridade coatora, e não foi oportunizado aos recorrentes apresentar manifestação sobre os novos documentos. Afirmaram ainda que não restou comprovada a violação a direito líquido e certo do impetrante, e que a concessão da segurança viola norma ambiental ao permitir construção em área de preservação permanente.

Em contra-razões, o impetrante defendeu a sentença objurgada.

A doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Doutra Hercília Regina Lemke, manifestou-se pelo reconhecimento da nulida-

de do processo, ante a não ouvida dos ora apelantes sobre as novas provas apresentadas.

II — Voto

1. Trata-se de apelação cível em mandado de segurança em que são recorrentes o Ministério Público e o município de Joaçaba, pretendendo a reforma da sentença que concedeu a segurança a Valmor Slongo e permitiu a construção em área definida pelo Código Florestal como de preservação permanente.

1.1. Preliminarmente, há de se analisar o argumento de que não foi juntada prova de que a construção seria edificada em área proibida, requisito indispensável à discussão ora empreendida.

Compulsando-se os autos, verifica-se que à fl. 11 consta documento emitido pelo município de Joaçaba, juntado pelo impetrante, informando que a obra em questão não respeita os parâmetros traçados pelo Código Florestal porque se acha em área de preservação permanente, prevista como tal pelo citado Diploma Legal (art. 2º, inc. III). O referido documento pode ser tido como suficiente para comprovar a tese levantada na inicial.

Além disso, uma análise perfunctória dos autos faz crer não haver sentido cogitar da hipótese de que a obra que o impetrante pretende construir não se localiza em área de preservação permanente, pois, se assim o fosse, provavelmente teria obtido o

alvará para construção e o *mandamus* não seria necessário. O único entrave que o Município levantou para a pretendida construção foi especificamente a afronta à norma ambiental.

Nesse contexto, rechaço a preliminar aventada.

1.2. Também foi suscitada a anulação do processo com base no fato de que, numa inversão e inovação indevida no trâmite da ação mandamental, foi facultado ao impetrante manifestar-se sobre as informações dos impetrados, o que foi feito, inclusive com a juntada de novos documentos, sem que fosse oportunizada posterior manifestação do Município e do Ministério Público.

Ora, é sabido que a ação mandamental não comporta dilação probatória. Sobre a matéria, no Mandado de Segurança n. 1.314-0, o Ministro César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça, consignou em seu voto: “A natureza especialíssima do mandado de segurança não comporta dilação probatória, por isso que a petição inicial deve vir acompanhada de toda documentação necessária para comprovação do alegado”.

No entanto, folheando-se os autos, verifica-se que os novos documentos trazidos, bem como a manifestação do impetrante sobre as alegações dos impetrados, nada acrescentaram à realidade já delineada pelas provas juntadas com a inicial, o que permite a não anulação do feito, tendo em vista o princípio da economia pro-

cessual e a ausência de prejuízo às partes suscitantas.

Desse modo, apenas deve ser desconsiderada a manifestação pretérita, assim como os novos documentos, que, repete-se, nada de novo trouxeram ao deslinde da *actio*.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Recurso especial. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Matéria debatida nos autos. Ausência de prejuízo para as partes. Nulidade.

[...]

“III — Ainda que presente alguma mácula no julgado recorrido, a inexistência de prejuízo para as partes desautorizaria a sua anulação” (REsp n. 331.546/SP, rel. Min. Felix Fischer).

“Processual civil — Mandado de segurança — Ministério Público — Ausência de intimação em primeira instância — Suprimento da omissão em segundo grau — Ausência de prejuízo para as partes — Nulidade — Inocorrência — Divergência jurisprudencial superada — Súmula 83, STJ — Precedente.

“— A manifestação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, suprimindo a falta de pronunciamento do *Parquet* em primeira instância e a ausência de qualquer prejuízo para as partes, afasta a arguição de nulidade do processo.

“— Divergência jurisprudencial superada (Súmula 83/STJ).

“— Recurso especial não conhecido” (REsp n. 175.181/RS, Min. Francisco Peçanha Martins).

2. Afastadas as preliminares, é de ser enfim analisado o mérito da questão, que se restringe à controvérsia acerca do direito líquido e certo de Valmor Slongo obter alvará de construção em confronto com as normas ambientais.

A tutela jurídica do meio ambiente foi delineada pela Constituição Federal que, na mesma direção da preocupação ecológica mundial, inseriu no art. 225 a seguinte norma-princípio: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Referido artigo, ao estabelecer a existência de um bem que se estrutura como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configurou nova realidade jurídica, inserindo como nova categoria de bem o “bem ambiental”, ante a impossibilidade, pelas peculiaridades, de sua inserção entre os bens públicos e particulares.

No sentido de propiciar a proteção do meio ambiente, bem ambiental cuja titularidade demandou a inserção no ordenamento de nova categoria de direitos, quais sejam, os transindividuais, observa-se que a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política

Nacional do Meio Ambiente, foi recepcionada pela Constituição Federal.

Referida lei, tomada hoje como instrumento que visa a dar efetividade à matriz principiológica constitucional, estabeleceu princípios legais a serem observados não só pelos operadores do direito na aplicação da norma, como pelos legisladores, entre os quais se destaca o contido no art. 2º, inc. I, que coloca a ação governamental como base para a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Em consonância com os princípios legais vigentes, o Código Florestal (Lei n. 4.771/65 e subseqüentes alterações), no mesmo sentido que a Lei n. 6.938/81, também foi recepcionado pela nova ordem jurídica constitucional. Assim, colhe-se de seu texto, em harmonia com a sistemática até então traçada, a seguinte regulamentação:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

“1 — de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

“2 — de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

“3 — de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

“4 — de 200 (duzentos) metros para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

“5 — de 500 (quinhentos) metros para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros”.

Acerca das áreas de preservação permanente, elucidativa é a lição de Celso Pacheco Fiorillo:

“As florestas de preservação permanente estão previstas nos arts. 2º e 3º da Lei n. 4.771/65 e podem ser criadas por dois modos: por efeito da lei e por ato declaratório.

“As florestas de preservação permanente por efeito de lei estão previstas no art. 2º do Código, sendo assim denominadas porque a sua criação decorreu da própria lei. Importante verificar que a proteção encartada em algumas alíneas não tem por objetivo imediato tutelar a vegetação, mas sim outros recursos naturais, como o solo e a água.

“Deve ser ressaltado que a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, no seu art. 18, determinou que as florestas e demais vegetações de preservação permanente que tivessem

sido criadas por lei e ostentassem a condição de naturais fossem transformadas em estações ecológicas ou reservas ecológicas” (Curso de direito ambiental brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88).

Assim, se a obra que o impetrante pretende construir não respeita a distância de 100 metros do Rio do Peixe, e se este possui de 50 a 200 metros de largura, equivocou-se o Magistrado ao deferir a segurança, em flagrante desrespeito à legislação ambiental vigente e perfeitamente válida (Lei n. 4.771/65), posto que, como visto, em perfeita sintonia com o sistema de valores que a Carta Política brasileira visa a realizar.

Nesse contexto, não se pode considerar, como fez o Magistrado, que a aplicação da norma viola o princípio da razoabilidade, que, segundo Carlos Roberto de Siqueira Castro, admite que o julgador desconsidere norma que, no seu critério de classificação, não estabeleça a devida proporção entre os meios e os fins por ela almejados, ou seja, é irracional (O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989).

De fato, a proporção estabelecida pela norma é adequada, haja vista que os meios, no caso a proibição de construção em área de preservação permanente, são proporcionais ao fim destinado à norma, qual seja, a própria manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigido pela Lei Fundamental como direito e dever de todos.

E não se pode ter como válido o argumento de que não há no local vegetação a ser protegida, porque nada obsta a que o Poder Público venha a recuperá-la, tendo em vista a importância das vegetações ribeirinhas ao perfeito equilíbrio dos recursos hídricos. O que não se pode permitir é que a eventual recomposição da vegetação e das condições ambientais favoráveis seja definitivamente obstada com a edificação.

Desse modo, irrazoável seria permitir em favor do impetrante a realização de construção que possa implicar prejuízo ambiental, desfavorecendo principalmente a comunidade da região, que, aliás, está sendo protegida por norma que estabelece apenas os requisitos mínimos para esse desiderato.

Com efeito, a norma ambiental ora em discussão, sendo decorrente de legislação federal (Código Florestal de 1965) e, como dito, recepcionada pela Carta de 1988, estabelece apenas os requisitos mínimos de proteção. Antes da atual Constituição competia apenas à União legislar sobre matéria ambiental; hoje, os demais entes políticos podem legislar complementar e suplementarmente naquilo que for de sua competência (Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Curso de direito ambiental brasileiro. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 87). Nada impede, pois, que Estados e Municípios ampliem a proteção derivada das normas federais, segundo os seus peculiares interesses. O que não podem, todavia, é restringi-la.

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Constitucional. Meio ambiente. Legislação municipal supletiva. Possibilidade. Atribuindo, a Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios, legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local. A legislação municipal, contudo, deve se restringir a atender às características próprias do território em que as questões ambientais, por suas particularidades, não contêm com o disciplinamento consignado na lei federal ou estadual. A legislação supletiva, como é cediço, não pode ineficacizar os efeitos da lei que pretende complementar” (REsp n. 29299/RS, Min. Demócrito Reinaldo).

A doutrina, de igual forma, confora esse entendimento:

“Além disso, a legislação municipal que regula o uso do solo urbano deve, da mesma forma, ater-se às prescrições gerais da União, na esfera de sua competência. Por exemplo, se norma geral da União, como é o caso do Código Florestal, disciplina determinada matéria, não pode o município, alegando autonomia, legislar diminuindo a restrição geral. Pode até criar novas restrições na proteção do meio ambiente, porém não afastar as existentes na lei geral” (Vladimir Passos de Freitas. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 2ª ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 70).

Como visto, nunca é demais gizar, a decisão que autoriza a construção em área de preservação permanente colide com o sistema jurídico de proteção ambiental adotado pela Constituição Federal e instrumentalizado pelas demais normas ambientais pertinentes, o que autoriza o provimento dos recursos.

Acerca da impossibilidade da concessão de alvará para a construção em APPs, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Administrativo. Autuação em obras da construção civil. Licença municipal. Código Florestal. Ibama.

“1. A fixação de norma relativa à proteção ambiental é matéria de interesse geral e, portanto, de competência legislativa federal. Licença municipal, como no caso para a construção de condomínio residencial próximo a curso d'água com largura superior a 50m, não pode extrapolar norma Federal de caráter geral.

“2. A alegação de possível ilegalidade existente em outras construções no mesmo local não é capaz de justificar a ilegalidade que originou a atuação do órgão fiscalizador.

“3. Presume-se legítima a avaliação da autoridade administrativa em ato praticado em caráter de urgência, como no caso dos autos, cujo embargo administrativo se deu em razão de proteção ambiental.

“4. Existe o direito de corte de vegetação protegida em processo de

regeneração, desde que em lotes de terrenos destinados à construção civil, mas deve ser exercitado nos limites estabelecidos pela legislação federal.

“5. A sanção administrativa deve ficar circunscrita à parte que realmente atingiu a área de proteção ambiental (dois blocos), sob pena de excesso do poder de polícia administrativa, com violação ao princípio da proporcionalidade” (TRF, 4ª Região, ACMS n. 9604256858/SC, rel. Juiz José Luiz B. Germano da Silva).

Também no sentido de que devem ser resguardadas as áreas de preservação permanente:

“Administrativo. Mandado de segurança. Direito de propriedade. Restrições. Área de preservação ambiental. Itaimbézinho.

“A Carta Política de 1988 limitou o direito de propriedade que deve atender a sua função social, entre eles a preservação do meio ambiente (art. 186, II, da CF), resguardando os interesses da coletividade. É dever do Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I, da CF), sendo correto o ato da autoridade que determina a retirada de animais domésticos, domesticados ou amansados, sejam aborígenes ou alienígenas, que se encontram dentro de área de preservação ambiental” (TRF, 4ª Região, ACMS n. 2000.04.01.009927-0/RS, Juiz Edgard A. Lippmann Junior).

Versando sobre matéria absolutamente similar, inclusive envolven-

do as margens do Rio do Peixe e o município de Joaçaba, esta Câmara, com voto condutor do Des. Francisco Oliveira Filho, consignou:

“Ação civil pública — Edificação às margens do Rio do Peixe — Alvará concedido pelo município em desacordo com o Código Florestal — Preponderância de norma federal sobre norma municipal — Competência legislativa suplementar — Anulação — Possibilidade — Dano ecológico presumido — Provimento do apelo — Sucumbente isento da condenação em honorários — Provimento parcial por maioria — Divergência apenas reconhecendo a conversão da obrigação de fazer (demolição do prédio) em indenização.

‘A União fica adstrita à edição de normas gerais, embora nem sempre seja claro em que se distinguem as normas gerais das não gerais. Essa legislação da União não exclui o poder dos Estados e do Distrito Federal, suplementarmente, de disporem sobre a mesma matéria. Deve-se entender por suplementarmente o seguinte: na inexistência de lei federal os Estados e o Distrito Federal legislarão livremente, sem restrições. A sobrevinda, contudo, ou a preexistência de uma lei federal sobre a matéria só tornam válidas as disposições que não contrariem as normas gerais da União’ (Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 306).

‘O ato de invalidação incide sobre um ato administrativo inválido, isto é, produzido sem a devida atenção ao

ordenamento jurídico. O objeto do ato de invalidação é, comumente, um ato administrativo ilegal e eficaz, de natureza abstrata ou concreta' (Gasparini, Diógenes. Direito administrativo. 6ª ed. rev. atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 104 a 106).

'Na proteção ao meio ambiente não se requisita tombamento patrimonial ou dominialidade pública como condição da ação, mas apenas a existência de interesse público na sua preservação. Da mesma forma, basta a probabilidade de dano (visa impedir), não sendo lógico esperar sua ocorrência para depois reprimi-lo' (Ap. Cív. n. 1998.000924-3, da Capital, Des. Nilton Macedo Machado)" (Ap. Cív. n. 2002.009640-2).

De se considerar também, por importante, que um erro não justifica o outro — o ilícito não gera direito adquirido e o descumprimento da lei por terceiros não pode ser invocado como causa de isenção para o infrator quando chamado à responsabilidade pelos atos perpetrados. Se o Município, em outras épocas, se descurou em dar cumprimento às normas ambientais e permitiu a construção em locais proibidos, isso não pode servir de mote a que a depredação ambiental tenha continuidade. É princípio medular de qualquer ordenamento jurídico que "os abusos e as violações das leis devem ser coibidos e nunca imitados. Não se deve julgar de acordo com os exemplos e, sim, de acordo com as leis, *non exemplis sed legibus est judicandum*" (Adroaldo Mesquita da Costa, RDA 78/304).

Na Apelação Cível n. 1999.013600-0, em que se cuidava de questão relacionada à edificação clandestina, com o apoio unânime dos integrantes da então Sexta Câmara Civil, tive a oportunidade de registrar:

"Inadmissível a invocação do princípio da igualdade pela existência de outras obras edificadas clandestinamente, pois o ilícito não gera direito adquirido e o descumprimento da lei por terceiros não pode ser invocado como causa de isenção para o infrator quando chamado à responsabilidade pelos atos perpetrados. Todos são iguais perante a lei para cumpri-la e por ela serem protegidos, nunca porém, para descumpri-la".

Não obstante a flagrante impossibilidade de o impetrante obter alvará de construção em desrespeito à norma ambiental, nada impede a utilização do terreno, desde que obedecidos os citados parâmetros de proteção. Noutros termos, pode o impetrante, se pretender dar utilização ao imóvel, buscar no Poder Público Municipal o alvará para a construção de obra na área que remanesce àquela protegida pelo Código Florestal, ou seja, a partir dos 100 metros do Rio do Peixe (art. 2º, III).

3. Ante o exposto, dou provimento aos recursos do Ministério Público e do município de Joaçaba para reformar a sentença e denegar a segurança concedida. Invertidos os ônus sucumbenciais, arca o impetrante com o pagamento das custas judiciais. Sem honorários advocatícios, pois incabíveis (STF, Súmula 512).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento aos recursos. Prejudicado o reexame.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procura-

doria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 1º de junho de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.029271-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Rui Fortes

Agravo de instrumento — Ação civil pública — Concessão da liminar — Proibição de comercialização de produtos com organismos geneticamente modificados (OGM) sem a devida informação no rótulo — Presença do fumus boni juris e do periculum in mora — Alegada inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 12.128/02 — Irrelevância — Direito albergado no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal — Proteção à saúde e à informação do consumidor — Direito constitucional fundamental — Art. 5º, XXXII, da CF — Recurso desprovido.

A presença do binômio fumus boni juris e periculum in mora enseja o deferimento da medida liminar na ação civil pública, mormente quando trata da defesa dos direitos fundamentais (direito à informação, à proteção e à saúde do consumidor) listados no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal.

Não há contrariedade entre o Decreto Federal n. 4.680/03 e a Lei Estadual n. 12.128/02, porquanto ambas legislações dispõem sobre o direito à informação; porém, com uma pequena diferença:

enquanto a lei federal fixa limite de incidência (1% — um por cento) de organismos geneticamente modificados (OGM) nos produtos comercializados para a obrigatoriedade da informação no rótulo, a lei estadual foi silente, não sendo causa de inconstitucionalidade, porquanto é permitido ao legislador estadual certa amplitude e liberalidade nas matérias de competência concorrente, versando a legislação federal sobre normas gerais e a legislação estadual sobre normas específicas (art. 24 da CF).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.029271-3, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda), em que é agravante a Unilever Bestfoods Brasil Ltda., sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

A Unilever Bestfoods Brasil Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão (fls. 50 a 54) do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital que, nos autos da Ação Civil Pública n. 023.03.367971-4, deferiu liminar, determinando o recolhimento do produto “Sopa de Carne com Macarrão Conchinha Knorr”, em razão da ausência de aviso em sua composição do conteúdo de OGM (organismos geneticamente modificados), proibindo sua comercialização no Estado de Santa Catarina até que a rotulagem

da embalagem do produto indique a existência e a porcentagem de transgênicos na sua composição. Disse que a decisão monocrática desconsiderou o advento do Decreto Federal n. 4.680/03, que estabelece a inclusão dos componentes geneticamente modificados no rótulo dos produtos somente quando em patamares superiores a 1% (um por cento). Alegou a suspensão da eficácia da Lei Estadual n. 12.128/02 pelo Decreto n. 4.680/03, haja vista que lei federal superveniente suspende os efeitos de lei estadual que dispõe sobre o mesmo assunto. Sustentou, também, a inconstitucionalidade da aludida lei estadual, por tratar de matéria de competência exclusiva de lei federal, e a ausência da porcentagem no laudo técnico que detectou a presença de OGM, limitando-se a informar que “contém OGM”, porém não houve especificação se a existência de transgênicos é superior ou inferior a 1% (um por cento). Acrescentou, ainda, a insegurança dos resultados apresentados pelo Ministério Público, pois os exames e o controle de OGM nos produtos por detecção e segregação não são confiáveis. Frisou a nulidade do laudo juntado aos autos, uma vez

que não há menção no corpo do laudo do lote das amostras analisadas, ferindo os ditames da Lei n. 6.473/77. Por fim, pugnou pela concessão do efeito suspensivo e pela reforma da decisão vergastada.

Efeito suspensivo deferido às fls. 176 a 178.

Intimado, o representante do Ministério Público apresentou contra-razões (fl. 184 a 214), argumentando que o direito à publicidade previsto pelo Código de Defesa do Consumidor está acima do Decreto Federal n. 4.680/03. Destacou ser insustentável a idéia de o consumidor submeter-se à compra de produtos transgênicos sem ter a ciência disso, indiferentemente se o produto possui 0,1% ou 10%, pois a presença de OGM põe em risco a saúde e o bem-estar de toda a população. Por derradeiro, protestou pelo desprovidimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestando-se pelo desprovidimento do reclamo (fls. 224 a 234).

II — Voto

O recuso não merece provimento.

Compulsando os autos, constata-se estarem presentes os pressupostos para o deferimento da medida liminar na ação civil pública, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

O *fumus boni juris* está devidamente evidenciado no Código de De-

fesa do Consumidor, mais precisamente em seu art. 31, dispondo que “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores”. Ainda, em seu art. 6º, o CDC prevê como direitos básicos do consumidor “a proteção à vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos” e “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”. Está consubstanciado, também, na Constituição Federal, em seu art. 5º, XIV e XXXII, e art. 170, V, na qual a proteção do consumidor aparece no rol dos direitos fundamentais.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor veio para consolidar o princípio da proteção insculpido pela nova ordem constitucional, primando pelo interesse social, com o fim de evitar a enganiosidade e a abusividade dos fornecedores de produtos e serviços, práticas estas que são inibidas, principalmente, com a publicidade clara e correta.

Nesse sentido, o magistério de Antônio Herman de Vasconcellos e outros doutrinadores:

“Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganiosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Toda a reforma do sistema jurídico nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem um direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir.

[...]

“O art. 31 aplica-se, precipuamente, à oferta não publicitária. Cuida do dever de informar a cargo do fornecedor. O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.

[...]

“Não é só a publicidade que pode ser enganosa (art. 37, § 1º). Na medida em que a embalagem geralmente é veículo de *marketing*, também ela se presta à enganiosidade. ‘Na sociedade de consumo, o rótulo, fixado sobre um produto ou embalagem, constitui um meio ideal de comunicação entre o fabricante, o distribuidor ou o vendedor e o consumidor’. E por ser meio de comunicação, passível é de transmissão de informações enganosas ou abusivas.

[...]

“Assim, por exemplo, é enganoso sugerir, através de forma especial (*design*), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. Do mesmo modo, há enganiosidade na rotulagem que induz o consumidor a crer que se trata de produto natural, quando, na verdade, é artificial” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 5ª ed., Forense Universitária: Rio de Janeiro, p. 227 e 228, 230 e 231).

Dessa forma, ainda que haja farta discussão sobre a suspensão ou a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 12.128/02, em razão do advento do Decreto Federal n. 4.680/03, pois ambas legislações dispõem sobre a rotulagem de produtos que contenham organismos geneticamente modificados (OGM), mister salientar a superioridade do caráter social da decisão vergastada, baseada não só no Código de Defesa do Consumidor, mas na nossa Lei Maior, a qual apresenta como direito fundamental, no seu art. 5º, inciso XXXII, a proteção do consumidor. Tivesse o Decreto Federal revogado a Lei Estadual n. 12.128/02, tem-se a plena convicção que não revogou o Código Consumerista, mantendo hígida a regra de informação insculpida em seus arts. 6º e 31.

Frisa-se que, acima de qualquer questionamento acerca dessa matéria, sempre estarão os princípios e direitos arrolados na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, porquanto toda a legislação que verse sobre esse tema, sendo federal

ou estadual, é proveniente desses preceitos. Contudo, apenas em caráter ilustrativo, crê-se na possibilidade de ambas as legislações terem espaço no mundo jurídico, pois se trata de competência concorrente (art. 24 da CF), versando a legislação federal sobre normas gerais e a legislação estadual sobre normas específicas.

E, nessas condições, haverá apenas a suspensão da legislação estadual se, na ausência da norma geral, esta dispor sobre matéria de competência concorrente e, por ocasião do advento da norma geral, contrariar a legislação federal, o que não ocorre no caso *sub judice*.

Quer-se crer não haver contrariedade entre as aludidas normas, porquanto ambas dispõem sobre o direito à informação; porém, com uma pequena diferença, qual seja, o Decreto Federal n. 4.680/03 fixou limite mínimo para que haja a obrigatoriedade de inclusão no rótulo dos produtos sobre a existência de organismos geneticamente modificados (OGM), e a lei estadual foi silente, o que não é causa de inconstitucionalidade, mormente por fazer parte do âmbito de competência dos estados membros seguir, em linhas essenciais, o que diz a norma geral (determinar a informação de conteúdo transgênico nos produtos comercializados), buscando preencher e adequar os preceitos gerais às peculiaridades e exigências estaduais (não determinou limite mínimo), sendo permitido ao legislador estadual certa amplitude e liberalidade nas matérias de competência concorrente.

Sobre o tema, a lição de Raul Machado Horta:

“As Constituições Federais passaram a explorar, com maior amplitude, a repartição vertical de competências, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre a União Federal e os estados membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local” (Estudos de direito constitucional, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366).

Em verdade, e apenas em última análise sobre esse assunto, o que se deve questionar aqui é a possibilidade de um decreto federal sobrepor-se à lei estadual, como também se a legislação federal não deveria ter-se limitado a dispor regras e princípios gerais, sem impor limites que levem a esse tipo de dúvida e discussão que, igualmente, nos conduzem a pôr em debate qual a real motivação do legislador federal; se a defesa dos interesses das grandes multinacionais implantadas em nosso País, ou a de-

fesa dos direitos constitucionais dos cidadãos brasileiros.

Demais disso, o Decreto Federal n. 4.680/03 estabeleceu o índice de 1% (um por cento) de organismos geneticamente modificados nos produtos comercializados para instituir a obrigatoriedade de menção na rotulagem aos seus fornecedores, enquanto a Lei Estadual n. 12.128/02 não prevê percentual.

Ainda que inexista qualquer critério científico seguro que oriente a opção de tal percentual, qual o impedimento de o agravante veicular a informação de presença de transgênicos em seus produtos, mesmo que não ultrapassem o patamar estabelecido na lei federal, se o próprio demandante enfatiza a ausência de periculosidade e nocividade dos organismos geneticamente modificados?

Ora, se na composição dos produtos do recorrente existem substâncias como corantes artificiais, açúcares, sais, proteínas, carboidratos etc., conforme mencionado no rótulo da embalagem, por que não veicular a informação de que no produto “Sopa de Carne com Macarrão Conchinha Knorr” existem organismos geneticamente modificados?

Como é cediço, até pelo estágio em que se encontram as pesquisas científicas sobre os efeitos colaterais produzidos pelos transgênicos, não se pode afirmar serem totalmente inofensivos à saúde do consumidor, ainda que presentes em índices mínimos nos alimentos. Aquele

que consome, independentemente de índices ou quaisquer outros óbices existentes, tem o direito de conhecer e optar pelo produto que irá comprar e consumir, não podendo ser induzido em erro na hora de adquiri-lo, pois a ausência de menção na rotulagem da existência de organismos geneticamente modificados (OGM), hodiernamente, influenciará na compra do produto.

Nessa vertente, descreve Adalberto Pasqualotto sobre caso acontecido na França, onde se defendeu o direito do consumidor ao acesso às informações claras e precisas:

“O critério é finalístico: a indução em erro. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário capaz de induzir em erro o consumidor.

“A indução em erro é muitas vezes sutil. Na França, foi condenado o fabricante de Tang, que anunciava sucos com sabor de frutas, sobre a imagem de frutas frescas, quando, na verdade, a aromatização era artificial. O sabor de frutas era afirmativa verdadeira, mas a imagem induzia acreditar que era sabor natural” (Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor, Editora Revistas dos Tribunais: São Paulo, p. 119).

Nesse ínterim, o deferimento da medida liminar teve por escopo defender o direito de informação e outros insculpidos na Carta Política, principalmente o interesse público, com base na perícia feita no produto “Sopa

de Carne com Macarrão Conchinha Knorr” pela Fundação Oswaldo Cruz (sendo despicienda qualquer alegação do agravante quanto à confiabilidade do resultado apresentado, pois se trata de instituto sério e de reputação ilibada em todo o território nacional), no qual foram encontradas as seguintes substâncias: “Presença de DNA vegetal através da detecção do gene lectina, pelo método da reação em Cadeia pela Polimerase (PCR). Presença do fragmento do gene promotor 35S (CaMV), pelo método da Reação em Cadeia pela Polimerase (PCR). Presença do fragmento do gene “terminador nos”, pelo método da Reação em Cadeia pela Polimerase (PCR). Presença do gene específico da construção ‘Soja Roundup Ready’, pelo método Nested-PCR” (fls. 113 e 114).

A perícia não detectou a quantidade de substância transgênica presente no produto; porém, ante a ausência de qualquer menção na rotulagem sobre a existência de organismos geneticamente modificados em sua composição, jungindo-se a isso a grande polêmica do uso dos transgênicos no País, em razão das sérias suspeitas acerca da nocividade à saúde, salutar é a proibição de sua venda sem a devida comprovação. Ressalta-se, uma vez mais, que não se está proibindo a venda do produto, mas, sim, que ele seja acompanhado da informação de que contém substância geneticamente modificada.

Forte nesse entendimento, convém ressaltar que a existência de

nocividade no consumo de transgênicos é que caracteriza o *periculum in mora*.

O risco do consumo indiscriminado de produtos que possuem organismos geneticamente modificados é grande e já devidamente comprovado, tanto que em alguns países como Inglaterra, França e Alemanha, que eram favoráveis aos transgênicos, estão agora fazendo grandes restrições a esses alimentos geneticamente modificados.

O engenheiro agrônomo Ventura Barbeiro, formado pela ESALQ-USP em 1990, relata dois casos sobre o perigo dos transgênicos:

“Em 1980 a indústria japonesa Showa Denko K. K. usou a bactéria transgênica para produzir triptofano, um aminoácido usado como suplemento alimentar. Uma toxina mortal foi produzida devido à alteração no metabolismo interno do microorganismo. A aceleração do processo de criação da molécula de triptofano gerou reações entre substâncias intermediárias criando a toxina mortal. Isto levou à morte nos EUA, onde o produto foi vendido, 35 pessoas e mais 1.500 ficaram com problemas físicos permanentes.

“Outro grave acidente ocorreu quando a empresa Aventis introduziu, em 1998, um milho modificado para produzir a toxina de uma bactéria. Usou uma tecnologia conhecida pela sigla ‘Bt’. O milho, chamado StarLink, foi comercializado mesmo com restrições. Devido à polinização cruzada e

mistura nos armazéns, contaminou em torno de 40% a produção de milho norte-americano. Causou graves reações alérgicas em seres humanos devido à presença de uma proteína designada Cry9C. Esta proteína não está presente em outros milhos com a tecnologia Bt.

“Este milho foi liberado com a restrição de ser usado apenas na alimentação animal, mas devido à polinização (cruzamento sexual através do ar) contaminou outras lavou-
ras de milho e na comercialização era misturado ao milho comum. O milho comum misturado com o transgênico perdeu o seu valor de mercado, levando os produtores a grandes prejuízos e vários consumidores a ter reações alérgicas graves. A rede norte-americana Taco Bell e uma associação de produtores de milho processou judicialmente a Aventis por este episódio” (Fonte: IBD — Instituto Biodinâmico — www.ibd.com.br, pesquisa realizada em 5-4-04).

Com efeito, deve-se buscar o controle desse tipo de modificação genética, estabelecida agora na nossa agricultura sob o pretexto de baratear e de tornar os produtos agrícolas mais

saudáveis, e prudência até a conclusão das pesquisas, uma vez que os transgênicos trazem a promessa de serem livres de pesticidas. E esta informação é necessária para que o consumidor possa exercer o seu direito de escolha.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso para manter a decisão interlocutória que concedeu a medida liminar.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 13 de abril de 2004.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Rui Fortes,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.010685-8, DE PALHOÇA

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Dano ambiental. Responsabilidade solidária. Poder público municipal e particular. Formação de litisconsórcio passivo facultativo. Restrição não admitida porque fora do alcance da providência judicial saneadora. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.010685-8, da comarca de Palhoça, em que é agravante o representante do Ministério Público, sendo agravados Audi Marli Antunes e o município de Palhoça:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo representante do Ministério Público contra a decisão interlocutória que, nos autos de ação civil pública movida contra o município de Palhoça e de Audi Marli Antunes, determinou a emenda da inicial de modo a fazer com que o processo tramite apenas com relação a um dos requeridos, posto que, no caso em questão, inadmissível é o litisconsórcio passivo (fls. 47 a 49).

Sustenta, em síntese, que há responsabilidade solidária entre o ente público, por sua omissão na preservação do meio ambiente, e o particular pela prática do mesmo dano ambiental. Por essa razão, afirma a possibilidade de litisconsórcio passivo, uma vez que a responsabilidade pela lesão pode ser imputada a mais de uma pessoa de maneira solidária e simultânea. Aduz, ainda, sobre a desnecessidade de uma ação civil pública específica para compelir o

Município a exercer o seu poder de polícia ambiental.

Concedido o efeito ativo almejado e transcorrido *in albis* o prazo para a contraminuta, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Guido Feuser, opinou pelo provimento do recurso.

II — Voto

O agravo deve ser provido.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra Audi Marli Antunes e o município de Palhoça porque, segundo narra na inicial, o primeiro teria promovido, ilegal e clandestinamente, o aterramento de uma área localizada dentro dos limites do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro e na faixa de APP do Rio Madre (art. 2º, a, da Lei n. 4.771/65 — Código Florestal). Essa atitude do particular, conforme sustenta, foi adotada para viabilizar a passagem para criação de gado e estaria acarretando enormes danos ao meio ambiente. Por outro lado, afirma que o ente municipal seria responsável porque não tomou nenhuma providência para prevenção, reparação ou supressão dos danos ambientais apontados, deixando de cumprir, assim, o dever de promover a defesa do meio ambiente, nos termos do art. 225 da CF.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seus arts. 23, VI e VII, e 225, é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover a defesa e a preservação do meio ambiente.

Com efeito, a existência de indícios de que o ente municipal negligenciou seu dever de promover o controle e a fiscalização de seu território, a fim de evitar danos ambientais, impõe a sua participação no pólo passivo da ação destinada a apurar a sua co-responsabilidade pelos danos narrados.

Aliás, essa tem sido a orientação adotada por esta egrégia Câmara em casos análogos, inclusive da mesma Comarca. Vejamos:

“Agravo de instrumento. Ação civil pública. Dano ao meio ambiente. Litisconsórcio passivo do município com particulares. Possibilidade. Omissão, em tese, do dever de fiscalização. Defesa de interesse metaindividual. Recurso provido.

‘É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, solidariamente, o responsável direto pela violação às normas de preservação do meio ambiente, bem assim a pessoa jurídica que aprova o projeto danoso.

‘Na realização de obras e loteamentos, é o município responsável solidário pelos danos ambientais que possam advir do empreendimento, juntamente com o dono do imóvel’ (STJ, 2ª Turma, rela. Mina. Eliana Calmon, REsp n. 295797/SP, j. 18-9-01)” (AI n. 2004.003955-7, de Palhoça, rel. Des. Rui Fortes).

E mais:

“Ação civil pública. Meio ambiente. Particular e poder público. Apuração de responsabilidade. Obrigação

reparatória solidária. Litisconsórcio passivo. Admissibilidade.

“Sendo dever do Poder Público a proteção ao meio ambiente, evidente a sua obrigação, — obviamente, se apurados no trâmite processual os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil —, de responder solidariamente com o particular que tenha causado, de forma direta, suposta lesão ao ecossistema. Logo, cuidando-se de hipótese de obrigação solidária, deve-se admitir a formação do litisconsórcio passivo” (AI n. 2004.003957-3, de Palhoça, rel. Des. Volnei Carlin).

Outrossim, ainda que não fosse admitido o litisconsórcio passivo facultativo em razão da aventada responsabilidade solidária entre os agravados (art. 46, I, do CPC), este deveria ser reconhecido em consequência de que a obrigação de ambos decorre da mesma causa de pedir (art. 46, II, CPC), ou seja, do mesmo fato — dano ao meio ambiente provocado pelo aterramento em área de preservação permanente.

Ademais, como argumento final, embora antecedente ao até aqui exposto, está o fato de que “O juiz só tem o poder de, a requerimento ou de ofício, mandar que o autor traga outrem à relação processual, quando efetivamente for necessário o litisconsórcio, por uma das razões já suficientemente expostas; ele não tem o poder discricionário nesse assunto, como o juiz italiano tem, não lhe competindo ir além do exame inteligente do caso concreto, destinado a convencer-

se de que se aplicam, ou não, as regras da necessidade [...]” (Litisconsórcio, Cândido R. Dinamarco, SP: RT, 1986, p. 254).

Não lhe é dado forçar o autor a estender ou restringir a ação contra quem quer que seja.

E continua Dinamarco, afirmando que, “Diferentemente do que sucede quando o litisconsórcio é necessário, não pode o facultativo ser instaurado por iniciativa do juiz, o qual não tem no Brasil (como na Itália tem) poder discricionário para criar a necessidade do litisconsórcio por deliberação sua [...]” (ob. cit., p. 257).

III — Decisão

Diante do exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes e dele participou, também com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz. Funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Cid José Goulart Júnior.

Florianópolis, 1º de março de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, para o acórdão;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.025736-8, DE JOAÇABA

Relator: Des. Cesar Abreu

Ação civil pública. Embargo de edificação. Código Florestal (art. 2º). Afastamento de rio e declividade. Exigências satisfeitas. Agravo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.025736-8, da comarca de Joaçaba, em que é agravante Valmor Slongo, sendo agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, dar provimento ao agravo.

Custas *ex lege*.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Valmor Slongo contra decisão do MM. Juiz de Direito que, nos autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público, deferiu liminar determinando o embargo de obra de sua propriedade, sob pena de multa diária de um salário mínimo, ao argumento de que esta

encontra-se em um terreno com declividade superior a 45 graus, além de estar situada a menos de 100 metros do Rio do Peixe (APP), malferindo, assim, a legislação florestal. Requereu, por último, a extinção da ação civil pública por falta de interesse processual.

Indeferido o efeito suspensivo almejado (fls. 44 e 45) e ouvido o agravado, os autos foram à Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

O agravo merece provimento.

O despacho impugnado tem o seguinte teor:

“Tratam os presentes autos de ação civil pública, na qual o Representante do Ministério Público, visando a resguardar a integridade física dos transeuntes desta cidade, bem como para preservar o meio ambiente, propôs contra o requerido Valmor Slongo, qualificado nos autos, a presente ação civil pública.

“Dos autos verificamos que o requerido pretende edificar prédio, já com Alvará de Licença Municipal, cujo prédio estaria em uma encosta com declividade superior a 45º, além de estar situado a menos de cem metros do Rio do Peixe, o que, pela Legislação Florestal, não é permitido.

“As ponderações constantes da inicial são coerentes e merecem acolhimento.

“Assim, diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, concedo a liminar requerida à fl. 7, reiterada à fl. 8, estabelecendo multa diária de um salário mínimo legal, caso ocorra o descumprimento da presente medida [...]”.

Do despacho acima transcrito, sobressaltam os seguintes motivos que levaram o MM. Juiz de Direito a deferir a liminar nestes autos objurgada: (a) resguardar a integridade física dos transeuntes; (b) preservar o meio ambiente; (c) o requerido pretende edificar em encosta com declividade superior a 45º; e (d) o prédio está situado a menos de 100 metros do Rio do Peixe.

Deflui dos autos que a obra empreendida pelo ora agravante faz frente com a Rua Frei Rogério, em um terreno que também possui testada com a Avenida XV de Novembro. Ainda, que este encontra-se dividido por um muro de arrimo (fls. 24, 25, 31 e 37 a 40) construído pela Municipalidade há mais de 50 anos (fl. 26).

A questão, pois, cinge-se em saber se referida edificação, autorizada pela Prefeitura de Joaçaba (Termo de Aprovação de fl. 22 e Alvará de Licença de fl. 32), infringe ao disposto na legislação de regência, a saber:

Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965: Código Florestal:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei n. 7.803 de 18-7-1989).

[...]

“3 — de 100 (cem) metros para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei n. 7.803 de 18-7-1989).

[...]

“e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive.

[...]

“Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 7.803 de 18-7-1989)”.

Esclarecedor, a toda evidência, o Laudo Técnico elaborado pelo Engenheiro Civil Vonei Volpato, *verbis*:

[...].

“1.1 Distância entre a edificação e o rio.

“Conforme mapa anexo elaborado pelo engenheiro civil Denir Nar-

ciso Zulian, inscrito no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de Santa Catarina (CREA), sob n. 50.805-8, a edificação possui uma localização singular, pois se traçarmos uma linha imaginária no prolongamento de uma das divisas laterais, esta encontra o Rio do Tigre, porém se realizarmos o mesmo procedimento na direção da outra divisa lateral encontraremos o Rio do Peixe. Desta forma parte do terreno, a fim de respeitar a legislação ambiental quanto a áreas de preservação permanente situadas às margens dos rios, deverá respeitar 30 metros (Rio do Tigre) e outra parte o terreno deverá respeitar 100 metros (Rio do Peixe).

“A *edificação* de 2 (dois) pavimentos, medindo 160m² (cento e sessenta metros quadrados), aprovada pela Prefeitura Municipal de Joaçaba, Alvará de Construção n. 17.940 emitido em 15 de janeiro de 2004, situada na parte posterior do terreno, com frente para a Rua Frei Rogério, *está situada a 116,75m (cento e dezesseis vírgula setenta e cinco metros) do Rio do Peixe*, conforme planta de localização anexa. Respeitando assim os recursos exigidos pela legislação ambiental (Código Florestal) [...]” (fl. 27).

A Planta de Medição e Levantamento Planialtimétrico de fl. 25 aponta uma distância de 96,56 metros entre o Rio do Peixe e o início do terreno do agravante na Av. XV de Novembro, o que, em tese, tornaria a edificação irregular. Porém, conforme a Planta de Localização da Construção

ção (fl. 31), essa medida altera-se para 116,75m até o começo da obra, significando dizer que restaram ainda até aquela avenida 20,19m que, observados os 100 metros exigidos pelo Código Florestal, cairiam para 16,75m utilizáveis.

Quanto à declividade do terreno, assim se manifestou o referido Engenheiro:

“1.2. Declividade

“Segundo a definição do Código Florestal considera-se área de preservação permanente as florestas e demais formas de vegetação permanente situadas nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45° (quarenta e cinco graus), equivalente a 100% na linha de maior declive (art. 1º, § 2º, II, e art. 2º, letra e, do Código Florestal).

“Gostaríamos de esclarecer que 45° (quarenta e cinco graus) corresponde em percentagem a 100% (cem por cento), isto significa em outras palavras que a cada um metro na horizontal teremos o mesmo em metro na vertical.

[...]

“Cálculo da Declividade (°):

“H = Desnível do terreno

“D = Distância horizontal = Medida da linha do terreno em nível

“Cálculo: $\text{Tang } a = H/D - \text{Tang } \acute{a} = 18,55/30,59 - \text{Tang } \acute{a} = 0,6006 - \text{Tang } \acute{a} = (\text{Tang } 0,6006)^1 - \acute{a} = 31,23^\circ$ (trinta e um vírgula vinte e três graus).

“A medida acima corresponde em percentagem a: $\% \text{ Declive} = \text{cateto oposto/cateto adjacente} = 18,55/30,59 \times 100 = 60,64\%$.

“Nos autos da ação civil pública encontra-se o mapa de declividade elaborado em conjunto pela Polícia Militar e por profissional da área de engenharia e topografia (Engenheiro Fiovan P. da Rosa), que chegou a um percentual de declividade de 68,21%. Como pode se constatar este valor diferencia um pouco do valor encontrado por nós nos cálculos acima, porém os mesmos estão próximos. Assim sendo qualquer um dos valores acima mencionados, 60,64% (em percentagem), que corresponde a 31,23° (graus), ou o valor encontrado pela Polícia Ambiental de 68,21% (em percentagem), que corresponde a 34,30° (graus), encontra-se abaixo do limite de 45° (graus) ou 10% (cem por cento), descritos no Código Florestal, a fim de caracterizar quando determinada área é de preservação permanente. *Desta forma, a obra edificada atende perfeitamente e não fere a Legislação Ambiental (Código Florestal)*”.

Não há, pois, não acolher os cálculos e fundamentos retrotranscritos.

Assim, evidente a diferença entre se levar em conta a declividade apurada em *graus* e em *percentagem*. Os 68,21% apontados às fl. 14 (cópia da ação civil pública) correspondem, em verdade, a 34,30°, isto é, a declividade do terreno no qual o agravante edificou está aquém daquela prevista no Código Florestal, de 45° ou 100%.

Há ainda que ser levado em conta o fato de o terreno apresentar dois planos de declividade distintos, em face de estar dividido pelo muro de arrimo já citado, e que mereceu também esclarecimentos por parte do Engenheiro Volnei Volpato, os quais afastam, de vez, quaisquer dúvidas quanto à questão:

Porém gostaríamos ainda de fazer alguns comentários com relação à declividade acima calculada.

“a) A Prefeitura Municipal de Joaçaba, quando implantou a Rua Frei Rogério (há mais de 50 anos atrás), executou um muro de arrimo em pedras talhadas ao longo da transversal do terreno (fotos anexas), a aproximadamente 18,38 metros da Rua Frei Rogério, dividindo o terreno em duas partes distintas e com declividades distintas.

“b) Nos cálculos de declividade acima, tomou-se por base para calcular o desnível a Cota do Nível da Av. XV de Novembro e a Cota do Nível da Rua Frei Rogério. Ocorre que existe o muro de arrimo já citado, o que originou duas declividades distintas para o terreno.

[...]

“e) Assim sendo, em nosso entendimento deveria-se calcular as duas declividades distintas para o terreno a fim de verificar se alguma delas é área de preservação permanente, o que faremos a seguir:

“Declividade 1 — (local onde está edificada a obra em questão en-

tre a Rua Frei Rogério e o muro de pedras talhadas).

“Tang á = $11,46/17,22 = 0,667 = 66,70\%$ [...].

“Declividade 1 — 66,70% (por cento) ou 33,69° (graus).

“Donde se conclui que esta parte do terreno não é área de preservação permanente.

“Declividade 2 — (entre a Av. XV de Novembro e o muro de pedras talhadas).

“Tang á = $7,07/12,18 = 0,5804 = 58,04\%$ (por cento).

“[...] Declividade 2 — 58,04% (por cento) ou 30,13° (graus).

“Donde se conclui que esta parte do terreno também não é área de preservação permanente” (fls. 28 e 29).

Registra-se, por outro lado, que a ação civil pública foi ajuizada em 9-8-2004, quando o prédio já se encontrava praticamente pronto, conforme mostram as fotografias de fls. 37 a 40, o que por si só afastaria o *periculum in mora* alegado pelo requerente agravado para o efeito da liminar aqui combatida.

Ademais, estas mesmas fotografias revelam a existência de outros prédios adjacentes, laterais e nos fundos, estes últimos de frente para a Av. XV de Novembro.

Resta, pois, analisar a questão relativa ao risco aos moradores e usuários em face de desmoronamento

havido na parte do terreno entre o muro de pedras talhadas e a Avenida XV de Novembro.

Este assunto, por óbvio, em nada influencia no provimento do presente agravo, uma vez que, autorizando o agravante a continuar e concluir a construção, assume na integralidade todos os riscos daí inerentes, por eles respondendo.

Anota-se, no particular, que providências devem ser tomadas para se evitar quaisquer riscos aos moradores e usuários das vias públicas, mais precisamente quanto à Av. XV de Novembro, conforme apontou-se no Laudo Técnico à fl. 30:

“1.3. Riscos aos moradores e usuários da via pública

“A parte do terreno situado entre o muro de pedras talhadas e a Av. XV de Novembro possui formação rochosa, sendo que o referido muro está edificado sobre rocha, não havendo portanto possibilidade de desmoronamento de terra.

“Ocorreu um deslizamento de terra em virtude da existência de terra proveniente de escavações, colocada sobre o referido maciço rochoso. Assim, a fim de evitar-se riscos aos moradores faz-se necessário retirar a terra solta existente no local. Executando tal procedimento o terreno não apresentará riscos de deslizamento.

“Aproveito a oportunidade para alertar a V. Sa. que é urgente a necessidade de retirar a terra solta acima referida, sob risco de ocorrer novo

deslizamento, bem como faz-se necessária a conclusão do muro de arrimo em continuidade ao muro de pedras talhadas” (fl. 30).

Por fim, insubsistente a pretensão do agravante em ver extinta a ação civil pública, sob o argumento de falta de interesse processual.

A respeito manifestou-se, com propriedade, o eminente Procurador de Justiça Dr. André Carvalho:

“Apesar de não ter o agravante fundamentado em que consiste a falta de interesse processual do agravado, vale salientar que este sempre atuou nos interesses de ordem pública e difusos, como o meio ambiente, o qual é o caso em tela.

“O artigo 129 da Constituição Federal traz que:

“São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

“III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos [...].

“Corroborando, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera sobre a presunção do interesse de agir do Ministério Público:

“A doutrina tem anotado que, em se tratando do Ministério Público, dado que a propositura dessas ações é sua função institucional (cf. Lei n. 8.625/93, art. IV), seu interesse de agir

já estaria, de alguma sorte, presumido, ou, por outras palavras, decorreria *ope legis*, sem necessidade de maiores perquirições para que se o reconhecesse num dado caso concreto.

“Hugo Nigro *apud* Mancuso, ainda ensina que: Se o autor da ação for o Ministério Público, parece-me que o interesse é presumido, porque o Ministério Público é, diante do art. 1º da Lei Complementar n. 40/81, encarregado de defender perante o Judiciário os interesses indisponíveis da sociedade. Ora, se a lei o considera defensor de interesses transindividuais, assim porque a lei lhe dá legitimação para defender os interesses difusos, deve-se-lhe presumir que tenha legítimo interesse para tal fim” (Mancuso, Rodolfo de Camargo, Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 51 e 52).

Ora, é de clareza meridiana o interesse processual do agravado em

propor a ação civil pública em questão, visto ser diretamente legitimado a defender os interesses indisponíveis da sociedade.

Improcede, pois, o pedido de extinção do processo por falta de interesse processual do Ministério Público.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 15 de março de 2005.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA PENAL

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL N. 2004.010419-7, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Sérgio Paladino

Revisão criminal. Pedido de liminar visando à suspensão das ordens cautelares com o intuito de aguardar em liberdade o respectivo julgamento. Inadmissibilidade, à minguada de amparo legal.

“Não há como se admitir, por falta de amparo legal, que o paciente aguarde solto o julgamento de sua revisão criminal. O ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória, não se podendo estender ao condenado, nessa situação, o benefício do art. 594 do Código de Processo Penal. Precedentes da Corte. Habeas corpus indeferido’ (JSTF 215/363)” (Mirabete, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2002, p. 1.635).

Estupro e atentado violento ao pudor. Pleito objetivando o reconhecimento da extinção da punibilidade. Pretendida incidência do art. 107, inciso VIII, do Código Penal. Impossibilidade.

Crime contra os costumes praticado com o emprego de grave ameaça. Pedido indeferido.

“Nos crimes de estupro só será cabível a extinção da punibilidade, face ao casamento da vítima com terceiro e que não requer o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração das núpcias, quando a violência não for real e inexistente grave ameaça’ (RT 615/329)” (obra citada, p. 1.610).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2004.010419-7, da comarca de Biguaçu, em que são requerentes Sued José de Amorim e Ivan Carlos de Amorim:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Biguaçu, Sued José de Amorim e Ivan Carlos de Amorim foram condenados por infração aos arts. 214 e 213, respectivamente, do Código Penal, ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Verificado o trânsito em julgado do acórdão que apreciou o recurso especial que interpuseram (fl. 8), intentaram revisão criminal, com fulcro no art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal, pleiteando a extinção da punibilidade, em virtude do acontecimento de um fato novo, qual seja, o casamento da vítima com terceiro, fundando o pleito no art. 107, inciso VIII, do Código Penal.

Anexaram a certidão do Registro Civil, com vistas a demonstrar a veracidade da alegação (fl. 10), e afir-

maram que a vítima já vivia maritalmente com o agora marido desde novembro de 2002, para cuja comprovação juntaram declaração prestada por pessoa amiga da ofendida (fl. 11), razão pela qual requereram a declaração da extinção da punibilidade, pois na data em que se constituiu a união estável ainda não havia ocorrido o trânsito em julgado.

Concluíram, pleiteando a concessão de liminar para a suspensão das ordens de prisão contra ambos expedidas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

Descabe liminar em revisão criminal, visando à manutenção do *status libertatis* dos requerentes, à míngua de amparo legal.

Com efeito, “não há como se admitir, por falta de amparo legal, que o paciente aguarde solto o julgamento de sua revisão criminal. O ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória, não se podendo estender ao condenado, nessa situação, o benefício do art. 594 do Código de

Processo Penal. Precedentes da Corte. *Habeas corpus* indeferido' (JSTF 215/363)" (Mirabete, Julio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2002, p. 1.635).

O pedido de extinção da punibilidade dos réus decorrente do casamento da vítima com terceiro igualmente não procede, pois tanto a sentença quanto o acórdão que a confirmou reconheceram o emprego da grave ameaça, circunstância que impede a extinção da punibilidade fundada no art. 107, inciso VIII, do Código Penal, que estatui, *verbis*:

"Extingue-se a punibilidade:

omissis;

"VIII — pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração".

Diante disso, e não havendo ensejo ao reexame da questão acerca da qual se operou a coisa julgada, impõe-se o indeferimento do pleito.

A propósito da almejada reapreciação das provas, assentou a jurisprudência:

"O juízo revisional não comporta nova avaliação da prova, devendo o tribunal limitar-se a verificar se a condenação tem base em algum dos elementos probatórios ou se é divorciado de todos eles' (RT 624/348-9)" (obra citada, p. 1.610).

De outro vértice, a alegação de que a vítima já vivia em união estável

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, comprovada por declaração firmada por testemunha conhecida da vítima, não altera a situação dos réus, pois ainda que se afigurasse possível a extinção da punibilidade, só o casamento — demonstrado por meio da certidão do Registro Civil — teria o condão de operá-la.

Assim, assentado o emprego da grave ameaça no cometimento do delito, inviabiliza-se o deferimento do pleito.

Essa a senda trilhada pela jurisprudência, segundo o julgado, cuja ementa transcreve-se a seguir:

"Nos crimes de estupro só será cabível a extinção da punibilidade, face ao casamento da vítima com terceiro e que não requer o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração das núpcias, quando a violência não for real e inexistente grave ameaça' (RT 615/329)" (obra citada, p. 569 e 570).

Ante o exposto, indeferiu-se o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Newton Janke e Carstens Köhler, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 30 de junho de 2004.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.021983-8, DE PALHOÇA

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Processual penal — Homicídio qualificado — Tentativa — Motivo fútil e recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido — Qualificadoras que afrontam a prova dos autos — Recurso provido para determinar novo julgamento.

Provado que réu e vítima eram inimigos, tendo a vítima agredido familiares do apelante, o motivo não é fútil, nem houve surpresa, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial.

É de se submeter o réu a novo julgamento se a versão aceita pelo júri conflita com a prova constante dos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.021983-8, da comarca de Palhoça, em que é apelante Ademir Alves da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para anular o julgamento a fim de que a outro seja o réu submetido.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de Palhoça, Ademir Alves da Silva restou condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Alega o apelante, em síntese, que a decisão contrariou a prova dos autos, devendo ser acolhida a tese da legítima defesa ou da desistência voluntária ou do motivo de relevante

valor moral. Caso não seja esse o entendimento, pugna pela desclassificação para homicídio simples, na forma tentada, e, com as atenuantes existentes nos autos.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a decisão do Conselho de Sentença deve ser mantida, pois em conformidade com a prova.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Quanto às teses da legítima defesa própria, desistência voluntária e motivo de relevante valor moral, embora encontre apoio isolado no interrogatório do réu, anoto que, havendo outras versões, era lícito ao Conselho de Sentença optar por qualquer delas.

É o entendimento:

“Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes no processo, corroborada por declarações de testemunhas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos” (Ap. Crim. n. 2002.009157-5, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva).

“Apelação criminal — Tribunal do júri — Homicídio consumado — Reconhecimento pelo conselho de sentença da legítima defesa putativa — Anulação do julgado — Impossibilitada

de — Decisão que não afronta a prova dos autos — Recurso desprovido.

“Somente se cogita em anulação do Júri por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando ela refugir, às escâncaras, ao contexto probatório, afrontando a prova.

“Existindo duas versões nos autos pode o Conselho optar por qualquer uma delas, não se podendo intervir em sua decisão” (Ap. Crim. n. 2002.005131-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

2 — No que tange à qualificadora do motivo fútil, *data venia*, os senhores jurados se dissociaram da prova produzida.

O motivo fútil é aquele insignificante, mesquinho, que não equivale a motivo injusto.

A peça acusatória, no que tange às qualificadoras, limitou-se a narrar:

“Cumpre, ainda ressaltar, que o denunciado agiu por motivo fútil e de surpresa, impossibilitando qualquer tipo de defesa da vítima Baldoíno”.

As testemunhas ouvidas no inquérito e em Juízo afirmaram que réu e vítima eram desafetos.

Roberto Carlos da Silva (fl. 46) disse que “o depoente tem conhecimento de que Balduíno e Ademir eram desafetos, pois Balduíno já tinha agredido a mãe de Ademir, que tem 75 anos; que Balduíno, no velório de um tio de Ademir chegou bêbado e bateu no falecido”.

Maria Aparecida Schnaider (fl. 47) afirmou: “Que conhece Baldoíno e pode afirmar que o mesmo vive se metendo em confusão, na maioria das vezes embriagado [...] que é de seu conhecimento que Baldoíno agrediu fisicamente a mãe de Ademir Alves da Silva, oportunidade em que também estava embriagado, chegando a arrancar o relógio de pulso da referida senhora”.

Em Juízo, acrescentou: “que a vítima esteve no velório do tio do acusado dizendo que se este tio não houvesse morrido a vítima o mataria; que a vítima chegou numa oportunidade a retirar um relógio do pulso da avó do acusado” (fl. 181).

Na primeira fase do processo, testemunhas confirmam os desentendimentos pretéritos:

Valdevir Alves da Silva, pai do réu informou:

“que para o declarante os motivos dos fatos ocorridos e narrados na inicial [...] é porque a vítima tempos atrás havia assaltado a mãe do declarante e avó do acusado, bem como por ter a vítima provocado uma confusão no velório do irmão do declarante o qual além de tio era padrinho do acusado” (fl. 169).

Maria Aparecida Rodrigues:

“[...] que a depoente não presenciou os fatos narrados na denúncia e nada sobre eles sabe; que somente viu que a vítima em uma oportunidade subtraiu da avó do acusado um relógio que estava em seu pulso; que a

vítima levou consigo o relógio da avó, portanto retirando do local, sendo que a avó do acusado naquela oportunidade estava acompanhada de Gessi sendo que Maria Aparecida estava próxima e tentou ajudar mas não conseguiu; [...] que a vítima em uma oportunidade tentou derrubar o caixão do tio falecido do acusado” (fl. 180).

Jair Heinz:

“que a vítima possuía rixas com o tio falecido do acusado, sendo que no velório inclusive o depoente viu a vítima causando tumulto, sendo que por pouco não derrubou o caixão [...] que o depoente viu a vítima subtraindo o relógio da avó do acusado” (fl. 183).

Como se vê, razão assiste ao recorrente quanto à exclusão da qualificadora do motivo fútil.

Pedro Vergara ensina que fútil é o motivo “vão, leviano e frívolo” (Das Circunstâncias Agravantes, Rio de Janeiro: Forense, 1948, p. 109 e 110).

Celso Delmanto também assim se manifesta:

“É fútil o homicídio praticado por motivo insignificante, sem importância, totalmente desproporcionado em relação ao crime, em vista de sua banalidade. Entendemos que a ausência de motivos não pode equivaler à futilidade do motivo. Quanto ao motivo injusto, ele pode ou não ser fútil, pois a injustiça, só por si, não indica a futilidade. Lembre-se que o motivo fútil, para qualificar, precisa ter conexão imediata com o homicídio” (Cód-

go Penal Comentado, 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 220).

No mesmo sentido:

“Homicídio qualificado — Motivo fútil — Hipótese não caracterizada — Exclusão da pronúncia.

“Motivo fútil não se confunde com motivo injusto. Se houve discussão e briga e o homicídio ocorreu posteriormente a esses desacertos, não se pode ter como fútil o seu motivo impulsionador. Sua causa, foi a ira e a revolta de que estava possuído o réu em razão das desavenças havidas (Red.)” (RT 602/376).

“Homicídio qualificado — Motivo fútil — Inocorrência — Divergências anteriores entre os réus e a vítima — Exclusão da pronúncia — Recurso provido — Inteligência do art. 121, § 2º, II, do CP.

“Fútil é o motivo à-toa, de somenos, por questão de nonada. Inocorre se entre réus e vítima existia séria divergência anterior” (RT 524/353).

3 — Iguamente não há manter a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

A vítima e o apelante eram inimigos. A vítima já havia agredido a avó do réu (senhora de 75 anos de idade), bem como havia causado tumulto no enterro do tio e padrinho do apelante.

No dia dos fatos postou-se na frente da casa do réu, onde foi alvejado e “o fato de usar revólver ou outra

arma não qualifica, por si só, o homicídio, pois ‘quem vai enfrentar um adversário procura, naturalmente, armar-se de maneira a não permanecer em inferioridade’. Constituiu-se o fato qualificadora, raramente o homicídio não seria qualificado” (Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, vol. 1º, t. 2º, 2ª ed., Editora Max Limonad, 1952).

A respeito da qualificadora, ensina Heleno Cláudio Fragoso:

“Os modos de execução que qualificam o homicídio estão previstos no inciso IV, do art. 121, § 2º, do CP: são os que dificultam ou tornam impossível a defesa da vítima (à traição, de emboscada, com surpresa).

[...]

“O CP vigente não prevê expressamente a surpresa como circunstância qualificativa do homicídio, embora a jurisprudência, nem sempre com acerto, a incluisse na fórmula genérica do recurso que dificulta ou impede a defesa da vítima (RT 398/123; RF 202/311; 194/359; 156/427; 187/354 etc.). Outras decisões a incluíam na traição (RF 106/129; 159/385), com evidente equívoco. A surpresa se aproxima da traição, mas o que a caracteriza é que exige os elementos da deslealdade e confiança. Há surpresa quando o ataque é feito de modo inesperado, colhendo a vítima desatenta e indefesa (RF 106/128; 154/385; RT 519/362; 587/380).

[...]

“A superioridade em força (que o CP de 1890 previa como agravante

genérica) não constitui recurso que dificulte ou impeça a defesa (Hungria, verb. 170, nota). Para que se configure a qualificação do homicídio, é necessário que a dificuldade ou a impossibilidade resultem do modo por que o agente atua, e não das condições em que se apresenta o sujeito passivo (RF 220/354)” (Lições de Direito Penal, Parte Especial, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 43 e 44).

Julio Fabbrini Mirabete:

“[...] não se reconheceu a qualificadora da surpresa na morte da mulher pelo marido quando viviam em constantes brigas (RT 534/39); quando já haviam ocorrido divergências anteriores entre agente e vítima (RT 524/351 e 364, 523/365, 521/463, 671/298); e quando a vítima tinha motivos para desconfiar da agressão (RT 525/402). Também não se qualifica o delito pela simples superioridade de armas (RT 578/331, 534/333, 445/461, 459/344; JTJ 166/296) ou pelo concurso de agentes (RJTJESP 26/401)” (Manual de Direito Penal, v. 2, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 74).

No mesmo sentido a jurisprudência:

“Júri — Decisão contrária à prova dos autos — Ocorrência — Reconhecimento da qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido — Simples utilização de arma de fogo — Fato que não tipifica a qualificadora — Novo julgamento ordenado — Recurso provido.

“O fato de usar revólver ou outra arma não qualifica, por si só, o

homicídio. Constituísse qualificadora e raramente o homicídio não seria qualificado.

“O uso de arma não pode, em verdade, ser equiparado à traição, à emboscada ou à dissimulação, meios insidiosos destinados a elidir ou dificultar a defesa e que no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal precedem a locução ‘outro recurso’” (TJSP, Ap. Crim. n. 119.529-3, rel. Dante Busana, Lex 147/298).

Do voto:

“3. ‘O veredicto, no entanto, contrariou a prova ao identificar a qualificadora do emprego de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido com a simples utilização de arma de fogo. O equívoco veio da denúncia, não foi corrigido na pronúncia e repercutiu, como não poderia deixar de ser, no libelo como no questionário, conduzindo os juízes leigos a afirmar qualificadora com base em fato que não a tipifica.

[...]

“O uso de arma não pode, em verdade, ser equiparado à traição, à emboscada ou à dissimulação, meios insidiosos destinados a elidir ou dificultar a defesa e que no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal precedem a locução ‘outro recurso’”.

Ficou demonstrado nos autos que havia divergência anterior entre o réu e a vítima, não se caracterizando, por isso, a qualificadora da surpresa.

4 — Com relação às atenuantes da confissão espontânea e da me-

noridade, verifica-se que foram corretamente levadas em consideração na sentença condenatória no momento da fixação da pena (confira-se fls. 242 e 243).

5 — Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para anular o julgamento, devendo a outro ser o réu submetido.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram parcial provimento ao

recurso para que o réu seja submetido a novo julgamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves e Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de abril de 2004.

*Amaral e Silva,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.005410-6, DE CAMPO ERÊ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processo penal — Falsidade ideológica — Autoria e dolo comprovados — Desnecessidade de dano efetivo — Adequação da dosimetria — Confissão judicial — Reincidência caracterizada — Regime inicialmente fechado — Art. 33, § 2º, do CP — Recurso parcialmente provido.

Para a caracterização da falsidade ideológica, basta a potencialidade do evento danoso, não sendo necessária a ocorrência de efetivo dano.

Havendo o juiz considerado a confissão para condenar, a atenuante deveria ter sido reconhecida.

O regime de cumprimento da pena de reclusão imposta à reincidente é, por força de lei, o inicialmente fechado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.005410-6, da comarca de Cam-

po Erê (Vara Única), em que é apelante Gilmar Seitenstieker, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para adequar a pena.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Gilmar Seitenstieker restou condenado por infração ao art. 299, *caput*, c/c art. 61, I, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo legal.

Inconformado, apela, pleiteando, em síntese, a absolvição pela ausência de dano, circunstância elementar do tipo. Alternativamente, requer a desconsideração da reincidência, por configurar *bis in idem*, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a redução da pena-base para o mínimo legal e a fixação do regime aberto.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a condenação deve ser mantida, pois se trata de crime formal que não exige a existência de dano, devendo, porém, ser admitida a confissão espontânea.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — O crime de falsidade ideológica restou configurado.

A materialidade está consubstanciada pelo termo de apreensão de fl. 8 que, em cotejo com o doc. de fl. 16, evidencia a fraude utilizada pelo apelante ao se passar pelo irmão, obtendo carteira de identidade ideologicamente falsa.

A autoria foi confessada pelo apelante quando interrogado. Disse na fase policial (fl. 7):

“[...] em meados do ano de 2000, pedi para seu pai, vivo naquela época, fosse até a cidade de São João/PR, e lá pegasse a segunda via da certidão de nascimento de Raimundo, irmão do conduzido; que de posse de uma via original da certidão de Raimundo, o conduzido veio a esta cidade e no Instituto de Identificação, deu entrada a uma RG em nome de Raimundo Seitenstieker, o que lhe foi expedida sob o n. 4.552.866/SC; que de posse do RG, passou a usá-la para se apresentar e sempre que necessário, se fazia passar pelo seu irmão Raimundo; que Raimundo nada sabia dos fatos, pois fazia tempo que ambos não se falavam, e em meados do mês de novembro de 2002, Raimundo ficou sabendo da falsificação, tentou resgatar o documento, ameaçou entregar o conduzido à Justiça, onde o conduzido prometeu entregar a RG na Delegacia desta cidade, mas depois resolveu continuar a usá-la; que diz fez o documento em nome de seu irmão,

pois é fugitivo da Colônia Penal de Curitiba/PR e precisava de documento novo para poder continuar circulando sem problemas, já que seu irmão é 'limpo'; que na data de hoje, quando policiais estiveram na casa da mãe do conduzido, este apresentou a RG com o nome de Raimundo, e acabou sendo preso por isso, além de já ter contra si mandado de prisão”.

E, em Juízo (fls. 76 e 77):

“Que o interrogando mandou fazer uma segunda via da carteira de identidade de seu irmão Raimundo, pois é foragido da colônia de Piraquara, no Paraná; que o interrogando foi condenado pelo crime de homicídio a uma pena de 5 anos e 2 meses, sendo que cumpriu até a fuga apenas 60 dias; que mandou fazer o documento pois estava jurado de morte pelos policiais civis do Paraná, mas que no momento da prisão não estava usando o documento. Que fez o documento para ajudar a polícia civil de São Lourenço na investigação acerca de roubo de carga de soja ocorrido na cooperativa de Campo Erê; que o interrogando mandou fazer o documento por conta própria, sendo que ninguém mandou fazer; que o interrogando fez o documento de identidade em 1999; que na realidade o interrogando nunca usou o referido documento de identidade”.

O depoimento do irmão Raimundo converge (fl. 119):

“Que soube através de sua mãe que o denunciado estava usando uma carteira de identidade com o seu

nome; que indagou o denunciado e o mesmo negou que tivesse algum documento no nome da testemunha; [...] que viu o referido documento posteriormente na delegacia quando da apreensão do mesmo; que conferindo o documento verificou que a foto, a assinatura e a digital não eram suas. Que acha que o denunciado praticou o crime em função de ser fugitivo da colônia penal”.

O dolo do agente, bem como a consciência de estar praticando o ilícito previsto no art. 299, *caput*, do Código Penal estão cabalmente comprovados. Clara a intenção do agente em alterar dados juridicamente relevantes, ou seja, sua identidade civil, fazendo-se passar por seu irmão, uma vez que foragido da Justiça.

Quanto à ausência de dano a terceiro, razão também não assiste ao apelante. Para a caracterização do delito de falsidade ideológica, basta que haja a potencialidade do evento danoso, pois se trata de crime formal, não sendo necessária a ocorrência de dano ou prejuízo efetivo.

Da lição de E. Magalhães Noronha:

“É mister, antes, que o agente seja impelido por uma intenção determinada: criar, alterar ou extinguir uma obrigação com prejuízo ou dano de terceiro, ou, de qualquer modo, prejudicar uma pessoa ou ainda alterar a verdade de um fato. O fim de gracejo ou a pilhéria absolutamente inócua não se harmonizaria com esse escopo. Não é necessário que o dano seja

real ou efetivo; pode ser potencial e o delito existirá. [...] Indiferente é também que ele seja conseguido ou alcançado: basta que o fim seja esse” (Direito Penal, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 163).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Recurso de *habeas corpus*. Falsidade ideológica. Aperfeiçoamento independente e autônomo do crime de *fausum*. Alegação infundada de ausência de dano, não só insusceptível de exame, como despicienda a caracterização do delito, ao qual basta a potencialidade do efeito danoso.

“Recurso de *habeas corpus* improvido” (RHC n. 64.461/SP, rel. Min. Oscar Corrêa, j. 2-6-87, DJU 19-6-87).

“Falsidade ideológica. Para que se configure esse crime não é mister a ocorrência de dano efetivo; basta que se verifique a potencialidade de um evento danoso” (RECR n. 93.292/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 24-3-81, DJU 5-6-81).

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal — Falsidade ideológica — Crime formal — Alegação de inocorrência de prejuízo — Trancamento de ação penal — Crime em tese.

“1 — Tratando-se, o delito previsto no art. 299 do Código Penal, de crime formal, não exige a ocorrência

de dano para sua caracterização, sendo suficiente que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro.

“2 — O bem jurídico protegido na falsidade ideológica é a fé pública e não o patrimônio. Recurso provido (STJ — RHC 643/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 27-6-1990, DJU 20-8-1990).

Neste Tribunal:

“Falsidade ideológica — Advogado que acompanha cliente, fugitivo, a posto de identificação com certidão de nascimento de outrem e obtém cédula de identidade com fotografia daquele — Crime caracterizado — Competência do lugar onde produzido o documento — Condenação mantida.

“A competência, de regra, é fixada pelo lugar onde a infração se consumou; na falsidade ideológica, seu momento consumativo ocorre com a omissão ou inserção direta ou indireta da declaração, isto é, no momento em que o documento, contendo a falsidade, se completa.

“O crime previsto no art. 299 do CP se aperfeiçoa com a simples potencialidade de dano, objetivado pelo agente, não se confundindo sua consumação com exaurimento” (Ap. Crim. n. 32.170, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

3 — A dosimetria da pena merece pequeno reparo.

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, no que tan-

ge à culpabilidade, verifico que o agente imputável tinha consciência do ilícito e da sua censurabilidade; não registra antecedentes, em face do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF); sua conduta social não o recomenda, visto que não comprovou ocupação lícita, possuindo relacionamento social conturbado, estando, até mesmo, foragido da Justiça; a respeito da personalidade, não há elementos nos autos para uma segura análise; os motivos, as circunstâncias e as conseqüências foram normais à espécie, já que não comprovado o fato de o irmão ter sido preso em razão da falsidade ideológica; o comportamento da vítima, no caso a coletividade, em nada influenciou, motivo pelo qual fixo a pena-base em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

O Magistrado, apesar de ter utilizado a confissão para embasar o decreto condenatório, deixou de considerá-la para atenuar a pena.

É da jurisprudência:

“A confissão espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente, ou não, pelo réu, perante autoridade pública, atua como circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do que dispõe o art. 65, III, *d*, do CP, com a redação que lhe deu a Lei n. 7.209/84” (STF, HC n. 68.641/DF,

rel. Min. Celso de Mello, j. 5-11-91, DJU 5-6-92).

Por outro lado, não há falar em *bis in idem* na aplicação da agravante da reincidência:

“Recurso especial. Penal e processo penal. Pena. Reincidência. Agravante. Art. 61, I, Código Penal. *Bis in idem*. Inocorrência.

“Segundo precedentes, ‘dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada’. Não há falar-se em *bis in idem* se, em obediência ao art. 61, inciso I, do Código Penal, aumentou-se a pena sob o fundamento de ser o réu reincidente. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp n. 534945/RS, DJU 8-3-2004, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 5-2-2004).

A reincidência, por ser circunstância de caráter subjetivo, nos termos do art. 67 do CP, deve preponderar sobre a confissão.

Assim, aumento a reprimenda em 3 (três) meses pela agravante e, em seguida, diminuo esta em 2 (dois) meses pela atenuante, concretizando a reprimenda em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor já fixado.

Julio Fabbrini Mirabete:

“As circunstâncias atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade da pena a ser diminuída ou aumentada, e deve o juiz, quando existentes ambas, fazer com que a pena se aproxime do limite indicado

pelas circunstâncias preponderantes. A lei dispõe, embora sem fundamento científico para tal, que essas circunstâncias são as que dizem respeito aos motivos do crime, à personalidade e à reincidência” (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 378 e 379).

No mesmo sentido o entendimento da Suprema Corte:

“*Habeas corpus*. Pena. Fixação.

“Concurso de atenuante e agravante. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Ausência de ilegalidade.

“O tribunal de origem, ao reformar a sentença de primeira instância, elevou a pena acima do mínimo legal à vista do que dispõe o artigo 67 do Código Penal. Inexistência de ilegalidade.

“*Habeas corpus* indeferido” (HC n. 71.094/SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. 29-3-94, DJU 4-8-95).

Neste Tribunal:

“Pena criminal — Agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea — Preponderância — Inteligência do art. 67 do CP.

“Circunstância preponderante é aquela que tem maior peso do que qualquer outra circunstância; a reincidência, por dizer respeito à pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido, é circunstância de caráter

subjetivo e, por isso, uma das preponderantes previstas no art. 67 do CP” (Ap. Crim. n. 33.323, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Inexistindo causas gerais e especiais de diminuição de pena, mantenho a reprimenda no mesmo *quantum*.

Mantidas as demais cominações da sentença, com o regime de cumprimento da pena no inicialmente fechado, por ser o apelante reincidente (art. 33, § 2º, do CP).

É o entendimento do STF:

“*Habeas corpus*. Sentença condenatória. Réu reincidente. Pena privativa da liberdade. Regime fechado para o início da execução. Decisão em sede de recurso de apelação da defesa. Redução da pena carcerária, prevalecendo, no mais, a sentença de primeiro grau.

“1. Incensurável o acórdão que, não obstante dar provimento parcial ao recurso de apelação da defesa para reduzir a pena privativa da liberdade, manteve, quanto ao mais, a sentença de primeiro grau que, em face da reincidência, determinou o regime fechado para o início da execução (art. 33 e § 2º, a, b, c, do Código Penal).

“2. *Habeas corpus* indeferido” (STF, HC n. 73.927/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. 20-8-96, DJU 11-10-96).

4 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para adequar a pena, fixando-a em 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor já fixado.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram parcial provimento ao recurso para adequar a pena.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves e Carstens

Köhler. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 27 de abril de 2004.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.026583-0, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Torres Marques

Crimes contra os costumes — Recurso defensivo — Pretendida absolvição por falta de provas — Proprietários de lupanar que para lá atraem vítimas menores de dezoito anos, passando a explorá-las na prática da prostituição — Situação plenamente comprovada nos autos — Infração ao art. 308 do CP sobejamente comprovada pela apreensão das certidões falsas e pelas declarações das vítimas, dando conta de que as tinham recebido dos réus para que delas se utilizassem, tentando ludibriar a polícia quanto a sua verdadeira idade — Condenação mantida.

Aplicação da continuidade delitiva ou do concurso formal inviável — Agentes que praticam mais de uma conduta delituosa, com resultados e lesão a bens jurídicos diversos — Concurso material evidenciado — Recurso desprovido.

Recurso ministerial — Casa de prostituição — Sentença absolutória amparada na existência de erro de proibição — Impossibilidade — Tolerância quanto à atividade que não tem o condão de excluir a ilicitude da conduta — Autoria e materialidade comprovadas — Condenação decretada — Recurso ministerial provido.

Condenação dos réus por infração aos arts. 230, § 1º, do CP e 244-a, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente — Verificada a ocorrência de bis in idem — Prevalência da norma inserta na lei especial — Concessão de habeas corpus, de ofício, para excluir a condenação na figura do art. 230, § 1º, do CP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.026583-0, da comarca de Abelardo Luz (Vara única), em que são apelantes e apelados Cláudio José Tonello, Maria Helena Riadeckel e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso dos réus, concedendo *habeas corpus*, de ofício, para excluir a condenação pelo crime tipificado no art. 230, § 1º, do CP e dar provimento ao recurso ministerial.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Abelardo Luz, o representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Cláudio José Tonello e Maria Helena Riadeckel, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 228, *caput*, 229, 230, *caput*, e 308, todos do Código Penal e art. 244-A, *caput*, e seu parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, conforme narra a exordial acusatória:

“Consta do caderno em anexo que no dia 12 de setembro do corren-

te ano, por volta das 0h50min, autoridades policiais militares receberam denúncia anônima, através do Copom ('190'), dando conta de que na Boate 'Trovão Azul', prostíbulo situado na localidade de Alto da Serra, interior desta cidade e comarca de Abelardo Luz, encontrava-se uma adolescente submetida à prostituição e cárcere privado, em razão do que as referidas autoridades comunicaram imediatamente o ocorrido ao Conselho Tutelar.

“Como era de conhecimento das autoridades policiais que a referida 'Boate Trovão Azul', situada às margens da Rodovia SC 467 (na localidade de Alto da Serra) tratava-se de um prostíbulo, as referidas autoridades dirigiram-se até o local, na companhia da Conselheira Tutelar de plantão, no intuito de verificar a procedência da denúncia encaminhada.

“Chegando ao referido local (casa de tolerância), as autoridades policiais militares e a Conselheira Tutelar de Abelardo Luz constataram, no interior da 'Boate', a presença de duas jovens que alegavam possuir mais de 18 (dezoito) anos, mas que não possuíam cédulas de identidade, apenas suas certidões de nascimento. Em razão de fortes suspeitas da menoridade das jovens (em razão de sua aparência física), as autoridades policiais

militares conduziram as mesmas, juntamente com os denunciados, para a Delegacia de Polícia para adoção das providências legais de estilo.

“Ressalte-se que o denunciado Cláudio Tonello, no momento da abordagem das jovens (no interior do prostíbulo descrito) pelas autoridades policiais militares, encontrava-se em compartimento contíguo à referida casa de tolerância (já a denunciada Maria Helena encontrava-se no salão da Boate), já que sua residência praticamente confunde-se com a Boate ‘Trovão Azul’, tratando-se da mesma casa, apenas com compartimentos distintos. Neste compasso, ao perceber a presença das autoridades policiais no interior do prostíbulo, o denunciado Cláudio dirigiu-se a um dos policiais militares questionando o motivo de sua presença no local, ao que o policial militar asseverou que se tratava de averiguação de denúncia anônima, acerca da presença de menores na zona de meretrício descrita.

“Chegando ao distrito policial, efetivamente constatou-se que as duas jovens encontradas no interior do prostíbulo descrito eram menores de idade, tratando-se das adolescentes I. G. da S. e A. C. R., respectivamente com 16 (dezesesseis) e 17 (dezessete) anos, constatando-se, ainda, que as certidões de nascimento portadas pelas adolescentes referiam-se a outras mulheres de maior idade (documentos de folhas 13 e 15), e que tais certidões de nascimento foram fornecidas/cedidas pelos denunciados para as adolescentes, para que as mesmas pu-

dessem trabalhar na casa de tolerância, fazendo programas sexuais e consumindo bebidas alcoólicas, e não sendo importunadas pelas autoridades policiais, que seriam ludibriadas pela falsa identidade atribuída às adolescentes pelos denunciados.

“Enfatize-se que as duas adolescentes referidas eram mantidas na casa de prostituição de propriedade dos denunciados para satisfazer a lascívia dos clientes do estabelecimento, favorecendo financeiramente os denunciados, e sendo regularmente impedidas pelos denunciados de abandonar o submundo da prostituição.

“Quanto ao levantamento do local dos fatos, a famigerada ‘Boate Trovão Azul’ (de propriedade dos denunciados), é fato notório a existência de instalações comumente utilizadas para a exploração de atividades sexuais, inclusive um salão/bar apropriado para a realização de ‘Shows de striptease’ e fornecimento de bebidas alcoólicas, sendo ainda apreendidas no local as anotações dos documentos de fls. 10 e 11, que se referem aos programas sexuais efetuados pelas ‘funcionárias’ dos denunciados, e seus débitos com o consumo de bebidas alcoólicas.

“A materialidade dos delitos perpetrados pelos denunciados Cláudio e Maria Helena encontra-se consubstanciada nos termos de apreensão de documentos de fls. 9/15-APF (certidões de nascimento de fls. 13 e 15), e a autoria dos fatos encontra guarida nos termos de declarações prestadas pelas adolescentes vitimadas, bem

como nas informações prestadas pelas testemunhas dos fatos (APF de fls. 3 a 6).

“A conduta trilhada pelos denunciados Cláudio e Maria Helena é por demais aberrante e ofensiva, na medida em que mantinham Casa de Encontros Sexuais, induzindo ou atraindo adolescentes para o mundo da prostituição (inclusive fornecendo/cedendo certidões de nascimento de outras pessoas para ocultar a menoridade de suas ‘funcionárias’), impedindo que as mesmas abandonassem tal sorte de atividade, e tirando proveito financeiro da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros e sendo praticamente sustentados pela atividade sexual de pessoas de tenra idade, sem maior discernimento e compreensão dos fatos.

“Assim agindo, violaram os denunciados norma protetora da fé pública, cedendo/entregando a outrem (adolescentes), para que deles se utilizem, documentos de identidade alheia (certidões de nascimento).

“De outra banda, violaram os denunciados norma protetiva da moralidade pública sexual, na medida em que mantinham Casa de Prostituição, local em que eram favorecidos os encontros sexuais dos clientes da casa com mulheres mantidas pelos denunciados.

“No mesmo sentido, os denunciados atingiram norma que visa a coibir a exploração da prostituição, tirando proveito financeiro da atividade sexual de mulheres atraídas para submundo libidinoso.

“Finalmente, os denunciados praticaram delito contra os direitos do adolescente [...], submetendo as adolescentes oitivadas na Delegacia de Polícia de Abelardo Luz à prostituição ou à exploração sexual” (fls. 2 a 6).

Em alegações finais, postulou o Ministério Público fosse afastada da imputação a figura delitiva do art. 228 do CP e, porquanto perfeitamente descrita na inicial, requereu fosse dada nova capitulação em relação ao crime previsto no art. 230 do CP, ao argumento de que restou comprovado no transcorrer da instrução que os acusados se faziam sustentar pelos lucros auferidos pela prostituição de adolescentes (fls. 201 a 216).

Os réus pugnaram pela sua absolvição por falta de provas (fls. 217 a 228).

Proferida sentença, Cláudio José Tonello restou condenado ao cumprimento das penas de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 230, § 1º, do CP; 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 244-A, § 1º, do ECA, e às penas de 5 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, por infração ao art. 308 do CP.

Maria Helena Riadeckel restou condenada ao cumprimento das penas de 3 (três) anos de reclusão, em

regime inicialmente semi-aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 230, § 1º, do CP; 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 244-A, § 1º, do ECA, e às penas de 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 308 do CP.

Irresignados, o Ministério Público e ambos os réus interuseram recurso de apelação.

O ente ministerial, pugnando pela condenação dos réus também pelo crime capitulado no art. 229 do CP (fls. 262 a 268).

Os réus, por sua vez, pretendem ser absolvidos de todas as condutas sob o argumento de ser frágil o elenco probatório e, sucessivamente, requerem a adequação da reprimenda, com a aplicação da continuidade delitiva ou do concurso formal em detrimento do concurso material (fls. 277 a 282 e 285 a 289).

Com as contra-razões (fls. 295 a 304 e 311 a 329), ascenderam os autos a esta Corte, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo desprovimento dos recursos defensivos; pelo afastamento, de ofício, da condenação pelo crime previsto no art. 244-A do ECA; e pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público.

II — Voto

Colhe-se dos autos que policiais militares receberam denúncia anônima acerca da exploração sexual de menores no estabelecimento denominado “Boate Trovão Azul”, situado na localidade de Alto da Serra, município de Abelardo Luz.

Assim, acompanhados de representante do Conselho Tutelar, deslocaram-se àquele estabelecimento no intuito de averiguar as denúncias, logrando encontrar duas jovens que, mais tarde, vieram a constatar tratavam-se de menores que lá estavam residindo para, naquele local, praticar a prostituição.

Restaram os réus condenados por infração aos arts. 230, § 1º, do Código Penal; 244-A, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 308 também do Código Penal.

Recurso defensivo

Porquanto consubstanciados no mesmo pedido, qual seja, o de absolvição por insuficiência de provas e sucessivamente, de reconhecimento da continuidade delitiva ou do concurso formal entre os delitos em detrimento do concurso material, passa-se à análise conjunta dos apelos interpostos pelos réus.

A exploração sexual de menores vem materialmente comprovada pelas certidões de fls. 27 e 71.

Quanto à autoria, colhe-se das declarações prestadas pelas menores:

I. G. da S.:

“Que a cerca de uma semana a declarante encontrava-se em sua casa em Clevelândia — PR, momento em que chegou uma amiga de nome A. C. R. dizendo que estava numa casa de prostituição na cidade de Abelardo Luz, e convidou a declarante para que fosse trabalhar nesta casa; Que, juntamente com A. estava o proprietário da casa, Sr. Tonello e a amásia de Tonello; Que a declarante disse que não poderia pois era menor de idade, mas Tonello falou que não teria problemas, pois conseguia certidão de nascimento falsa; Que como a declarante estava precisando de dinheiro para sustentar seu filho de três anos de idade concordou em ir para a referida casa na condição de ficar uma semana para conseguir dinheiro suficiente para comprar leite para o filho; Que passada uma semana a declarante disse para Tonello que queria receber pelos dois programas que fez pois iria retornar para sua casa junto ao filho; Que Tonello tinha ficado com o dinheiro do quarto e com o dinheiro do programa, além do dinheiro da comissão das bebidas; Que Tonello não lhe deu o dinheiro e pediu para que a declarante continuasse na casa pois iria conseguir também uma identidade falsa; Que a declarante falou para um dos clientes que era menor e que desejava ir embora, e acredita que tenha sido este quem fez a denúncia anônima [...]” (fls. 11 e 12).

A. C. R.:

“Que, há cerca de 10 dias a declarante foi procurada pelo proprie-

tário da boate ‘Coquetel’ da cidade de Xanxerê; Que, a declarante disse que era menor de idade, então o proprietário dessa boate disse que era para a declarante trabalhar na boate de propriedade de Tonello, até que atingisse a maioridade; Que, foi levada até a boate Trovão Azul, onde relatou também para Tonello que era menor de idade; Que, Tonello disse que não tinha problema pois daria uma certidão falsa à declarante; Que, a declarante recebeu a certidão e as orientações de como proceder no caso de ser interrogada por policiais; Que, a declarante permaneceu na casa cerca de dez dias tendo feito três programas sexuais; Que, a declarante também ingeriu 27 coquetéis, sendo que deveria receber de comissão R\$ 27,00 (vinte e sete reais), porém até a presente data nada recebeu, nem de comissão e nem pelos programas; Que, Tonello lhe perguntou se conhecia outras meninas que gostariam de trabalhar na boate; Que a declarante indicou I., também menor; Que acompanhou Tonello até a casa de I., a qual aceitou o convite, e também recebeu uma certidão falsa [...]” (fls. 12 e 13).

Ressalta-se que embora as vítimas não tenham sido encontradas para depor perante a autoridade judicial — situação aliás bastante comum nesses casos —, perante a autoridade policial prestaram suas declarações na presença da Conselheira Tutelar, que funcionou como testemunha do flagrante (fls. 10 a 13).

A ciência dos réus quanto à menoridade das vítimas resta clara,

entre outros, pelo fato de que uma das falsas certidões de nascimento a elas fornecidas era, na verdade, de uma irmã da ré Maria Helena Riadeckel (fl. 20).

Dessa feita, resta plenamente configurada nos autos a exploração da prostituição de menores pelos denunciados.

Os acusados foram, ainda, condenados por infração ao art. 308 do CP por terem cedido às vítimas documentos de identidade alheios para que deles se utilizassem.

A materialidade do crime vem demonstrada por meio dos termos de apreensão de fls. 19 e 21 (certidões alheias apreendidas com as adolescentes).

A autoria extrai-se das declarações prestadas pelos policiais, dentre os quais ressalta-se o do Policial Militar Valdir Jacson Baierle:

“[...] que as moças justificaram o fato de estarem apenas com as certidões de nascimento, alegando haverem perdido a carteira de identidade; que duas ou três moças foram na delegacia sendo constatada a menoridade delas; que as certidões de nascimento eram falsas [...]” (fls. 145 e 146).

No mesmo sentido as declarações do policial Erico Milani da Rocha (fls. 10, 11, 143 e 144) e da Conselheira Tutelar Fátima Terezinha de Oliveira Ferreira (fls. 11, 147 e 148).

Também das declarações prestadas pelas menores, quando afirmam:

I.:

“[...] Que a declarante disse que não poderia pois era menor de idade, mas Tonello falou que não teria problemas, pois conseguia certidão de nascimento falsa [...]” (fls. 11 e 12).

A.:

“[...] Que, foi levada até a boate Trovão Azul, onde relatou também para Tonello que era menor de idade; Que, Tonello disse que não tinha problema pois daria uma certidão falsa à declarante; Que, a declarante recebeu a certidão e as orientações de como proceder no caso de ser interrogada por policiais [...]” (fls. 12 e 13).

Assim, não há falar em insuficiência de provas para a condenação, já que sobejamente demonstrado nos autos o cometimento do tipo previsto no art. 308 do CP.

Por fim, não há prosperar o pedido sucessivo de adequação da pena, uma vez que a regra inserta no art. 71 do CP (continuidade delitiva) incide somente entre crimes da mesma espécie, e a aplicação do concurso formal, também requerida pelos réus, ocorre apenas nos casos em que mediante uma só ação o agente pratica dois ou mais crimes.

No presente caso, os agentes praticaram condutas diversas, com a produção de resultados e atingindo bens jurídicos diferentes. Aplicável, portanto, a regra do art. 69 do CP (concurso material).

Recurso ministerial

Trata-se de irresignação contra a absolvição dos réus relativamente ao crime previsto no art. 229 do CP (casa de prostituição), ao argumento de que o delito está sobejamente demonstrado.

A douta Magistrada *a quo* absolveu os acusados em relação a este sob o entendimento de que existe erro de proibição, já que a manutenção e a exploração de casas de prostituição são toleradas pelas autoridades.

Destarte, há precedente deste Relator quanto à situação de tolerância relativamente ao funcionamento desses estabelecimentos:

“Crime contra os costumes — Manutenção de casa de prostituição (art. 229 do CP) — Existência, habitualidade e finalidade do estabelecimento demonstradas — Agentes que alugavam quartos para realização de encontros sexuais — Delito configurado.

“Alegação de atipicidade da conduta devido à tolerância quanto à atividade (ilícita) praticada — Circunstância que não tem o condão de excluir a culpabilidade e a ilicitude — Indiferença na repressão não se traduz em causa de atipia — Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 2004.000485-0, de Maravilha).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

“No entanto, tal fato não tem o condão de excluir a culpabilidade ou mesmo a ilicitude do tipo delitivo, visto que está fora do taxativo enuncia-

do legal (arts. 22 e 23 do CP) e não é possível o incluir via incremento jurisprudencial (REsp n. 146.360, Paraná, rel. Min. Felix Fischer).

“Colhe-se da jurisprudência:

‘Penal. Recurso especial. Casa de prostituição. Tolerância. Tipicidade (art. 229 do CP). A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (art. 2º, *caput*, da LICC). Recurso provido’ (REsp n. 141.956, Santa Catarina, rel. Min. Felix Fischer).

“Retira-se do corpo do acórdão:

‘[...] o eventual desuso, a questionável tolerância ou até mesmo, *ex hypothesis e ad argumentandum tantum*, o costume, em nosso sistema jurídico-penal, não ensejam revogação de norma incriminadora (cf. art. 2º, *caput*, da LICC). Despiciendo alertar, por outro lado, acerca das consequências sociais se a indiferença ou a inépcia no combate a determinada modalidade de crime pudesse ser considerada causa de atipia. Seria o incentivo ao caos”.

Assim, não há falar em absolvição por erro de proibição, impondo-se analisar se o crime em questão restou comprovado nos autos.

Nessa esteira, vale transcrever as declarações da Conselheira Tutelar que acompanhou as diligências no indigitado estabelecimento:

“que a depoente estava de plantão quando foi contactada pela polícia

militar que a informou que havia menores na boate Trovão Azul; que se deslocaram à boate, lá chegando por volta das 23h30min; que ao chegarem à boate constataram a presença de duas menores além dos réus e uma outra moça maior de idade; que na casa contígua à boate estava também uma senhora de idade e duas crianças pequenas; num primeiro contato o réu Cláudio disse que Maria Helena era a proprietária da boate; que quando sentiu que o negócio apertou, que isso ocorreu quando foi pedido as identidades das moças; que o réu pediu para deixar quieto para dar uma força para ele já que ele estava começando, deixando claro que havia aberto a boate há pouco tempo [...] que as moças que se encontravam na boate falaram que estavam morando no estabelecimento mas não há muito tempo; que as moças falaram que estavam na boate para fazer programa; que havia três quartos na boate, sendo que não viu se havia mais quartos [...] que segundo as menores o dinheiro recebido pelos programas ficavam com elas, sendo que os proprietários da boate ficavam com a renda obtida com a venda de bebidas aos clientes [...]” (fls. 147 e 148).

Elucidativas são também as declarações da testemunha Ari Luiz Vivian, locatário de um galpão de propriedade dos réus, localizado a alguns metros da boate:

“[...] que os acusados eram os donos da boate e o depoente sabia que lá funcionava uma casa de prostituição; que no local havia umas 3 ou 4

mulheres de programa [...] que no local as mulheres mantinham relações sexuais com os clientes da boate; que o depoente não sabia que no local havia mulheres menores de 18 anos [...]” (fl. 159).

O réu Cláudio Tonello, perante a autoridade policial, afirmou que:

“[...] o prédio e o terreno onde funciona a boate é de propriedade de sua amásia Maria Helena Riadeckel, e que o estabelecimento é registrado em nome do irmão do declarante de nome Claudir Tonelo, mas que quem administra a boate é Maria, Claudir apenas emprestou o nome para registrar a firma; Que o declarante trabalha com compra e venda de veículos, e não tem nenhuma relação com o referido estabelecimento; Que o declarante alega que em tal boate funciona uma casa de prostituição, onde mulheres fazem programas sexuais; Que o declarante não tem conhecimento a respeito de como funciona a administração, comissões etc.; Que o declarante alega que nunca aliciou garotas para trabalharem na casa [...]” (fl. 13).

Maria Helena, porém, dá conta de sua efetiva participação nos negócios, quando afirma:

“[...] Que reside em uma peça ou cômodo, anexo à boate Trovão Azul; Que, na referida boate funciona um bar, onde no local trabalham mulheres, as quais fazem programas sexuais com clientes em quartos existentes no local; Que a declarante alega que cuidava do bar da referida casa, mas que não fazia programas;

Que alega que não recebia nada em valores por prestar tal serviço a Cláudio, e que apenas morava no local e é amante do mesmo; Que todos os dias no final do expediente, a declarante entregava o dinheiro do caixa para Cláudio; [...] Que alega que a casa é administrada por Cláudio, que faz as compras, e paga as dívidas, e a declarante apenas cuida das funções da casa [...]” (fl. 23 e 24).

Perante a autoridade judicial, Cláudio continuou sustentando a versão de que não tem qualquer relação com a boate, atribuindo a sua administração à co-ré Maria Helena. Entretanto, contradiz-se quando afirmou que às vezes ajudava a co-denunciada e que esta lhe dava algum dinheiro, de livre e espontânea vontade (fls. 99 e 100).

Maria, por sua vez, apresentou nova versão, a de que a boate era administrada por ela, exclusivamente, declarando, porém “[...] que o co-denunciado é seu companheiro e apenas faz as compras para a boate e paga as contas [...]” (fls. 101 e 102).

Resta, portanto, evidenciada a administração conjunta do lupanar pelos réus, principalmente nas declarações das menores lá encontradas que, ouvidas na fase policial na presença da Conselheira Tutelar, afirmaram que quem lhes orientava a respeito de como agir caso aparecesse a polícia era Cláudio Tonello, sendo este, também, quem ficava com o dinheiro dos programas realizados (fls. 11 a 13).

Demonstrada está a figura típica descrita pelo art. 229 do CP, visto

que os apelantes mantinham sob sua responsabilidade, de forma habitual, estabelecimento destinado à exploração da prostituição.

Destarte, dá-se provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público.

Ocorrência de *bis in idem* aduzida no parecer exarado pela Procuradoria-Geral de Justiça

Vale ressaltar que, ainda que esteja plenamente configurada nos autos a exploração da prostituição de menores pelos denunciados, referida conduta enquadra-se em dois tipos penais, quais sejam, o do art. 230, § 1º, do CP e o do art. 244-A do ECA, e que os réus restaram condenados por ambos.

As condutas tipificadas nos artigos supracitados consistem, respectivamente, em:

“Art. 230. Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

“Pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

“§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

“Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa”.

O § 1º do art. 227 dispõe:

“Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou

curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”.

No presente caso, o § 1º do art. 230 foi aplicado em razão da incidência da primeira parte do § 1º do art. 227, ambos do CP (vítimas com idade entre 14 e 18 anos).

Já o art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, introduzido pela Lei n. 9.975, de 23-6-2000, dispõe:

“Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta lei, à prostituição ou exploração sexual:

“Pena — reclusão de quatro a dez anos, e multa.

“§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificou a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo”.

Quanto ao art. 244-A do ECA, colhe-se dos comentários feitos por Luciana Bergamo Tchorbadian, na obra Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:

“Parece-nos que o conceito de exploração sexual, por ser mais amplo, abrange o de prostituição. Submeter a criança ou adolescente à prostituição nada mais é do que explorá-los sexualmente.

“Importante traçar um paralelo entre este delito e alguns crimes previstos no Código Penal, tais como a

mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227), o favorecimento da prostituição (art. 228), a casa de prostituição (art. 229), o rufianismo (art. 230) e o tráfico de mulheres (art. 231).

“Eventual conflito aparente de normas entre o artigo em comento e os dispositivos acima referidos, a nosso ver, resolve-se pelo princípio da especialidade. A norma especial (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevalece sobre a geral (Código Penal).

“Assim, por exemplo, aquele que induzir ou atrair uma criança à prostituição estará sujeito às penas do art. 244-A em tela, e não àquelas do art. 228 do Código Penal.

“Note-se que a pena prevista no art. 244-A é de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão e a pena prevista no art. 228 do Código Penal varia entre 2 (dois) e 5 (cinco) anos de reclusão. Ora, se o legislador expressamente reconheceu a necessidade de punição exemplar daquele que explora a criança ou o adolescente é porque entendeu insuficientes, para tanto, os dispositivos do Código Penal” (Ed. Malheiros, 6ª ed., 2003, p. 799).

Esta a situação que se evidencia no presente caso, porquanto o art. 230, § 1º, do CP estabelece para aquele que tira proveito da prostituição alheia, uma pena que varia de 3 (três) a 6 (seis), portanto, inferior, em seu mínimo e máximo àquela prevista pelo art. 244-A do ECA para aquele que explora sexualmente crianças e adolescentes.

Feitas essas considerações, conclui-se assistir razão ao douto Procurador de Justiça quando afirma haver *bis in idem* na condenação dos réus como incurso nas sanções de ambos os artigos acima citados.

Contudo, deve ser afastada, ao contrário do que afirma, a condenação pelo art. 230, § 1º, e mantida a reprimenda imposta por violação ao art. 244-A, § 1º, do ECA, tendo-se em conta o princípio da especialidade, bem como alcançar o objetivo do legislador, qual seja, o combate à prostituição infantil, já que neste artigo se pune a conduta com maior rigor.

Assim, concede-se *habeas corpus*, de ofício, para excluir da condenação o crime capitulado no art. 230, § 1º, do CP.

Adequação da reprimenda

Destarte, diante do provimento dado ao recurso interposto pelo Ministério Público para condenar os réus também por infração ao art. 229 do CP e da concessão de *habeas corpus*, de ofício, para excluir a condenação pelo crime previsto no art. 230, § 1º, do CP, passa-se à adequação da reprimenda.

Assim, por infração ao art. 229 do CP, em relação à ré Maria Helena Riadeckel, acolhe-se a análise das circunstâncias judiciais operada na sentença — que não autorizou a elevação da reprimenda acima do mínimo legal para os demais delitos que lhe foram imputados — para fixar a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

Ausentes agravantes ou atenuantes, bem como causas de especial aumento ou diminuição, torna-se definitiva a pena imposta à ré Maria Helena Riadeckel, por infração ao art. 229 do CP, em 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Excluída da condenação por infração ao art. 230, § 1º, do CP, mas mantida a condenação pelo crime tipificado no art. 244-A, § 1º, do ECA, pelo qual foi imposta à ré Maria Helena Riadeckel a pena de 4 (quatro) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, aplica-se entre essas condutas a regra contida no art. 69 do CP para tornar definitiva a pena reclusiva imposta em 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

A pena privativa de liberdade, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, *b*, do CP, deverá ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto.

Mantida, ainda, a condenação pelo crime tipificado no art. 308 do CP, para o qual foi aplicada à ré a pena de 4 (quatro) meses de detenção e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, em regime inicialmente aberto.

As penas deverão ser cumpridas com observância ao disposto na parte final do art. 69 do CP.

Quanto ao réu Cláudio José Tonello, da mesma forma, adota-se a análise das circunstâncias judiciais operada na sentença — que considerou desfavoráveis a conduta social e a personalidade — para fixar a pena-

base por infração ao art. 229 do CP em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor mínimo legal.

Ausentes agravantes ou atenuantes, bem como causas de especial aumento ou diminuição, torna-se definitiva a pena imposta ao réu Cláudio José Tonello por infração ao art. 229 do CP, em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Excluída da condenação por infração ao art. 230, § 1º, do CP, mas mantida a condenação pelo crime tipificado no art. 244-A, § 1º, do ECA, pelo qual foi imposta ao réu Cláudio José Tonello a pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, aplica-se entre essas condutas a regra contida no art. 69 do CP (concurso material) para tornar definitiva a pena reclusiva imposta em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, verifica-se ter sido fixado na sentença em inicialmente fechado, diante da análise das circunstâncias do art. 59, bem como pelo fato de o réu ter estado foragido durante a instrução criminal.

Nada obstante isso, as circunstâncias judiciais não são de todo desfavoráveis ao apelante, e o fato de ter estado foragido no decorrer da ins-

trução não é elemento a ser considerado para a fixação do regime, consoante dicção do art. 33, § 3º, do CP.

Assim, tem-se por suficiente a fixação do regime inicial de cumprimento da pena imposta ao réu em inicialmente semi-aberto.

Mantida, ainda, a condenação pelo crime tipificado no art. 308 do CP, para o qual foi aplicada ao réu a pena de 5 (cinco) meses de detenção e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em regime inicialmente aberto.

As penas deverão ser cumpridas com observância ao disposto na parte final do art. 69 do CP.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso dos réus, concedendo-se *habeas corpus*, de ofício, para excluir a condenação pelo crime tipificado no art. 230, § 1º, do CP, e dá-se provimento ao recurso ministerial.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 13 de abril de 2004.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2004.006419-5, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Torres Marques**

Abandono material — Absolvição no juízo a quo — Irresignação ministerial — Recurso interposto pelo assistente de acusação — Não conhecimento — Inteligência do art. 598, caput, do CPP — Caráter supletivo e acessório.

Acusado que, embora condenado no juízo cível, deixa de pagar alimentos à ex-cônjuge — Subsistência da vítima garantida por terceiros — Circunstância que não afasta a responsabilidade do réu — Justa causa para o inadimplemento não demonstrada — Crime caracterizado — Condenação imposta — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2004.006419-5, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes a Justiça, por seu Promotor, e o Assistente de Acusação, sendo apelado Ary João Mendonça:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, conhecer do recurso interposto pelo Ministério Público e dar-lhe provimento; julgar prejudicado o recurso do Assistente de Acusação.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal), Ary João Mendonça foi denunciado como incurso nas sanções do art. 244, *caput*, do CP, pois conforme narra a exordial acusatória:

“[...] o denunciado foi casado com Maria Zélia Bernardino Mendonça, da qual há anos encontra-se divorciado. Em razão da ruptura do casamento e das necessidades de manutenção da ex-mulher, esta ajuizou a Ação de Alimentos n. 308/93. Junto à Vara de Família local, que culminou com a prolação de sentença em seu favor, compelindo aquele ao pagamento mensal do montante correspondente a 20% de seus rendimentos líquidos.

“Ocorre, contudo, que o denunciado, apesar da sentença judicial que fixou a pensão alimentícia referida, desde o mês de setembro de 1995 parou de pagá-la, sem qualquer justificativa plausível para tanto, sempre utilizando-se de subterfúgios para eximir-se de sua responsabilidade para com a ex-cônjuge, deixando, assim, de prover-lhe a subsistência [...]” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, Ary João Mendonça restou absolvido com fulcro no art. 386, III, do CPP (fls. 359 a 362).

Irresignados, o representante do Ministério Público e o Assistente de Acusação interpuseram recurso de apelação.

O primeiro asseverando que o delito está perfeitamente configurado, já que o fato de a vítima não estar passando necessidade de forma gritante não afasta a ocorrência do ilícito, que se caracteriza com a negatividade do agente em prover a subsistência de seus dependentes quando possui condições para tanto. Pugna, ao final, pela procedência da denúncia (fls. 365 a 376).

O segundo, por sua vez, ressalta a condição financeira do réu e, por conseqüência, a sua possibilidade de prestar assistência à vítima, pugnano também pela procedência da denúncia, com a condenação do apelado nas sanções do art. 244 do CP (fls. 381 a 383).

Com as contra-razões (fls. 386 a 398), ascenderam os autos a esta Superior Instância, na qual foi oferecido parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo conhecimento e não provimento da apelação (fls. 440 a 443).

II — Voto

Trata-se de recursos interpostos pelo Ministério Público e pelo Assistente de Acusação contra decisão

que absolveu o acusado, denunciado pelo crime de abandono material, ao entendimento de que o fato a ele imputado não constitui infração penal (art. 386, III, do CPP).

Pretendem os apelantes seja reformada a sentença, com a condenação do réu nos termos da imputação.

Anteriormente à análise do recurso ministerial, cabe ressaltar a impossibilidade de se conhecer do apelo interposto pelo Assistente de Acusação, ante o caráter meramente acessório e supletivo deste recurso, conforme lhe foi impresso pelo art. 598, *caput*, do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

“O assistente de acusação, que deve ser intimado da sentença conforme dispõe o artigo 391, também tem legitimidade para recorrer, porém apenas em caráter supletivo. Não pode, pois, apelar se o Ministério Público interpôs apelação plena, nem se tem seu apelo o mesmo conteúdo daquele proposto pelo órgão acusatório oficial; haveria dualidade de recursos com o mesmo objetivo” (*in* Código de Processo Penal Interpretado. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 765).

No mesmo sentido, já julgou o Supremo Tribunal Federal:

“Apelação — Interposição pelo assistente da acusação — Admissibilidade — Hipótese de omissão do Ministério Público — Legitimi-

dade supletiva daquele — Aplicação do art. 598 do CPP e da Súmula 210 do STF” (RT 621/415).

Assim, não há ser conhecido o recurso interposto pelo Assistente de Acusação.

No presente caso, foi o apelo denunciado como incurso nas sanções do artigo 244 do CP por se estar furtando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada em favor de sua ex-esposa.

Adota-se como razão de decidir os argumentos esposados pela ilustre representante do *Parquet*, Dra. Anelize M. N. Machado, pois consoante com o entendimento adotado por esta Corte de Justiça:

“[...] o *caput* do art. 244 do Código Penal prevê categoricamente a figura delituosa trazida a lume no presente feito, com 3 (três) condutas típicas, nestes termos:

‘Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

‘Pena — detenção, de um a quatro anos e multa, de um a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País’.

“Dessa forma, analisando detidamente o tipo penal tido como violado, vê-se que apesar de sustentada — de forma louvável, como mesmo disse o Juiz sentenciante — pelo filho Carlos Alberto Mendonça, Maria Zélia Bernardina Mendonça está sendo, sim, vítima de abandono material, restando tal ilícito penal plenamente configurado.

“E tal circunstância — ou seja, o fato de não estar felizmente passando necessidade de forma gritante não elide a ocorrência do crime definido no art. 244 do Código Penal, segundo maciça jurisprudência.

“A propósito, cite-se:

‘No crime de abandono material não se livra o réu da responsabilidade penal pela circunstância de evitarem que seus filhos passem fome ou por haver a esposa passado a exercer profissão’ (RT, vol. 518, p. 385).

“E mais:

‘No crime de abandono material o réu não se livra da responsabilidade penal pelo fato de terceiros ajudarem seus filhos evitando que passem fome’ (JTACrimSP, vol. 69, p. 234).

“Ademais, o crime de abandono material (art. 244 do CP) é doloso por essência, configurando-se quando o agente, tendo condições de cumprir com a obrigação de prover a subsistência de seus dependentes, negasse a fazê-lo, por razões meramente egoísticas. Assim, somente em se comprovando a ocorrência de justa

causa para o inadimplemento é que restaria descaracterizada a ocorrência do delito ora apurado.

“Entretanto, essa não corresponde à hipótese vertente, onde o próprio Magistrado sentenciante expressamente reconheceu (é bem verdade após o exame da farta prova coletada aos autos) que ‘o acusado tinha condições de cumprir a obrigação determinada pelo juízo cível e não a estava cumprindo não se tem a menor dúvida, até porque este juiz já decretou a prisão do acusado no juízo cível pelo inadimplemento da pensão alimentícia’ (fl. 361).

“Deste modo, reconhece o Juízo Singular a suficiência de recursos do apelado para cumprir com a obrigação fixada judicialmente, mas, equivocadamente afasta a ocorrência do ilícito em tela sob o argumento de que a vítima não está passando necessidade, haja vista que vem sendo sustentada pelo filho.

“[...] Pensar deste modo nos coloca de frente para uma triste indagação: somente se a vítima estiver em condições de miserabilidade, ou de total desamparo, o crime definido no art. 244 do Código Penal restaria configurado? Seria preciso, para haver a infligência de pena criminal, que a vítima efetivamente sucumbisse?

“E a resposta vem, em nossa modesta (mas lógica) conclusão: é claro que não.

“O mestre Damásio E. de Jesus, ao estudar o crime em apreço, não sem antes asseverar que se trata

de tipo misto cumulativo, onde a realização de mais de uma conduta, entre as previstas (que são três), dá ensejo ao concurso material de delitos (art. 69 do Código Penal), salienta que, no caso, o ‘objeto jurídico é a proteção do organismo familiar, no que concerne ao apoio material devido reciprocamente pelos parentes. Tem o legislador em vista o dever de assistência familiar recíproca estabelecido pela lei civil, sancionando-o com a pena, uma vez que a falta de seu cumprimento, além de gerar a desagregação da família, ainda pode levar seus membros à mendicância e eventualmente à delinqüência’ (Direito Penal, 3º volume, parte especial. Editora Saraiva, 10ª edição, 1994, p. 216).

“E qualificando o delito narrado, conclui o renomado doutrinador: ‘O abandono material, em qualquer de suas modalidades, é crime permanente [...] é também crime omissivo puro [...]’ (ob. cit., p. 218).

“E prossegue:

‘Tratando-se de crime omissivo puro, consuma-se o delito em qualquer de suas modalidades, com a recusa do sujeito em ministrar à vítima os meios de subsistência necessários, ou em pagar a pensão alimentícia devida (respeitados os prazos processuais existentes para o pagamento).

‘É inadmissível a tentativa, uma vez que os crimes omissivos puros não permitem a forma tentada. Ou o sujeito omite o dever de assistência e o crime está consumado, ou não o omite, e aí não há início de realização do

tipo, e, por conseguinte, o *iter criminis* não terá alcançado a fase de execução do delito, passível de interrupção' (p. 218).

“Contudo, se a acusação não logra comprovar a existência dos pressupostos objetivos e subjetivos da figura criminosa imputada, ou seja, a ausência de justa causa, não mereceria o acusado a condenação.

“No entanto, no caso presente, o apelado não comprovou sua hipossuficiência econômica (até porque inexistente), circunstância essa bem reconhecida pelo juiz singular.

“E acerca de tal aspecto, reporta-se este Órgão às bem-lançadas alegações finais Ministeriais de fls. 148 a 160, onde o diligente Colega Alex Sandro Teixeira da Cruz, examinando exaustivamente a prova coletada, asse-ntou:

‘3.1 — A primeira adução defensiva, no sentido de safar seu constituinte da responsabilidade penal que ora lhe pesa, consiste na alegação de que a vítima possuía condições financeiras de manter sua própria subsistência.

‘Ora, quer nos parecer que esta tese já restou vencida quando da prolação da sentença passada no Juízo Cível local, ocasião na qual o douto Julgador reconheceu, a partir das provas constantes daqueles autos, que, já àquele tempo, a vítima contava com 54 anos de idade (hoje já ultrapassa a casa dos 60 anos) e possuía problemas de saúde (hoje se verifica que a mesma sofreu, após a

sentença em epígrafe, 3 infartos do miocárdio), exurgindo daí, portanto, a imperativa necessidade de ser mantida pelo ex-cônjuge, ora acusado.

‘Não fosse isso, vale dizer, não fosse a efetiva impossibilidade de manter a subsistência própria, por certo não se teria fixado a obrigação alimentar no Juízo Cível.

‘Mas não é só este o motivo que se leva em conta para afastar a primeira tese defensiva.

‘Nota-se claramente que o apego da defesa neste ponto cinge-se ao fato de a mesma possuir um estabelecimento comercial em seu nome. E de fato realmente tem (ou teve).

‘Independentemente disso, ou seja, ainda que se leve em conta o fato de a vítima gerenciar pequeno empreendimento, não se pode olvidar que se tratava de estabelecimento comercial situado em beira de lagoa, destinado à época de veraneio, cuja possibilidade de sucesso, como é notório e por todos sabido, cinge-se aos meses em que as condições climáticas possibilitam a fruição de suas benesses (no máximo entre dezembro e fevereiro).

‘Ora, como faria a vítima para sobreviver nos outros 9 (nove) meses do ano?

‘Não é crível, ao menos a nosso ver, que alguém pudesse se manter pelo ano inteiro com a renda obtida de um mísero estabelecimento comercial apenas na temporada de ve-

raneio. Ainda mais quando se trata de pessoa idosa e com problemas de saúde, em que a necessidade da compra de medicamentos acaba por corroer grande parte, senão a totalidade, dos ganhos.

‘Ademais disso, fosse a vítima ‘empresária de sucesso’, como quer fazer crer a douda defesa, também não seria admissível que se encontrasse a morar e sobreviver com os favores do filho, conforme se depreende dos autos.

‘Aliás, tendo sido o estabelecimento comercial montado pelo filho da vítima, como forma de ajudá-la a obter alguma renda, vale dizer, tendo o auxílio partido de terceiro, já se julgou que:

‘O simples fato de terceiro auxiliar a vítima, de forma a evitar a falta de meios para a subsistência desta, não basta para ilidir a ocorrência de abandono material’ (JTACrimSP, vol. 50, p. 261) [...].

‘3.2 — Parecida com a desculpa acima apresentada é a segunda tese trazida pela defesa do acusado.

‘Aduz, neste passo, que a participação da vítima, como meeira do acusado, na renda (de R\$ 175,00) proveniente da locação de imóvel situado em Florianópolis, elide o abandono material, já que, ao menos parcialmente, estaria provida de alimentos.

‘Também não nos parece.

‘Primeiramente, denota-se que a jurisprudência já tratou de fulminar a tese pela qual a provisão elide o delito:

‘Comete o delito do art. 244 do CP quem descumpre sentença que lhe impôs a obrigação de prestar alimentos mensais a filho menor. Atendimento tão-só parcial ou irregular não elide a infração, de consumação imediata, tão logo ocorra a impontualidade ou a omissão, total ou parcial, do dever; sendo certo que a quitação da dívida por pagamento posterior não faz desaparecer a infração’ (TACrimSP, JTACrim 89/439). No mesmo sentido: TACrimSP, RT 391/131.

‘Até porque, aceitar-se a tese defensiva ora guerreada, seria admitir, pelas vias transversas, que o pagamento de 10%, p. ex., de uma pensão estipulada em ½ salário mínimo (e a experiência demonstra inúmeros casos nestas condições), estaria a elidir o crime de abandono material, porquanto, ao menos em parte, a vítima estaria provida de suas necessidade, apesar de possuir apenas R\$ 9,00 para passar o mês inteiro (!). O Direito e o Poder Judiciário, Exa., não podem mais se comprazer com a utilização de subterfúgios desta natureza.

‘Apesar disto, que por si só já é suficiente para se desacreditar da tese defensiva combatida, neste tocante, também no campo da prova a sorte não lhe socorre.

‘É que o documento de fl. 71 apenas dá conta da percepção desta renda por parte da vítima no ano de 1998 e início de 1999. Antes e após isto não se constata a juntada de qualquer recibo ou documento neste sentido. Portanto, como afirma-se que o

apartamento esteve alugado anteriormente a este período ou que continuou alugado após o mesmo?

‘Sendo o abandono material crime permanente, é de se dizer que teve sua consumação, de qualquer forma, efetivada anteriormente ao período acima referido, protraindo-se no tempo, o mesmo ocorrendo após este interstício.

‘3.3 — Por fim, alegação de justa causa para o não pagamento do valor devido a título de pensão é, *data venia*, adução que avilta a inteligência comum.

‘Como bem inferiu o d. colega Leonaldo F. C. Luchezi, em sede de manifestação na ação cível, denota-se que:

‘Durante todo o tempo transcorrido o Executado na condição de desempregado ou empregado desprotegido, ante a reintegração sem contraprestação da empresa empregado, quando na verdade é hialina a sua condição econômica indistigável de suportabilidade das quantias pretendidas. Basta analisar. Morando em casa própria, em área central desta cidade, o Executado exerce atividade profissional de representante comercial (nunca deixou de sê-lo), mesmo que informalmente, como autônomo. Outrossim, o Executado se locomove diariamente num veículo de última geração (GM/Astra, modelo 1999), e quer dizer que não possui condições de saldar a sua obrigação alimentar’ (*sic*) (f. 125).

‘Ora, segundo se depreende dos depoimentos colhidos e demais

substratos constantes dos autos, não há qualquer sustentabilidade a tese de justa causa por ausência de condições financeiras para arcar com a obrigação alimentar estatuída.

‘Neste sentido, é o próprio filho do casal a informar que:

‘Nos últimos três anos e meio não acredita que seu pai tenha ficado um único dia parado [...]; que o acusado atualmente é visto pelo depoente dirigindo um automóvel Chevrolet Astra, de cor prata; que o depoente já encontrou seu pai freqüentando os Clubes Mampituba e Criciúma [...]’ (f. 89).

‘Sobre o tema enfocado, também colhe-se da jurisprudência:

‘Abandono material. Não pagamento sistemático de prestações alimentícias. Crime permanente. Acusado que, por mais de três (3) anos, não paga prestação alimentícia a que se obriga judicialmente, sem justa causa, comete o crime de abandono material. Trata-se, por outro lado, de crime permanente, pois omitida a conduta exigida pela norma penal, o crime está consumado, e a consumação se prolongará no tempo enquanto perdurar a conduta omissa’ (TARGS — Ap. Crim. n. 296022460 — rel. Danúbio Edon Franco — j. 28-8-96, *Ajuris* — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juizes do RS) [...]’ (fls. 365 a 376).

Nesses termos, dá-se provimento ao apelo para condenar o acusado Ary João Mendonça por infração ao art. 244 do Código Penal.

Passa-se à aplicação da reprimenda.

A culpabilidade desponta dos autos, uma vez que o acusado, maior, mentalmente são, tinha consciência de seu dever de prestar alimentos à cônjuge, pelo qual já havia também sido condenado no juízo cível (fls. 249 a 251). Não constam nos autos registros a respeito da sua personalidade, bem como da sua conduta social. Não possui antecedentes criminais (fls. 49 e 50). Os motivos ensejadores do crime são próprios do tipo penal. As circunstâncias do delito demonstram verdadeiro descaso do apelado quanto à subsistência de sua ex-esposa, que sabia ser de sua responsabilidade, pois se depreende dos autos que vem recebendo os proventos de aposentadoria desde dezembro de 1998, tendo passado a descontar a pensão alimentícia em favor da vítima tão-somente a partir de setembro de 2000 (fls. 116 a 119). As conseqüências do delito não foram graves graças ao apoio dispensado à vítima por seu filho. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a conduta antijurídica do réu.

Fixa-se, portanto, a pena base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção e condena-se ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Não incide nenhuma agravante ou atenuante bem como causa de au-

mento ou diminuição, pelo que se torna definitiva a pena aplicada, fixado o regime inicial de cumprimento em aberto (art. 33, § 1º, c, do CP).

Substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, visto que o apelado preenche os requisitos do art. 44 do CP, consistindo a primeira na prestação de serviços à comunidade, a ser especificada pelo Juízo da Execução, nos moldes dos arts. 149 e 151, ambos da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e a segunda, equivalente ao valor de 6 (seis) salários mínimos.

III — Decisão

Ante o exposto, conhece-se do recurso interposto pelo Ministério Público e dá-se-lhe provimento; julga-se prejudicado o recurso do Assistente de Acusação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 27 de abril de 2004.

Sérgio Paladino,
Presidente;
Torres Marques,
Relator.

CARTA TESTEMUNHÁVEL

CARTA TESTEMUNHÁVEL N. 2003.024624-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Sérgio Paladino

Carta testemunhável. Interposição contra despacho que recebeu parcialmente recurso em sentido estrito interposto contra decisão que desclassificou o crime de lavagem de dinheiro para favorecimento pessoal. Hipótese não contemplada nos incisos I a XXIV do art. 581 do Código de Processo Penal, cujo rol é exaustivo. Decisão que desafiava apelação criminal, no qual o não recebimento permitia o manejo do recurso em sentido estrito, ex vi do art. 581, inciso VIII, do Código de Processo Penal. Ausência de má-fé. Aplicação do princípio da fungibilidade. Recurso conhecido.

“O CPP adotou o princípio da fungibilidade dos recursos. Assim, inexistindo má-fé, irrelevante que o recorrente haja, por justificável engano, atribuído ao recurso nome ou título inadequado’ (TACrimSP, Rec., rel. Silva Pinto, RT 624/334)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lúria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.999).

Réus denunciados por lavagem de dinheiro. Desclassificação para favorecimento pessoal procedida no curso da ação penal, mediante a aplicação do art. 383 do Código de Processo Penal. Interposição de recurso pelo órgão do Ministério Público. Não recebimento pelo magistrado à consideração de que a aplicação da emendatio libelli foi efetuada por juiz federal, razão pela

qual a irresignação seria intempestiva. Magistrado que se limitou a declinar da competência para o processamento do feito, por não vislumbrar a ocorrência de nenhuma das hipóteses contempladas no art. 109 da Constituição Federal. Desclassificação promovida pelo próprio juiz estadual. Inconformismo interposto tempestivamente. Provimento para determinar o respectivo conhecimento.

Limitando-se o juiz federal a declarar a respectiva incompetência para processar e julgar o feito, no dispositivo da decisão, apresenta-se irrelevante a circunstância de haver destacado, ao fundamentá-la, seu entendimento quanto à atipicidade da conduta imputada pelo Ministério Público estadual aos réus, especialmente porque a fundamentação, consistente nos motivos de fato e de direito, não é atingida pela preclusão, tampouco pela coisa julgada material, cujos efeitos alcançam unicamente o dispositivo, no qual o julgador efetivamente decide o pedido, proferindo comando que deve ser obedecido pelas partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Carta Testemunhável n. 2003.024624-0, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é testemunhante a Justiça, por seu Promotor, sendo testemunhados Paulo Roberto Ponath, João Maria Simão da Silva, Josias de Oliveira, Luciano Bastos, Cleto Rosa de Borba, Anita Maria Borba, Ticiane Mirtes Carvalho, Veneranda Francisco, Maria Izolete Fermino, Edilson Pavesi, Leonir Francisco, Robson Ricardo de Souza, Edileuza Fortunato e Benjamin Coelho Filho, e interessados Alessandro da Costa, André Luiz de Faria, Antônio Ademar dos Santos, Cláudio Roberto de Souza, Cristian Péricles Luetke, Dorvalino Simão da Silva,

Eduardo França, Fabiano Bastos, Gilmar Roberto Gomes, Helmuth Erdmann Neto, Josias Eliel Soares, Luciano Ismar da Silva, Marco Aurélio Batista, Robison Elias Schutz e Vanderlei Pereira Maciel:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer do recurso como se fora em sentido estrito e, à unanimidade, dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão proferida pelo Dr. Juiz de Direito da comarca de Joinville, que recebeu parcialmente o recurso em sentido estrito que intentara (fls. 63 e 64), o órgão do Ministério Público interpôs carta testemunhável, objetivando a respec-

tiva admissão na íntegra (fls. 2 e 66 a 79).

Sustenta que, ao contrário do que entendeu o Dr. Juiz *a quo*, sua insurreição quanto à desclassificação do crime capitulado no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98 — lavagem de dinheiro — para o previsto no art. 348 do Código Penal — favorecimento pessoal — é tempestiva, pois o juiz federal, em sua decisão, não excluiu o crime de lavagem de dinheiro, limitando-se a declinar da competência para processar e julgar o feito.

Intimados os réus (fls. 93 e 135), apenas Paulo Roberto Ponath, Veneranda Francisco e Leonir Francisco ofereceram contra-razões (fls. 94 a 120).

Mantida a decisão hostilizada (fl. 121), ascenderam os autos a esta Corte.

Instada a pronunciar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Preliminarmente, em que pese o fato de haver sido interposto recurso impróprio, tem aplicação ao caso concreto o princípio da fungibilidade, consagrado pelo art. 579 do Código de Processo Penal, segundo o qual “salvo hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

Com efeito, assinala-se, inicialmente, que a decisão que desclassifi-

cou o crime de lavagem de dinheiro para o de favorecimento pessoal desafiava apelação, não recurso em sentido estrito, porquanto o cabimento deste restringe-se às hipóteses contempladas nos incisos I a XXIV do art. 581 do Código de Processo Penal, cujo rol é exaustivo.

Não obstante o Dr. Promotor de Justiça tenha fundado sua insurreição no art. 581, inciso I, do CPP, revelam os autos que o aditamento à denúncia foi recebido por intermédio da decisão de fls. 80 a 85, tendo o Dr. Juiz de Direito, posteriormente — louvando-se do preceito inscrito no art. 383 do Código de Processo Penal —, desclassificado o crime capitulado no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98 para o descrito no art. 348 do Código Penal (fls. 43 a 47).

Logo, como a decisão impugnada não deixou de receber a denúncia, tampouco o respectivo aditamento, limitando-se a desclassificar o delito e revogar a prisão preventiva dos acusados, desafiava apelação criminal e não recurso em sentido estrito.

Ademais, apesar de prever a lei o recurso em sentido estrito contra a decisão revocatória da prisão preventiva, afigura-se preferível a apelação, em virtude de sua maior amplitude. Ora, por força do princípio da unirrecorribilidade, a apelação é o recurso adequado quando parte da decisão pode ser atacada por meio de recurso em sentido estrito, o qual fica afastado para que seja nela apreciado todo o seu conteúdo — di-lo Julio Fabbrini Mirabete (Processo Penal,

10ª ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2000, p. 631 a 632).

Portanto, como a apelação é o recurso legalmente previsto para investir contra decisão que desclassifica o crime, porque tem força de definitiva, nos termos do art. 593, inciso II, do Código de Processo Penal, cabe recurso em sentido estrito e não carta testemunhável, contra a que não recebe o apelo, *ex vi* do art. 581, inciso XV, do mesmo Digesto.

Conquanto haja sido interposto recurso impróprio — carta testemunhável —, tem aplicação ao caso concreto o princípio da fungibilidade, consagrado pelo art. 579 do Código de Processo Penal. Diante disso, à mingua de má-fé, e considerando-se que a insurreição foi manifestada tempestivamente, mister que dela se conheça como se de recurso em sentido estrito se tratasse.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência, *verbis*:

“O CPP adotou o princípio da fungibilidade dos recursos. Assim, inexistindo má-fé, irrelevante que o recorrente haja, por justificável engano, atribuído ao recurso nome ou título inadequado’ (TACrimSP, Rec., rel. Silva Pinto, RT 624/334)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lúria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo,

Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.999).

No mérito, extrai-se dos autos que em 22-11-02 Alessandro da Costa, André Luiz de Faria, Antônio Ademar dos Santos, Cláudio Roberto de Souza, Cristian Péricles Luetke, Dorvalino Simão da Silva, Douglas da Luz, Eduardo França, Elias de Oliveira, Fausto Anacleto Paradella Júnior, Gilmar Roberto Gomes, Giovani Laureana, Helmuth Erdmann Neto, Igor José Ogar, Jackson Luis Ponath, Luciano Ismar da Silva, Marco Aurélio Batista, Marcos Roberto Espíndola, Paulo Roberto Ponath, Robson Elias Schutz, Salezio de Souza, Valdir Silva Souto e Veroni Maciel foram denunciados pelo crime capitulado no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, combinado com o art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98, e Djonatas Luiz Daltora, Josias Eliel Soares, Leo Rodrigo Mariotti, Reginaldo da Conceição restaram incursos nas penas do art. 288, parágrafo único, do estatuto repressivo (fls. 3 a 23).

Recebida a denúncia, esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 2003.001459-4, trancou a ação penal relativamente a Paulo Roberto Ponath, à mingua de descrição da respectiva conduta na exordial.

Em 24-3-03, o órgão do Ministério Público aditou a denúncia, imputando a Paulo Roberto Ponath, Luiz

Antônio Valentim e Fabiano Bastos a prática dos crimes capitulados no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, combinado com o art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98, e a Vanderlei Antunes a infração descrita no art. 288, parágrafo único, do estatuto repressivo. Na mesma ocasião, denunciou João Maria Simão da Silva, Josias de Oliveira, Luciano Bastos, Cleto Rosa de Borba, Anita Maria Borba, Ticiane Mirtes Carvalho, Veneranda Francisco, Robson Ricardo de Souza e Edileuza Fortunato por violação ao art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98, combinado com o art. 29 do Código Penal; Cláudio Gastão da Rosa Filho como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal e Benjamin Coelho Filho e Leonir Francisco por infringirem os arts. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98 e o 180, *caput*, do estatuto repressivo (fls. 24 a 40).

Recebido o aditamento à denúncia, exceto quanto ao acusado Cláudio Gastão da Rosa Filho (fls. 80 a 85), o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a exceção de incompetência oposta pelo acusado Luiz Antônio Valentim, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 43 a 47).

Autuado e ouvido o Dr. Procurador da República (fl. 49), o Dr. Juiz Federal declinou da competência para processar e julgar os crimes capitulados no art. 288, parágrafo único, e art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98, determinando a devolução dos autos à Primeira Vara Criminal da comarca de Joinville (fls. 50 a 55).

Ato contínuo, o Magistrado, entendendo que o Dr. Juiz Federal havia desclassificado o crime capitulado no art. 1º, § 1º, incisos I e II, da Lei n. 9.613/98 para o previsto no art. 348 do Código Penal, revogou os decretos de prisão preventiva, determinando a soltura de todos os réus presos (fls. 56 a 61).

Inconformado com a decisão, o órgão do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, com fulcro no art. 581, incisos I e V, do Código de Processo Penal (fl. 63). Contudo, o Dr. Juiz de Direito recebeu a insurreição apenas no tocante ao inciso V, ao argumento de que o Juiz Federal desclassificara o crime de lavagem de dinheiro para o de favorecimento pessoal, faltando, como corolário, ao Ministério Público estadual legitimidade para impugná-la, máxime porque já havia transitado em julgado (fl. 64).

O Dr. Juiz Federal consignou em sua decisão, *verbis*:

“Ante a inexistência de definição de crime organizado, não é possível imputar a um grupo de pessoas a figura prevista no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613 de 1998, cabendo ao legislador lhe traçar os parâmetros, como o fez com relação ao art. 288 do Código Penal e art. 14 da Lei n. 6.368, de 1976.

“Inadmissível é aceitar os limites dos mencionados comandos criminais (art. 288, CP e art. 14 da Lei n. 6.368 de 1976) como sendo também os requisitos para a organização criminosa. Se assim fosse, deveria o le-

gislador efetuar referência expressa, mas, ao contrário, simplesmente se omitiu, o que afasta a possibilidade de sua utilização para a responsabilização por lavagem de dinheiro, embora respeitáveis os posicionamentos em sentido diverso” (fl. 53).

Em que pese a argumentação expendida, o dispositivo da decisão supratranscrita não se refere à atipicidade da conduta, tampouco desclassifica o crime de lavagem de dinheiro para o de favorecimento pessoal, restringindo-se a declinar da competência, nestes termos:

“Ante o exposto, por não vislumbrar a ocorrência do disposto no art. 109, IV, da Constituição da República, afasto a competência da Justiça Federal, no que tange aos delitos descritos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina na denúncia e seu aditamento (crimes de Quadrilha e Lavagem de Dinheiro), por não reconhecer a existência de conexão entre os delitos ali descritos e determinado, observadas as cautelas de estilo, e com as homenagens deste Juízo Federal, a devolução dos presentes autos ao Juízo de origem — Primeira Vara da comarca de Joinville/SC —, efetivamente competente para o processamento e julgamento da matéria” (fl. 54).

Com efeito, a fundamentação, composta pelos motivos de fato e de direito, não é atingida pela coisa julgada material, cujos efeitos alcançam unicamente o dispositivo no qual o julgador efetivamente decide o pedido, proferindo comando que deve ser obedecido pelas partes.

Ora, consoante o escólio de José Frederico Marques, os motivos e fundamentos da decisão, também no âmbito penal, escapam à *res judicata* (Elementos de direito processual penal. 2ª ed., Campinas: Millenium, 2000, p. 91).

A jurisprudência, por seu turno, assentou que “[...] não é a motivação que transita em julgado, mas sim a parte dispositiva, consubstanciada no decisório’ (TACrimSP, AP, rel. Toledo de Assumpção, JUTACrimSP 19/320)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lúria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson. Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.207 e 2.208).

Aliás, sequer poderia o juiz federal promover a desclassificação do crime de lavagem de dinheiro para o de favorecimento pessoal, visto que reconheceu que era incompetente para processar e julgar o feito. Verifica-se, por conseguinte, que demonstrou a intenção de exprimir o seu entendimento sobre o assunto, sem a respeito proferir decisão, quer porque era incompetente, quer porque o dispositivo não alude à questão.

Diante disso, evidencia-se que foi o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cri-

minal de Joinville quem procedeu à desclassificação do crime, aplicando o art. 383 do Código de Processo Penal, razão pela qual o recurso interposto pelo órgão do Ministério Público é tempestivo, impondo-se que dele se conheça.

Ante o exposto, por maioria de votos, conheceu-se do recurso como se fora em sentido estrito, e, à unanimidade, deu-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, emitindo parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 16 de março de 2004.

*Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.*

*Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Torres Marques:*

Retira-se dos autos que o Juiz *a quo* proferiu decisão nos autos da ação criminal em que se investiga atos que em tese configuram crimes imputados aos ora recorridos e interessados para, entre outras providências: 1) afastar da denúncia o delito de lavagem de dinheiro; e 2) revogar a prisão cautelar dos acusados (fls. 56 a 61).

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito contra este *decisum*,

fundamentado no art. 581, I, do CPP (com relação à primeira providência) e no art. 581, V, do CPP (com relação à segunda) (fl. 63).

O Magistrado *a quo* houve por bem receber o recurso apenas com fundamento no inciso V, negando seguimento à outra parte por reputar a discussão a ela inerente preclusa (fl. 64).

Novamente descontente com a prestação jurisdicional, o representante do *Parquet* interpôs a presente carta testemunhável contra esta segunda decisão.

Nos termos do art. 639, I, do CPP, cabe carta testemunhável contra decisão do juízo *a quo* que denega recurso. A única exceção a essa regra é a decisão que nega seguimento à apelação que, por expressa previsão legal (art. 581, XV, do CPP), desafia recurso em sentido estrito.

Como todos os recursos, a carta testemunhável ao ser apreciada no juízo *ad quem* deve passar necessariamente por um juízo de admissibilidade e, ultrapassado este, por um juízo de mérito.

No juízo de admissibilidade é analisada a presença ou não dos requisitos processuais e formais necessários para que possa ser analisado o mérito do recurso (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo etc.).

Dentre tais requisitos encontra-se a adequação do recurso à decisão recorrida. Ora, no caso dos autos, o

representante do *Parquet* interpôs recurso em sentido estrito, que teve seu seguimento obstado em primeiro grau. Tal decisão só pode ser atacada pelo meio processual utilizado neste caso, escolha contra a qual não se pode levantar nenhuma censura.

A análise do mérito, no caso da carta testemunhável, apresenta uma particularidade interessante que deve ser aqui destacada. Ela também é uma análise de admissibilidade, mas referente ao recurso que não foi admitido em primeiro grau.

Assim, dissenti da douta maioria por reputar que a questão sobre se

a primeira decisão era recorrível por apelação ou recurso em sentido estrito e, portanto, se era caso de aplicação ou não do princípio da fungibilidade ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, e não recebido na origem, é matéria de mérito da presente carta testemunhável e, sob este prisma, deveria ter sido analisada.

Por tais motivos, fiquei vencido no juízo de admissibilidade do presente recurso, que deveria ter sido recebido tal como fora interposto.

Torres Marques.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2004.006625-2, DE MARAVILHA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei n. 9.099/95. Condições cumpridas parcialmente. Extinção da punibilidade declarada em razão do decurso do prazo. Impossibilidade. Revogação do benefício que se impõe, não obstante decorrido o período de prova. Anulação da decisão para que o processo prossiga até seus ulteriores termos. Recurso provido.

“O descumprimento das condições estabelecidas pelo magistrado, para a suspensão condicional do processo, ex vi, art. 89 da Lei n. 9.099/95, mesmo que verificado após expirado o período de prova, enseja a revogação do benefício. Precedentes. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito” (REsp n. 397.448/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 19-12-03, p. 551).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2004.006625-2, da comarca de Maravilha, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, e recorrido Carlos Vitor Maldaner:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Maravilha, Carlos Vitor Maldaner foi denunciado como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, combinado com o art. 14, inciso II, do Código Penal, em razão dos fatos assim descritos, *ipsis verbis*:

“1. A vítima Lucinda Alves Schumann moveu ação trabalhista contra a empresa A. Maldaner e Filhos Ltda., da qual o denunciado é sócio-gerente e procurador, tendo sido a empresa condenada ao pagamento da quantia de R\$ 26.774,21 por sentença confirmada pelo TRT — 12ª Região e transitada em julgado em 26-3-98.

“2. Ciente deste fato, o denunciado dirigiu-se à residência da vítima e entregou-lhe em pagamento da dívida um cheque no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), afirmando que tal era o valor devido e que já havia, inclusive, feito um acerto com o procurador desta em relação ao pagamento da verba honorária e das custas processuais, induzindo a vítima em erro, mediante ardil, com evidente objetivo de obter vantagem ilícita para sua empresa, em prejuízo da vítima.

“3. Ato contínuo, convenceu a vítima a dirigir-se ao Tabelionato de Notas e Protestos para lavrar uma escritura pública de declaração, pela qual estaria dando plena quitação do débito trabalhista.

“4. O delito somente não se consumou porque o procurador da vítima, ao tomar ciência dos fatos, comunicou-os ao MM. Juiz Trabalhista, que indeferiu o pedido de homologação do acordo, determinando o prosseguimento da execução pelo valor efetivamente devido pela empresa” (fls. 2 e 3).

Recebida a denúncia (fl. 2) juntamente com a proposta da suspensão condicional do processo, já que preenchidos os requisitos do art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/95 (fls. 5 e 6), na audiência designada, o Dr. Promotor de Justiça ofertou ao acusado o benefício, pelo prazo de 2 (dois) anos, por ele aceito à fl. 63.

Diante do não cumprimento das condições, o acusado apresentou justificativa, que foi acatada pelo Magistrado.

Em face do transcurso do lapso temporal, e por força do descumprimento das condições estipuladas, nova justificativa foi apresentada pelo acusado (fl. 70), tendo o Dr. Juiz de Direito determinado que se aguardasse o integral cumprimento das obrigações assumidas (fl. 71).

Posteriormente, acostou-se aos autos certidão, atestando o não comparecimento do interessado nos meses seguintes a dezembro de 2002 (fl.

72), havendo o representante do Ministério Público manifestado-se no sentido de que se lhe permitisse apresentar nova justificativa, sob pena de revogação do benefício, tendo o réu então se pronunciado (fl. 75).

Diante dos motivos aduzidos, opinou o Dr. Promotor de Justiça pela revogação da suspensão condicional do processo a fim de que o feito retomasse sua normal tramitação (fl. 77).

Conclusos, como a justificativa não haja convencido, o Magistrado revogou o benefício com base no art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/95, designando data para o interrogatório.

Citado, Carlos Vitor Maldaner, por intermédio de defensor constituído, interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão que revogou a suspensão condicional do processo (fls. 81 a 87).

Pelo órgão do Ministério Público foram ofertadas contra-razões, em cuja conclusão postulou o não conhecimento do recurso (fls. 91 a 97).

O Magistrado, à luz do estatuído no art. 589 do Código de Processo Penal, revogou o despacho anterior e extinguiu a punibilidade do acusado, à consideração de que é imperativa a regra inscrita no § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Irresignado, o Dr. Promotor de Justiça, por petição, interpôs recurso da nova decisão (fls. 100 e 101), objetivando a respectiva reforma a fim de que o feito tenha prosseguimento, até seus ulteriores termos, ascendendo então os autos a esta Corte.

Instada a pronunciar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o relatório.

Procede a insurreição do Dr. Promotor de Justiça, já que as condições aceitas pelo réu, com vistas à obtenção da suspensão condicional do processo, não foram cabalmente cumpridas.

Durante o período de prova o acusado deve demonstrar autodisciplina e senso de responsabilidade, ou seja, deve dar mostras de sua ressocialização e da desnecessidade de se lhe impor pena privativa de liberdade, o que não conseguiu comprovar.

O § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/95 prevê que a suspensão poderá ser revogada em caso de não cumprimento de qualquer das condições impostas, exatamente a hipótese do caso concreto.

Diante disso, a revogação pode ser declarada mesmo após o prazo de suspensão se, no respectivo curso, lhe der causa o beneficiário.

O importante é que a causa ensejadora da revogação ocorra durante o prazo do benefício, daí por que a suspensão do processo é concedida condicionalmente. O beneficiário deverá cumprir, no curso do lapso, as condições estabelecidas para a concessão da medida. Ou ele as cumpre, e ao final do prazo de prova o juiz de-

clara a extinção da punibilidade, ou deixa de cumprir alguma ou algumas das obrigações, dando causa à revogação do *sursis* processual.

Portanto, antes de declarar a extinção da punibilidade incumbe ao juiz verificar se restaram satisfeitas as obrigações estabelecidas no momento da aceitação da proposta.

Dissertando a respeito, assina-la Luiz Flávio Gomes:

“[...] o § 5º do art. 89 diz: ‘Expirado o prazo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade’. Isso não significa que mesmo depois de expirado o prazo não possa o juiz revogar a suspensão. Pode. A melhor leitura do dispositivo invocado é a seguinte, portanto: expirado o prazo sem ter havido motivo para a revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Mesmo que descoberto esse motivo após expirado o prazo, pensamos que pode haver revogação. O mesmo não pode ser dito se já existe sentença definitiva extintiva de punibilidade, isto é, se o juiz já julgou extinta a punibilidade em sentença definitiva e depois vem a descobrir o motivo da revogação, nada mais pode ser feito, mesmo porque agora deve-se respeitar a coisa julgada” (Suspensão Condicional do Processo Penal, São Paulo, RT, p. 342).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, assentou:

“*Omissis*.”

“II. Suspensão condicional do processo.

“1. Suspensão condicionalmente o processo, não cabe ao juiz, ainda no curso do período respectivo, declarar parceladamente cumpridas — com força decisória de sentença definitiva — cada uma das condições a cuja satisfação integral ficou subordinada a extinção da punibilidade: se antes não adveio revogação por motivo devidamente apurado, é que incumbe ao Juiz, findo o período da suspensão do processo, declarar extinta a punibilidade — aí, sim, por sentença — ou, caso contrário, se verifica não satisfeitas as condições, determinar a retomada do curso dele.

“2. A decisão que revoga a suspensão condicional pode ser proferida após o termo final de seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele” (HC n. 80.747-0/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19-10-2001, p. 31. Disponível em <www.stf.gov.br> acesso em 11 maio 2004).

No mesmo sentido: RHC n. 10.749/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 12-8-01, p. 174; REsp n. 397.448/MG, DJU de 19-12-03, p. 551; Ap. Crim. n. 2002.000174-0, de Indaial, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso para anular o processo desde a decisão de fl. 98 inclusive, prosseguindo a respectiva tramitação até seus ulteriores termos.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite e, com voto

vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 11 de maio de 2004.

*Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.*

*Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite:*

Votei vencido no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, pois entendi que a extinção da punibilidade do recorrido foi corretamente declarada.

O não-cumprimento das condições impostas em audiência seria, sim, causa de revogação do benefício, desde que invocada antes do decurso dos dois anos de suspensão do processo. Na hipótese, entretanto, somente após o término do período de prova foi certificado o não-cumprimento das condições pelo réu (cf. fls. 69 e 72).

Tendo em vista o decurso de mais de dois anos de suspensão sem que houvesse a revogação, o MM. Juiz, acertadamente, julgou extinta a punibilidade do acusado, com fundamento no art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95.

Sobre a questão, esclarece Julio Fabbrini Mirabete: “Expirado o período de prova sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade, diz o

art. 89, § 5º. Não tomou o legislador a cautela de prorrogar o prazo, possibilitando a verificação do cumprimento das condições durante esse lapso de tempo. Assim, mesmo que se comprove não ter havido reparação do dano injustificado ou de ter sido instaurada ação penal por crime ou contravenção, a revogação não será possível se o prazo da suspensão já se encerrou. Não diz a lei que se possa revogar a suspensão por fato ocorrido antes de findo o período de prova e sim que a revogação não pode ocorrer após o término do prazo. Não se refere à prorrogação do prazo em qualquer hipótese. O fato de ter o magistrado tomado conhecimento desses fatos após o encerramento do prazo não permite a revogação, obrigando à declaração da extinção da punibilidade. Assim, mesmo que não declarada extinta a punibilidade, não se poderá prosseguir nos ulteriores termos do processo se tiver decorrido o período de prova sem revogação. É inadmissível qualquer conclusão retirada da analogia com as regras de prorrogação do prazo para a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. O Direito proíbe a analogia *in malam partem* quando se trata de matéria de caráter inclusive penal, como é o caso da suspensão condicional do processo” (Juizados Especiais Criminais, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 384 e 385).

Nesse sentido: “Recurso criminal — Decurso do prazo de dois anos sem revogação — Extinção da punibilidade — Recurso desprovido. Nos termos do § 5º do art. 89 da Lei n.

9.099/95, expirado o prazo da suspensão condicional do processo sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade” (RC n. 2001.007713-2, de Mafra, rel. Des. Souza Varella, j. 23-4-02). Na mesma esteira a Apelação Criminal n. 2002.005954-0, de Criciúma, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 13-8-02).

Não se desconhece corrente doutrinária em sentido diverso, permitindo a revogação do benefício, mesmo que já transcorrido o prazo de prova (Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes), bem como entendimento do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Entretanto, ainda assim, comungamos com a orientação anteriormente esposada, já que se trata de prazo decadencial, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização do cumprimento das condições impostas em audiência. Se necessária for a revogação, deverá ser feita logo após observada a sua causa, ainda dentro do período de suspensão. Caso contrário, impõe-se a aplicação imediata do § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior ensinam: “Findo o prazo de período de prova — que pode ser fixado entre dois e quatro anos —, isto é, o tempo em que o beneficiário tem o processo suspenso, sem revogação, evidentemente, o juiz declarará extinta a punibilidade. Se o juiz não decidir, findo o prazo, a extinção se dá tão-só pelo decurso do prazo. O fato é apagado da vida do acusado como se nunca tivesse existido. É certo que a decisão pode ser proferida após o pe-

ríodo de prova, mas jamais poderá o juiz revogá-la. Entendeu, contrariamente, o Supremo, pela sua 1ª Turma, no julgamento do HC n. 80.747-0/PR, em 21-8-2001 (DJ 19-10-2001) pela palavra do seu relator, Sepúlveda Pertence, que ‘a decisão que revoga a suspensão condicional pode ser proferida após o termo final do seu prazo, embora haja de fundar-se em fatos ocorridos até o termo final dele’.

“Pensamos que não pode. O decurso do prazo é fatal. O prazo expirou sem revogação. Logo, só caberia ao juiz, de acordo com o § 5º do art. 89, declarar extinta a punibilidade.

“Rebate Sepúlveda Pertence: [...] reclamar que também a decisão final da suspensão ocorra antes de exaurido o prazo implicaria reduzir o período em que a ocorrência de qualquer dos motivos legais inibe, por lei, a extinção e, conseqüentemente, determinar a sua declaração antes do tempo necessário a que se verifique — obedecido o princípio do contraditório — a inexistência de qualquer dos pressupostos negativos’.

“Prazo fatal não ressuscita. A verificação da quebra da condição tinha de ser examinada dentro do prazo da suspensão. Depois, não. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre com o prazo decadencial” (Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 759 e 760).

Assim, por entender corretamente lançada a decisão extintiva da punibilidade da réu, votei no sentido do improvimento do recurso.

Maurílio Moreira Leite.

**PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA N. 004.04.001750-1, DE ARARANGUÁ

Apelante/Apelada: Brasil Telecom S.A.

Advogado: Dr. Leonardo Reis de Oliveira

Apelante/Apelado: Everaldo Coelho Caetano

Advogado: Dr. Belonir Zata Zili

Vistos para despacho

Brasil Telecom S.A. interpôs recurso de apelação cível contra decisão do MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Araranguá nos autos da Ação de Inexistência de Dívida n. 004.04.001750-1, tendo, em seguida, Everaldo Coelho Caetano interposto recurso adesivo.

A Diretoria Judiciária deste Tribunal informou que o recurso adesivo não se encontra acompanhado da guia de recolhimento judicial resumida – GRJR, referente ao preparo, conforme preceitua a Resolução n. 02/2001 – CM.

É o necessário relatório.

Compulsando os autos, verifica-se a ausência de pedido de assistência judiciária e/ou declaração de hipossuficiência, bem como da guia de recolhimento judicial resumida – GRJR, referente ao preparo do recurso adesivo, conforme preceitua a Resolução n. 02/2001-CM.

Dispõem os arts. 508 e 511 do CPC:

“Art. 508 — Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias”.

“Art. 511 — No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção”.

Não obstante o recurso ter sido protocolado tempestivamente em 10-9-2004, não foi efetuado o respectivo preparo, sendo, portanto, deserto.

Nesse sentido:

“Apelação cível — Recurso aduado e tempestivo mas deserto — Não conhecimento — Inteligência do art. 511 do CPC.

“O art. 511 do CPC estabelece como condição de admissibilidade do recurso, a comprovação, no ato de sua interposição, do respectivo preparo. Mesmo que seja feito dentro do prazo recursal, é tido como deserto o apelo, se não efetuado no ato de sua interposição, como é claro o dispositivo referido” (Ap. Cív. n. 1996.010180-

2, de Balneário Camboriú, de minha lavra).

E ainda:

“A deserção, ainda que não alegada, pode ser decretada de ofício pelo Tribunal” (Ap. Cív. n. 41.614, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJSC n. 9.179, de 17-2-95, p. 12).

Diante desse contexto, em concordância com o art. 511 c/c o 557, *caput*, ambos do Digesto Processual Civil, não conheço do recurso de apelação interposto por Everaldo Coelho Caetano por deserto e determino o retorno dos autos à Diretoria Judiciária para proceder à devida distribuição do recurso de apelação de Brasil Telecom S.A.

Intime-se.

Florianópolis, 28 de setembro de 2004.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS N. 084.02.001102-8, DE DESCANSO

Apelante: Idemar Dalberto

Advogada: Dra. Lourdes Leonice Hübner

Apelada: Stalar Materiais de Construção Ltda.

Advogada: Dra. Maria Tereza Zanella Capra

Vistos para despacho

Idemar Dalberto interpôs o presente recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo MM. Juiz

da Vara Única da comarca de Descanso proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais n. 084.02.001102-8 que move contra Stalar Materiais de Construção Ltda.,

requerendo, ao final, a concessão do benefício da assistência judiciária.

É o relatório.

O benefício da assistência judiciária requerido pelo apelante deve ser deferido, tendo em vista que a sua hipossuficiência restou comprovada por meio dos documentos que instruem os presentes autos, não podendo, destarte, arcar com as custas processuais sem prejuízo próprio e da família.

Portanto, defiro o benefício pleiteado e determino o retorno dos autos à Diretoria Judiciária para que proceda à devida distribuição.

Intime-se.

Florianópolis, 16 de agosto de 2004.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2004.015107-1, DE JOINVILLE

Requerente: Município de Joinville

Advogada: Dra. Rosemarie Grubba Selhorst

Requeridos: Edilberto Oliveira Herculano e outros

Advogados: Dr. Carlos Eduardo Trauer e outros

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 038.04.007738-9

Vistos para despacho

O município de Joinville formulou, com fulcro no art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.437/92, pedido de suspensão de liminar proferida pelo MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública daquela Comarca nos autos do mandado de segurança impetrado por Edilberto Oliveira Herculano e outros para suspender a exigibilidade da tarifa de limpeza urbana incidente sobre os imóveis descritos no *writ* até julgamento definitivo.

Argumentou que para a concessão da liminar impugnada seria imprescindível desde logo o *fumus boni juris*, pois, do contrário, estaria o Magistrado adentrando no mérito da *quaestio*, tornando viciosa a decisão. Sustentou, ainda, a ausência de *periculum in mora* no pedido dos impetrantes, porquanto, sendo o impetrado pessoa jurídica de direito público, teria meios e recursos suficientes para reparar possíveis danos advindos da cobrança da tarifa de limpeza urbana.

Assim, concluiu que a decisão vergastada estaria invertendo a análise dos requisitos ensejadores da liminar, causando prejuízo à Fazenda Municipal e enriquecimento ilícito dos impetrantes, ressaltando que, caso denegada a segurança ao final do processo, não haveria nenhuma garantia de que o Município viria a ser ressarcido dos valores não recolhidos.

Aduziu o ente público que a medida concedida causaria grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas, tendo em vista que o cumprimento da decisão traria dispêndios de valores extraordinários ao Município, que arcaria com o pagamento dos serviços prestados pela concessionária sem a legal e devida contraprestação pelos usuários dos serviços.

Sustentou, ademais, que a suspensão da exigibilidade da tarifa obrigaria o ente público a oferecer o serviço, uma vez que essencial, remanejando recursos de outras áreas para cobrir os custos do referido serviço.

Observou que, no conflito entre o interesse privado e o público, este deveria prevalecer, por se tratar aquele de um mero interesse econômico que poderia aguardar o julgamento final do *mandamus*.

Alegou, ainda, que a cobrança de tarifa dos usuários diretamente pela concessionária como contraprestação pelos serviços efetivamente prestados é característica predominante do contrato de concessão, em que o valor da

tarifa é calculado com base nos valores globais dos serviços e investimentos apresentados pela empresa vencedora do procedimento licitatório.

Assinalou, também, que o critério de número de passadas demonstra, além da especificidade e divisibilidade do serviço, a sua justiça tributária, cobrando exatamente o que cada contribuinte estaria utilizando.

Por fim, ressaltou que a manutenção da medida representaria séria ameaça às contas públicas e à continuidade do serviço executado pela concessionária, observando que o problema se agravaria quando outros contribuintes, sabedores de tal decisão, passassem a bater às portas do Judiciário com o intuito de obter igual benesse.

É o necessário relatório.

Cinge-se a presente *quaestio* na legalidade da cobrança de tarifa de limpeza urbana em que estejam incluídos, além da coleta de lixo, serviços de limpeza de vias urbanas pavimentadas e jardins públicos.

É sabido que há possibilidade de concessão de serviços de natureza compulsória, mediante retribuição por tarifa, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

“Tanto a taxa como a tarifa hão de retribuir satisfatoriamente a prestação do serviço, para que o seu investimento, manutenção, operação e ampliação sejam custeados pelos usuários e, quando se tratar de serviço industrial explorado por concessão-

nário ou permissionário, produza lucro razoável para o investidor. É o que dispõe a Constituição da República, no que concerne à concessão ou permissão de serviço público ao determinar que a lei pertinente disporá sobre ‘política tarifária’ (art. 175, parágrafo único, III), entendendo-se que a lei deva assegurar o equilíbrio econômico-financeiro na prestação do serviço” (*in* Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição, Malheiros, p. 642).

Desse modo, se há concessão, a contraprestação deve ser efetuada por meio de tarifas e não de taxa. Por outro lado, a distinção de taxa e preço público efetuada com arraigado apego ao enunciado sumular 545 do STF não satisfaz evidentemente, consoante preleciona o saudoso mestre Geraldo Ataliba:

“A taxa é mera forma. Um pagamento juridicamente configura o preço ou taxa, conforme seu regime jurídico. Ora, tal matéria está no arbítrio puro e simples do legislador. Ele, de modo efetivamente arbitrário, dá ou não forma de taxa — vale dizer, estrutura tributária — ao pagamento. Ele é absolutamente livre para criar uma entidade, como preço ou como taxa. Da mesma maneira é livre para transformar qualquer taxa em preço, ou qualquer preço em taxa (basta-lhe modificar o regime jurídico da relação que tem por objeto o pagamento).

De todas aquelas atividades do Poder Público — diz Greco — que consistirem em serviços públicos, só poderão dar ensejo à taxa. Preço público é denominação da remuneração

paga ao Poder Público quando ele presta um serviço ou vende um bem em regime jurídico privado” (*in* Hipótese de incidência tributária. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

Acerca dos critérios de diferenciação da taxa e tarifa, verifica-se o entendimento atual do STF:

“[...] Procura-se na obrigatoriedade a diferença entre taxa e preço para se concluir que, sendo o preço obrigatório, confunde-se com a taxa, incidindo com ela na exigência da legalidade formal e da previsão orçamentária. Esse critério, entretanto, não é absoluto e não oferece resistência lógica de uma diferença específica, porque variável como o próprio critério da obrigatoriedade. Efetivamente, o conceito de obrigatoriedade, além de não ser peculiar à taxa, não desnatura a configuração do preço público, também obrigatório para todos que se utilizam do serviço. Assim, na ausência de um elemento diferencial oriundo da técnica de imposição tributária, que eu me abalanço a insistir em que só a tipificação do fato jurígeno permite a distinção procurada” (STF, Min. Pedro Chaves, RTJ 33/147 a 151).

Assim, resta claro que a tarifa identifica-se estreitamente com a taxa, sendo legal sua cobrança obrigatória a todos que se utilizam do serviço, porém, sendo fixado, a critério da administração pública, por meio de concessionária.

Superada referida questão, tem-se que a decisão guerreada sus-

tenta que a tarifa em comento não poderia incorporar serviços prestados *uti universi*, uma vez que estes devem ser custeados por meio do produto da arrecadação de impostos gerais.

Com efeito, somente a conjugação dos requisitos especificidade e divisibilidade pode autorizar a imposição de tarifa. Destarte, a limpeza de vias urbanas pavimentadas e de jardins públicos não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli*.

Ora, os mencionados serviços destinam-se indiscriminadamente a toda a população sem que se erijam em direito subjetivo individual de qualquer administrado à sua fruição particular ou benefício direto e específico para o contribuinte, motivo pelo qual devem ser mantidos por impostos (tributo geral e não vinculado) e não por taxa ou tarifa (remuneração específica do usuário).

Em caso análogo, já decidiu o Pretório Excelso:

“Tributário. Estado do Rio de Janeiro. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Exercício de 1995. Lei n. 691/84, com alterações introduzidas pela Lei n. 1.513/89. Acórdão que reconheceu a legitimidade da exação. Alegada ofensa ao art. 145, II, da CF. Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (*uti universi*), sem possibilidade de individualização dos respectivos

usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, não se prestando para custeio mediante taxa [...]” (RE n. 249.070-9, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, DJU de 17-12-99).

E ainda:

“Agravo regimental. Constitucional. Tributário. Taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Lei n. 691/84, com alterações da Lei n. 1.513/89. Violação ao art. 145, II, e § 2º, da Constituição Federal. I. — Não é legítima a cobrança de taxa quando vinculada não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos, em benefício da população em geral, sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários. II. — RE provido. Agravo improvido” (RE n. 250946 AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso).

Por outro lado, a suspensão da cobrança de toda a tarifa de limpeza urbana, como restou deferido no mandado de segurança de origem, configura-se também equívoca, uma vez que, não obstante o serviço de limpeza de vias urbanas e jardins públicos ser prestado de forma indivisível, a coleta de lixo pode ser cobrada por meio do referido tributo vinculado, fato que caracterizaria enriquecimento ilícito por parte do contribuinte se interrompida sua cobrança.

É, pois, inquestionável que a coleta e transporte de lixo é serviço *uti singuli*, divisível e específico, uma vez que o administrado contribuinte pode ser identificado, não obstante

seja cobrado mediante prestação compulsória por meio da tarifa ou preço público, senão vejamos o entendimento desta Corte catarinense de justiça:

“Mandado de segurança. Tributário. Taxa de coleta de resíduos sólidos. Fato gerador diverso daquele do IPTU. CF, art. 145, inc. II; CE, art. 125, inc. II; e CTN, art. 79, incs. II e III. Recurso e remessa providos.

“A taxa de coleta de resíduos sólidos não é mera taxa de limpeza e conservação de vias e logradouros, desde que possui os requisitos de especificidade e divisibilidade, relacionando-se o contribuinte com o seu fato gerador.

“De outro modo, ao contrário do IPTU, o tributo não se identifica com a propriedade, o domínio útil ou a posse do bem imóvel. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, enquanto que a taxa epigrafada decorre da multiplicação de alíquota prefixada em tabela de frequência da prestação do serviço pelo valor da unidade fiscal do município e a área edificada do imóvel.

“Logo, a área do imóvel não é base de cálculo, mas simples componente do cálculo do valor da taxa a ser arrecadado” (ACMS n. 1996.005630-0, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

E mais:

“Tributário — Taxa de limpeza e de conservação — Base de cálculo — Serviço público inespecífico e

indivisível — Imposto predial e territorial urbano — Alíquota progressiva — Regramento da lei municipal que confronta com a Constituição Federal — Taxa de coleta de lixo — Base de cálculo — Metragem do imóvel — Constitucionalidade — Recurso da empresa parcialmente provido e remessa e recurso do município desprovidos.

“Não é cabível a cobrança de taxa de conservação de calçamento de via pública, ou de taxa de conservação e limpeza de logradouros e vias públicas, por não configurar serviço público específico, nem divisível, exatamente por ser prestado *uti universi* e não *uti singuli*.

“Constatado o princípio da não recepção, considera-se revogada norma anterior à Constituição Federal de 1988 que disciplinava a exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano com a aplicação de alíquotas progressivas, fundadas no princípio da capacidade contributiva.

“Vem sendo reiteradamente declarado constitucional o valor da taxa e coleta de lixo por nossa jurisprudência catarinense, pois difere-se das demais cobradas pela Municipalidade nos presentes autos, pois sua base de cálculo preenche os requisitos legais, já que recai sobre serviços públicos perfeitamente divisíveis e específicos, prestados ao contribuinte por intermédio de concessionária, que freqüentemente coleta o lixo, que varia de lugar para lugar, diferenciando sua base de cálculo da do IPTU, pois é resultante do número de vezes em

que é realizada a coleta de lixo domiciliar durante o ano, multiplicado pelo valor da Unidade Padrão do Município, não se confundindo com a propriedade do imóvel” (ACMS n. 2002.003399-5, de Blumenau, de minha lavra).

Compulsando os autos, infere-se à fl. 134 que a tarifa de limpeza urbana é formada pelo “componente lixo (0,50)” e pela “limpeza pavimentada (0,40)”, podendo, portanto, ser decomposta de forma a manter tão-somente a primeira parte, cuja cobrança é possível sem ofensa ao ordenamento jurídico.

Dessa feita, considerando-se que a susterção da exigibilidade da tarifa de limpeza urbana, no tocante à

coleta de lixo, configura lesão à economia pública, por se tratar de serviço *uti singuli*, específico, divisível e passível de ser cobrado pelo mencionado tributo, defiro parcialmente o pedido de suspensão de liminar formulado pelo município de Joinville para que aquela seja cobrada apenas no que se refere ao recolhimento e transporte dos resíduos domiciliares sólidos e compactáveis, restando inexigível, porém, o valor designado à limpeza pavimentada.

Intime-se.

Florianópolis, 8 de julho de 2004.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2004.020713-1, DE BARRA VELHA

Requerentes: Município de Barra Velha e Prefeito Municipal de Barra Velha

Advogados: Dr. João Pedro Woitexem e outros

Requerido: Adelino da Silva

Advogado: Dr. Eurides dos Santos

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 006.04.001365-6

Vistos para despacho

O município de Barra Velha e o seu Prefeito Municipal formularam pedido de suspensão da liminar deferida pelo MM. Juiz da Vara Única daquela Comarca, nos autos do Mandado de Segurança n. 006.04.001365-

6, impetrado por Adelino da Silva, que sustou, provisoriamente, os efeitos do ato que concedeu férias ao requerido, acarretando, assim, o retorno imediato deste às suas atividades funcionais.

Informaram que o impetrante requereu a concessão de liminar para a suspensão das férias que lhe foram

“impostas” e seu retorno às atividades funcionais, alegando infrações à legislação eleitoral, perseguição política por integrar Diretório Político distinto ao do Prefeito Municipal e por entender que se trata de imposição administrativa que demandaria a devida motivação. Por fim, fez requerimento expresso quanto à existência de crime eleitoral, pedindo até mesmo a cassação de registro de candidatura do Prefeito Municipal.

O Magistrado *a quo* concedeu a liminar autorizando a suspensão das férias do servidor, sustentando ausência de motivação no ato concessivo das férias e confrontação a dispositivo eleitoral, pois tal situação veda ao impetrante perceber algumas vantagens inerentes à função.

No entanto, sustentaram os requerentes que, na verdade, as férias não foram impostas ao servidor, mas que este as solicitou verbalmente à Secretaria de Saúde; que foi publicada a portaria de suas férias como convencionalmente e legalmente ocorre e que as férias do servidor encontram-se vencidas desde outubro de 2003.

Informaram que o servidor trabalha como auxiliar de enfermagem no Posto de Saúde Central do município de Barra Velha, trabalhando em equipe que se reveza com outras. Afirmou que, a fim de que todos possam gozar de seus horários de descanso, de lazer, de férias ou de licença por algum motivo sem prejuízos dos outros, é necessário que haja uma programação de férias dos funcionários para que não seja prejudicado o fun-

cionamento do Órgão Público, que presta serviços aos munícipes.

Sustentaram que, por tais razões, “torna-se evidente que a prefixação de datas para férias de servidores não pode ficar ao capricho isolado do próprio servidor, mas, sim, do acordado por toda a equipe que ele integra, mediante prévia programação, e sem prejuízos à prestação dos serviços públicos a que está obrigado” (fl. 6).

Informaram que a questão levantada pelo servidor “nada tem a ver com submissão a programações de férias dos servidores, e muito menos quanto às suas funções públicas. O impetrante, por razões outras, simula uma situação de fato, e se dispõe a servir como instrumento para picuinhas de natureza política” (fl. 7).

Esclareceram os requerentes que “o ato administrativo de suas férias somente gera efeitos após a sua publicação e que o mesmo não foi sequer elaborado, de modo que houve uma solicitação de concessão de férias que não se fez acompanhada, porém, de qualquer formalização que a validasse. Oficialmente o impetrante não esteve e não está em férias, o que torna absurdo o seu pedido” (fl. 8).

Alegaram, ainda, que a manutenção da liminar poderia criar o precedente que possibilita, doravante, ao servidor escolher, a seu bel-prazer, o período de suas férias, escolha esta que cabe exclusivamente ao empregador, mediante programação que preserve a continuidade dos serviços prestados pelo órgão a que integra.

Sustentaram “prejuízo intrínseco em se desconsiderar o ato oficial cabível na concessão de férias ao servidor, e sua necessária publicidade” (fl. 9), alegando que, se mantida a liminar, qualquer documento poderá servir para a prática de atos de efeitos individuais em relação aos servidores, mesmo um simples memorando interno, criando-se direitos, concedendo-se vantagens ou impondo-se obrigações de naturezas funcionais.

Requereram, por fim, a suspensão da liminar concedida no mandado de segurança, evitando-se notórios danos ao regular funcionamento da administração pública.

É o relatório.

Trata-se de pedido de suspensão interposto pelo município de Barra Velha e pelo Prefeito Municipal daquela comarca contra a liminar deferida pelo MM. Juiz da Vara Única da localidade em apreço, que sustou, provisoriamente, os efeitos do ato que concedeu férias ao requerente, acarretando, assim, o retorno imediato deste a suas atividades funcionais.

Introitamente, oportuno destacar que o pedido de sustação da eficácia de decisão proferida contra o Poder Público previsto, no caso de mandado de segurança, no art. 4º da Lei n. 8.437/92, mostra-se viável tão-somente se restar demonstrado manifesto interesse público diante da ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedado o exame de questões processuais e de mérito,

pois, quanto a estas, há recurso próprio para sua apreciação.

Nesse sentido:

“No âmbito estreito do pedido de suspensão de decisão proferida contra o Poder Público, é vedado o exame do mérito da controvérsia principal, bastando a verificação da ocorrência dos pressupostos atinentes ao risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (STJ — Corte Especial, Rcl n. 541/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 18-12-98).

Portanto, afastada a análise meritória do mandado de segurança, faz-se necessário o exame da ocorrência dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar em apreço.

No presente caso, sustentou o requerente lesão à ordem pública.

Verifica-se que, compulsando os autos, existe um arcabouço probatório referente às supostas lesões, de maneira que se mostra totalmente viável a suspensão da segurança, pois presentes os requisitos para tanto.

Preliminarmente, cabe ressaltar ser o direito de férias uma garantia constitucional, conforme disposto no art. 7º, XVII, da Constituição Federal de 1988.

In casu, verifica-se que o alcaide concedeu ao servidor público o seu direito de gozar férias, tendo, no entanto, tal direito sido sustado por meio de uma liminar deferida pelo MM.

Juiz *a quo*, sob o argumento de ausência de motivação.

Considerando-se o princípio da independência entre os três poderes que compõem a União, é insustentável a concessão de medida liminar que imponha uma obrigação de fazer ao Poder Executivo, invadindo esferas de atribuição próprias deste.

É o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei” (*in* Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros, p. 826).

Dessa forma, entende-se que o Juiz não pode substituir-se à Administração, visto que cabe ao ente municipal competente decidir quando deve ser concedido o direito de férias aos servidores municipais a fim de assegurar o interesse público e a continuidade do serviço prestado pelos órgãos públicos.

É o entendimento do STJ:

“Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério público. Carência de ação. Município. Obra para proteção do meio ambiente.

“1 — Não se empresta seguimento a recurso especial intentado

para reformar acórdão que elegeu matéria constitucional como informe básico para a conclusão assentada.

“2 — Em tese, pode a administração pública figurar no pólo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer.

“3 — O art. 3º da Lei n. 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente, o que outorga ao poder executivo ‘o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público’ (trecho do acórdão).

“4 — Matéria constitucional sublimada, essencialmente, no aresto que não cabe ser examinada em sede de recurso especial.

“5 — Agravo regimental improvido” (AGA n. 138901/GO; DJ 17-11-1997, rel. Min. José Delgado).

Além disso, não se vislumbra o direito líquido e certo do impetrante, porquanto sem fundamento o argumento de que suas férias lhe foram concedidas por motivos de perseguições políticas, por tratar-se o direito de férias de um direito constitucionalmente assegurado a todos os trabalhadores.

Há, pois, flagrante risco de lesão à ordem pública uma vez que se todos os funcionários públicos escolherem, a seu bel-prazer, o período de suas férias, poderá a continuidade do serviço público restar seriamente prejudicada, demonstrando, portanto, que a decisão impugnada não atentou à supremacia do interesse público.

Portanto, demonstrados os requisitos indispensáveis à sus-

penção da segurança, defiro o pedido.

Publique-se e intime-se.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Florianópolis, 6 de agosto de 2004.

*Des. Anselmo Cerello,
1º Vice-Presidente.*

**SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 2002.016879-9/0002.00, DE SÃO JOÃO BATISTA

Recorrente: B. B. Leasing Arrendamento Mercantil

Advogados: Drs. Frederico Korndorfer Neto e outro

Recorrido: Dr. Ademir Militão Costa

Advogado: Vlademir Dalbosco

Despacho

1. B. B. Leasing Arrendamento Mercantil interpõe recurso especial, com fulcro no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Comercial que, por votação unânime, negou provimento à apelação interposta nos autos da ação de reintegração de posse *c/c* perdas e danos ajuizada contra Ademir Militão Costa.

Em suas razões, o recorrente sustenta violação aos artigos 535, II, do Código de Processo Civil, 1º da Lei n. 6.099/74, Resolução n. 2.309/96 do

Conselho Monetário Nacional, bem como aponta divergência jurisprudencial.

2. Admite-se o recurso, com ressalvas.

2.1. O recorrente ampara o recurso especial na alínea *a* do art. 105, III, da Constituição da República, hipótese em que os tribunais de origem têm procedido, em certa medida, a um prévio exame do mérito, negando seguimento à insurgência manifestamente improcedente.

2.2. No caso em exame, o recorrente não alcançou demonstrar satisfatoriamente em que consistiria a

alegada afronta ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil.

Com efeito, a simples indicação de que o decisório se amolda à hipótese prevista no dispositivo mencionado por si só não caracteriza violação à lei federal. Antes, é preciso demonstrar a inobservância do preceito no caso concreto, pena de incursão no enunciado da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, analogamente aplicável ao caso em apreço, que determina inadmissível o recurso cujas razões impeçam a sua exata compreensão.

Nessa esteira de posicionamento, assim já decidiu a Corte Superior, pela sua Primeira Seção:

“Ausência de demonstração das alegações de obscuridade e contradição do acórdão embargado. Alegá-las, tão-somente, não é suficiente, pois não que ser demonstradas de forma a que não restem dúvidas. Meras palavras não são suficientes à demonstração; não que ser comprovadas” (EDAGP n. 1163/DF, rel. Min. José Delgado, DJ de 8-9-03).

2.3. Tangente ao artigo 1º da Lei n. 6.099/74, não se admite o recurso porquanto ausente o necessário prequestionamento do preceito em tela.

2.4. Ainda, no tocante à Resolução n. 1.129 do Banco Central do Brasil, ressalta-se que o recurso especial não se presta à apreciação de

questões outras que não ofensa a lei ou a tratado federal.

Da jurisprudência mais recente do STJ, colhe-se a seguinte decisão:

“Não se compreendem no conceito de lei federal, portanto não permitem a abertura da instância especial, os atos normativos com hierarquia inferior à do decreto, tais como resoluções, portarias, circulares e outros” (REsp n. 471613 / GO, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 24-11-03).

2.5. Por derradeiro, no pertinente ao aventado dissídio jurisprudencial, insere na alínea *c* do inciso III do art. 105 da Carta Magna, impõe-se a ascensão do reclamo, tão logo realizado o necessário cotejo analítico entre a interpretação objurgada e aquela esposada por outro tribunal, além de comprovado o dissídio jurisprudencial por meio de cópia do acórdão apontado conflitante.

Nesse contexto, o recorrente alcançou demonstrar a divergência de entendimentos no tocante ao artigo 11, § 1º, da Lei n. 6.099/74.

3. Ante o exposto, admite-se o recurso, com as restrições mencionadas.

Intime-se.

Florianópolis, 31 de agosto de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL N. 2004.002097-0/0001.00, DE CRICIÚMA**Recorrente: Banco Itaú S.A.****Advogados: Drs. Nestor Lodetti e outros****Recorrido: Eduardo Pinheiro da Cruz****Advogados: Drs. Fabiana Bittencourt Thomé e outros****Despacho**

Banco Itaú S.A. interpôs recurso especial com fulcro no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil que, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso, mantendo *in totum* a decisão proferida pelo Magistrado singular respeitante ao pedido indenizatório de danos morais.

Durante a tramitação regular do presente recurso, sobreveio petição noticiando a composição extrajudicial entre as partes.

Verifico que o acordo, relativo a direitos disponíveis, foi assinado pelos respectivos advogados das partes, os quais possuem poderes para transigir, conforme se extrai das procurações de fls. 15 e 81v.

Assim, em razão do referido acordo, deve ser reconhecida a desistência do reclamo, isso porque a transação das partes implica ato contrário à vontade de recorrer, o que redundará na perda do interesse de agir. A respeito, o art. 158 do CPC estabelece:

“Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”.

Nesse sentido, colhe-se deste Tribunal de Justiça:

“Embargos à execução. Acordo extrajudicial. Extinção do procedimento recursal. Extingue-se o procedimento recursal quando as partes acordam extrajudicialmente sobre o objeto do litígio” (Ap. Cív. n. 1998.004422-7, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgada em 23-6-98).

Diante da regularidade do processado, homologo a transação firmada pelos litigantes, julgando extinto o processo, com julgamento do mérito (art. 269, inc. III, do CPC), restando prejudicado o recurso ante a perda de seu objeto.

Intime-se.

Florianópolis, 1º de setembro de 2005.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 2003.030247-6/0001.00, DA CAPITAL

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procurador: Naldi Otávio Teixeira

Recorridos: Edésio Francisco Gesser e outros

Procuradores: Luiz Carlos Zacchi e outros

Despacho

Trata-se de recurso extraordinário interposto, com fulcro na alínea a do art. 102, III, da Constituição da República, contra acórdão que acolheu o *writ* ao fundamento de que a Lei n. 9.503/94 estabelece como base de cálculo da gratificação complementar de vencimento quantia não inferior ao salário mínimo.

Em sua insurgência, o recorrente alegou que a decisão ofendeu o art. 7º, IV, da Constituição Federal, argumentando ser inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador no cálculo do benefício. Disse ainda que houve a violação do art. 37, *caput*, da *Lex Mater*.

Após as contra-razões opinou o representante do Ministério Público pela admissão da insurgência.

2. Admite-se o recurso.

2.1. Em sede de recurso extraordinário, a jurisprudência do Supre-

mo Tribunal Federal exige, como pressuposto de admissibilidade, que a matéria constitucional alegada na insurgência tenha sido expressamente prequestionada. Ao contrário do que se sucede no Superior Tribunal de Justiça, a Corte Suprema inadmite o prequestionamento implícito. Nesses termos, se a decisão profligada, a despeito de decidir matéria disciplinada pela Constituição da República, deixa de se manifestar especificamente quanto ao dispositivo constitucional aplicável, é indispensável a oposição de embargos declaratórios para o prequestionamento.

Nesse contexto, diante da ausência de prequestionamento, o recurso não deve ser admitido em relação ao art. 37, *caput*, da *Lex Mater*.

2.2. Quanto ao art. 7º, IV, da Constituição Federal, o recurso merece ser admitido, pois interposto à vista de decisão proferida em última instância, constatando-se o necessário cotejo analítico no tocante à alegada

violação à expressa disposição da Constituição Federal que foi devidamente prequestionada.

3. Por todo o exposto, admitese o recurso em relação ao art. 7º, IV, da Constituição Federal.

Intimem-se.

Florianópolis, 31 de agosto de 2004.

*Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.*

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL CÍVEL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.002844-0/0002.01, DE JOAÇABA

Requerente: Vilmar Lopes de Souza

Advogados: Drs. Marlon Charles Bertol e outros

Requerido: Valmor Slongo

Advogados: Drs. Magali Cristine Bissani Furlanetto e outro

Despacho

1. Cuida-se de medida cautelar no recurso especial interposto contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento que deferiu antecipação de tutela, objetivando a atribuição de efeito suspensivo ao reclamo a fim de evitar qualquer ato desalijatório até o julgamento do recurso pelo STJ.

Aduz o requerente que, por decisão interlocutória nos autos de ação de despejo foi determinada a desocupação do imóvel no prazo de quinze dias. Interposto agravo de instrumento e atribuído efeito suspensivo, decidiu a Terceira Câmara de Direito Civil negar provimento ao recurso, mantendo

do a liminar deferida em primeira instância, ainda que por fundamentação distinta daquela esposada na decisão guerreada.

Nas razões do recurso especial interposto, alegou afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil e arts. 59, 61, 62 e 64 da Lei n. 8.245/91.

Atribuído o efeito suspensivo para evitar qualquer ato desalijatório no imóvel objeto da ação de despejo até o dia 9-8-2004, conforme decisão proferida às fls. 107 e 108, o requerido formulou pedido de reconsideração.

2. Esclareça-se, inicialmente, que o pedido de reconsideração não possui previsão no Direito Processual Civil.

De acordo com orientação do próprio STJ, colhem-se os precedentes:

“Agravos regimentais. Agravos de instrumento. Pedido de reconsideração. Intempestividade.

“1. À ausência de previsão legal, não há como apreciar pedido de reconsideração como sucedâneo recursal.

“2. Ainda que em homenagem ao princípio da fungibilidade dos recursos se receba o pedido de reconsideração como agravo regimental, foi ele protocolado aquém do prazo legal de 5 dias, impondo-se, desse modo, o seu não conhecimento, por intempestivo.

“3. Agravo regimental não conhecido” (AGA n. 454.439/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17-2-03).

“Ainda que, em princípio, seja possível a reconsideração de decisão judicial, por meio de petição, não se pode transformá-la em sucedâneo do recurso cabível, quando já ultrapassado o prazo para a interposição deste” (REsp n. 303.528/TO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 27-8-01).

3. Por todo o exposto, não se conhece do pedido de reconsideração.

Intime-se.

Florianópolis, 2 de agosto de 2004.

*Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.*

**TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 2000.006411-4, DA CAPITAL

Recorrente: Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipescc

Advogados: Drs. Oscar Gabriel Lopes e outros

Recorridos: Heloísa Thereza Wohlke da Silva e outros

Advogados: Drs. Nara Regina Poeppel Pereira e outro

Despacho

I — Irresignado com o v. acórdão prolatado nos autos da ação de Mandado de Segurança n. 2000.006411-4, da Capital, julgada pelo extinto Segundo Grupo de Câmaras deste Pretório que, por votação unânime, isentou os impetrantes do desconto previdenciário sobre seus proventos de aposentadoria, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipescc interpôs o presente recurso extraordinário com fundamento no art. 102, III, alínea *a*, da Constituição Federal, alegando contrariedade aos artigos 24, XII, 149 e 195, II, todos da Constituição da República.

Sem resposta da parte adversa, houve manifestação ministerial pelo conhecimento da pretensão em relação ao art. 195, II, da Carta Magna.

II — Por absoluta falta de prequestionamento da matéria, verte inadmissível o recurso em relação aos artigos 24, XII, e 149, ambos da CF. Referidos preceitos não foram alvo de discussão no acórdão combatido, ensejando nesta fase a aplicação dos enunciados sumulares 282 e 356 do STF.

No tocante à alegada violação ao art. 195, II, da CF, o recurso igualmente não reúne condições de

admissibilidade. A contrariedade ao preceito constitucional figura flagrantemente inconsistente, estando o aresto atacado em perfeita sintonia com a orientação consolidada na Suprema Corte:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. Contribuição previdenciária. Inativos. Tributo vinculado à seguridade social. Supremacia da Constituição Federal. Precedentes. 1. O artigo 195, § 4º, da Constituição Federal, não legitima a instituição de contribuição previdenciária de inativos. Precedentes: ADI 2.010, DJU de 29-9-1999; ADI 2.189, DJU de 9-6-2000. Agravamento regimental a que se nega provimento” (AGRRE n. 368.014/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 16-5-2003).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Em casos análogos ao presente — assim, no julgamento da medida cautelar requerida nas ADINs 2.010 e 2.078 (esta relativa também a Lei Estadual) —, este Tribunal a deferiu por entender relevante a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade e que assim é sintetizada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República,

verbis: “[...] com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1999 (há equívoco nesse ponto, pois o ano é de 1998), a Constituição Federal vedou a possibilidade de se instituir contribuição previdenciária sobre aposentadorias e pensões. Isso porque, o § 12 do art. 40 da Constituição Federal impõe a aplicação subsidiária das normas constitucionais do regime geral de previdência social, que, por sua vez, de modo inequívoco, proíbe a cobrança de contribuição social sobre proventos e pensões, *ex vi* do disposto no art. 195, inciso II, da Carta Federal” (ADIMC 2.196/RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 18-6-2000).

Não é preciso ir além.

Não houve violação ao texto fundamental.

III — Pelo exposto, não se admite o recurso.

Florianópolis, 17 de março de 2004.

*Des. Orli Rodrigues,
no impedimento
do 2º Vice-Presidente (RITJSC,
art. 20).*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.011440-0, DE SÃO CARLOS**Recorrente: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc****Advogado: Dr. João Mergen****Recorrido: Marcos Kerbes****Advogado: Dr. Wilson Jair Gerhard****Despacho**

I — Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc interpôs recurso extraordinário contra o acórdão proferido no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2002.011440-0, de São Carlos (fls. 159 a 162). A pretensão recursal está fundada na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o aresto atacado decidiu pela auto-aplicabilidade da norma constante do art. 192, § 3º, da CF/88, que trata sobre a incidência dos juros reais de 12% ao ano, estando em confronto com a decisão do STF no sentido da eficácia contida nesta.

Não foram apresentadas contra-razões.

II — O presente recurso extraordinário deve ser conhecido quanto à alínea *a*, do art. 102, inc. III, da CF/88, pois restaram cumpridos todos os requisitos necessários à sua admissão: a decisão recorrida é de última instância; o recurso encontra-se tempestivo, preparado, e estão suficientemente fundamentadas as razões acerca da alegada contrariedade ao dispositivo citado, tendo este sido devidamente submetido ao prequestionamento.

III — Pelo exposto, admite-se o recurso.

Intime-se.

Florianópolis, 12 de agosto de 2004.

*Des. Orli Rodrigues,
no impedimento
do 2º Vice-Presidente (RITJSC,
art.20).*

RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO EM EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.025661-2, DE PALMITOS

Recorrentes: Transportes Valdameri Ltda. e outros

Advogados: Drs. Ana Paula Fontes de Andrade e outros

Recorrido: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc

Advogados: Drs. Nelci Luiz Carlosso e outro

Despacho

I — Aportou aos autos petição subscrita pelos advogados das partes, informando que houve a composição extrajudicial do litígio, razão pela qual pedem a desistência dos recursos interpostos.

II — Em face do disposto no parágrafo único do art. 503 do CPC, praticaram os litigantes ato incompatível com a vontade de recorrer, o que configura a aceitação tácita do *decisum*, além de fulminar com o objeto do recurso.

Assinala Barbosa Moreira que “a desistência, validamente manifestada, encerra o procedimento recursal,

independentemente de termos e de quaisquer outras formalidades” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, v./261, Forense, 1974).

III — Pelo exposto, homologa-se a desistência e decreta-se a extinção dos procedimentos recursais.

Remeta-se o processo à Comarca de origem.

Intime-se.

Florianópolis, 18 de março de 2004.

*Des. Orli Rodrigues,
no impedimento
do 2º Vice-Presidente
(RITJSC, art. 20).*

TURMAS DE RECURSOS

PRIMEIRA TURMA

RECURSO CÍVEL N. 3.892, DA CAPITAL

Relator: Juiz Jaime Luiz Vicari

Ação de indenização por danos morais fundada na manutenção indevida em cadastros de inadimplentes. Decisão acolhendo o pleito, mas com fundamento diverso do deduzido como causa de pedir pela autora apelada. Sentença nula, pois extra petita. Recurso provido. Retorno dos autos ao Juízo a quo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Cível n. 3.892, da comarca da Capital, em que é recorrente Brasil Telecom S.A., pessoa jurídica de direito privado, com sede nesta Capital, e recorrida Nilza Reuter, brasileira, solteira, aposentada, residente e domiciliada também nesta:

ACORDAM, em Primeira Turma de Recursos Cíveis do Estado de Santa Catarina, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nilza Reuter, já qualificada, ajuizou, no Juizado Especial Cível da comarca da Capital — Fórum Distrital do Norte da Ilha, ação de indenização por danos morais com pedido de antecipação de tutela contra Brasil Telecom S.A., também já qualificada.

Alegou, em síntese, que era titular do direito de uso de uma linha telefônica da empresa ré e que, tempos atrás, em virtude de um erro constatado numa das faturas recebidas, apresentada com um valor superior ao

normal, deixara de pagar algumas contas.

Em decorrência, aduziu ter sido o ramal telefônico desligado, e seu nome inscrito em cadastros restritivos de crédito.

Posteriormente, afirmou ter contado a ré para regularizar a sua situação, ao que lhe teria sido informado que poderia quitar seu débito em uma única parcela, valorada em R\$ 399,10.

Dessa maneira, sustentou ter-se dirigido a uma casa lotérica em 21 de novembro de 2002 para efetuar o pagamento. Entretanto, somente quitou parte da importância total devida, haja vista o fato de que a atendente mencionara tratar-se do único valor pendente.

Após outro contato telefônico com a ré, todavia, foi-lhe dito que ainda existia um saldo devedor. Assim sendo, em 27 de novembro de 2002, novamente dirigiu-se à lotérica para pagar a quantia restante.

Destacou que, apesar disso, seu nome permaneceu inscrito nos cadastros de proteção ao crédito, o que inclusive a estaria prejudicando, porquanto teria perdido a oportunidade de participar de um grupo de consórcio.

Deduziu a necessidade da concessão de tutela antecipada, a fim de retirar seu nome dos referidos cadastros. Discorreu acerca da ocorrência de abalos morais e enfatizou a obrigação da ré em indenizá-la, mensurando-os em 40 salários mínimos.

Após manifestação da ré, a medida antecipatória foi concedida pelo interlocutório de fls. 33 e 34.

Frustrada a tentativa conciliatória, a ré contestou.

Disse ter inscrito o nome da autora em cadastros de inadimplentes, ante a falta de pagamento das faturas dos meses de junho de 1998 a fevereiro de 1999 e que, logo após a quitação destas, efetuada somente em 21 e 27 de novembro de 2002, comunicara ao órgão restritivo esse fato, para que fosse retirada a informação de pendência, o que ocorreu em 2 de dezembro do mesmo ano.

No mais, afastou a configuração dos danos morais, ressaltando a legalidade de sua conduta. Imputou o ônus da prova à autora e discorreu acerca do *quantum* indenizatório.

A autora apresentou manifestação à contestação, reeditando sua argumentação. Nova audiência foi realizada, desta vez de instrução e julgamento.

Sobreveio então a decisão do Juízo *a quo*, condenando a ré ao pagamento de uma indenização de R\$ 4.000,00 à autora. Fundou-se a decisão na inobservância das exigências legais para inclusão no rol de inadimplentes, porquanto não teria havido notificação prévia.

Irresignada com o *decisum* proferido, apelou a vencida.

Frisou ser imprescindível a sua reforma, já que fundada em causa de pedir diversa da alegada pela autora,

que somente teria aduzido o fato de ter-se dirigido à lotérica por duas vezes para quitar seu débito.

Além disso, sustentou que sequer teria restado claro qual a data exata em que a autora fora inscrita em mencionados cadastros.

No mais, reafirmou os argumentos da contestação.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Primeira Turma de Recursos Cíveis e Criminais do Estado de Santa Catarina.

II — Voto

Cuida-se de recurso de apelação de sentença proferida em ação de reparação por danos em que, julgado procedente o pedido da autora, condenou-se a ré, ora apelante, ao pagamento de R\$ 4.000,00 a título indenizatório.

Sustentou a autora apelada, na exordial, ser merecedora de uma indenização em virtude dos abalos morais que lhe foram causados pela apelante, haja vista ter sido mantida inscrita em cadastro restritivo de crédito por esta, mesmo após a quitação de sua dívida. A esse respeito, extrai-se da inicial de fls. 3 a 8:

“Após este fato, no dia 27-11-2002, a autora dirigiu-se novamente até a casa lotérica e pagou a mencionada diferença estando em dia com suas obrigações, porém não foi feito o mesmo por parte da empresa ré. Ela não retirou o nome da autora dos ór-

gãos de proteção ao crédito, deixando de fazer parte de um grupo de consórcio justamente em razão da manutenção da inscrição.

[...]

“Em relação ao pedido de dano moral, justifica-se em razão da culpa da empresa telefônica. O que foi pedido pela empresa foi feito pela autora. O débito foi quitado e a consequência lógica da quitação seria a imediata retirada do nome da autora do SPC/Serasa. Todavia nada foi feito por parte da empresa”.

A *causa petendi* (fato jurídico que ampara a pretensão em juízo) deduzida, portanto, é de fácil constatação. Trata-se da manutenção irregular do nome da apelada em cadastros restritivos de crédito, a qual, por sua vez, teria-lhe acarretado prejuízos.

A decisão proferida pelo Juízo *a quo*, entretanto, fundou-se em fato jurídico diverso do aduzido pela apelada. Exsurge do seu contexto:

“Assim, a procedência do pedido de indenização por danos morais se impõe, pois efetivamente a atitude da ré constitui ofensa ao teor do Código de Defesa do Consumidor, importante instrumento de cidadania. Pois, para o lançamento em rol de inadimplentes, necessário que o débito seja incontestado, o que pressupõe, ao menos, conhecimento por aquele tido como devedor [...].

Inexiste nos autos comprovação de que a autora tenha sido cientificada

das conseqüências do indébito e do lançamento em rol de inadimplentes, logo a inserção é indevida”.

Ou seja, a sentença teve como fundamento a ausência de notificação prévia da apelada acerca da anotação de seu nome nos mencionados cadastros de inadimplentes.

O Código de Processo Civil consagra o princípio da adstrição do juiz ao pedido formulado pelas partes. O artigo 128 impõe os limites a serem respeitados pelo juiz na sentença: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Também nesse sentido o artigo 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado”.

Ora, *in casu*, percebe-se uma evidente ilegalidade. Os fatos levantados como *causa petendi* pela apelada na exordial não coincidem em absoluto com os argüidos para fins de fundamentar a sentença.

Não é lícito ao julgador alterar o pedido, tampouco a causa de pedir. Tais alterações, acaso aceitas, podem dar ensejo a sérias injustiças. Coloca-se em risco a garantia do contraditório e da ampla defesa do demandado, na medida em que não lhe é oportunizado manifestar-se sobre os fatos fundantes da decisão.

As decisões dos tribunais pátrios têm confirmado esta corrente de pensamento: “Processual. Alteração da *causa petendi*. Julgamento *extra petita*. Inadmissibilidade. CPC, artigos 128 e 460”¹. E ainda: “Caracteriza-se como *extra petita* a sentença que concede a segurança com base em causa de pedir diversa daquela invocada pelo impetrante como fundamento do seu pedido”².

Destaca-se que a mencionada irregularidade está arrolada dentre as hipóteses que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, porquanto serem atinentes a assunto de ordem pública, na forma do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

E, uma vez reconhecida, dá ensejo a sérias implicações processuais. Acerca do assunto, tem-se o seguinte julgado desta Turma Recursal: “Reclamação reduzida a termo — Ação possessória sobre bem imóvel — Reintegração de posse — Condenação ao pagamento do débito — Decisão *extra petita* — Nulidade do feito. Provimento do recurso [...] *A sentença extra petita é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em juízo (ex.: a sentença de natureza diversa da pedida ou que condena em objeto diverso do que fora demanda-*

1 TJSC. Ap. Cív. n. 1997.007626-6, de Tubarão, rel. Des. Newton Trisotto.

2 STJ. REsp n. 213.354, Min. Felix Fischer.

do). *O Tribunal deve anulá-la* (RT 502/169)³.

Isso posto, indubitável a nulidade do processo a partir da decisão que julgou a pretensão deduzida, em face da sua incursão no terreno da hipótese sequer proposta pela reclamação da ora recorrida, devendo os autos retornar ao Juízo *a quo* a fim de que nova sentença seja proferida.

III — Decisão

A 1ª Turma de Recursos Cíveis e Criminais do Estado de Santa

3 Recurso Cível n 3.087, de São José, rel. Juiz Dionízio Jenczak.

Catarina, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe provimento, declarando a nulidade do processo a partir da sentença de primeiro grau, inclusive, determinando o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para nova decisão.

Custas e demais ônus, ao final.

Florianópolis, 27 de maio de 2004.

Rejane Andersen,

Juíza Presidente;

Jaime Luiz Vicari,

Juiz Relator.

SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL N. 2.204/02, DE BLUMENAU

Relator: Juiz Luiz Felipe Siegert Schuch

Ação de cobrança — Contrato de seguro — Automóvel — Negativa de pagamento do seguro — Condutor não habilitado — Cláusula excludente de cobertura — Prova suficiente da ausência de habilitação — Julgamento com base na equidade e atentando para as circunstâncias reais (art. 1.456, CCB), prestigiando o princípio da boa-fé nos contratos securitários (art. 1.443, CCB) — Pedido improcedente — Apelação provida — Sentença reformada.

O segurado, responsável pela guarda do veículo objeto do contrato de seguro, assume a responsabilidade pelo agravamento do risco e dá causa ao descumprimento do contrato (art. 1.454, CCB) quando permite que terceiro, no caso o próprio filho, venha a conduzir o veículo sem possuir a devida habilitação, dando cau-

sa ao acidente por manifesta imperícia, mormente quando tal conduta se constitui em infração gravíssima ao Código de Trânsito Brasileiro (art. 162, I, CTB).

A prova da falta contratual ainda se evidencia mais no caso concreto, na medida em que o condutor inabilitado, sem motivo aparente, perde o controle do veículo em via pública de linha reta e iluminada, ultrapassa a calçada e colide com uma placa situada às margens da rodovia, demonstrando de forma clara a falta de domínio do veículo automotor.

Precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: Ap. Cív. n. 42.158, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 9-9-1993.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2.204/02, da comarca de Blumenau, em que é apelante Sul América Cia. Nacional de Seguros e apelados Claudete Massuchin Percebon e Luiz Carlos Percebon:

ACORDAM, os Juízes da Segunda Turma de Recursos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso para reformar a sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido inicial.

Custas *ex lege*.

I — Relatório

Claudete Massuchin Percebon e Luiz Carlos Percebon aforaram ação de indenização de seguro contra Sul América Cia. Nacional de Seguros, perante o Juizado Especial Cível da comarca de Blumenau, pela qual postulam o recebimento de seguro efetua-

do em veículo de sua propriedade. Sustentam que, sem o seu conhecimento, o filho dos requerentes, então com dezesseis anos de idade e inabilitado, subtraiu as chaves do veículo segurado e o saiu conduzindo, acabando por colidir com uma placa após perder o controle do carro. Afirmam que desconheciam a conduta do menor e que não lhe permitiram conduzir o automóvel, sendo injustificada a negativa da apelante em pagar o seguro contratado.

Designada audiência de conciliação, instrução e julgamento, nesta compareceram as partes, oportunidade em que o acionado, por intermédio de advogado constituído, ofertou contestação escrita, juntando documentos e requerendo a produção de provas, na qual sustenta a falta de habilitação do condutor no momento do acidente, causa de exclusão da cobertura do seguro.

Rebatida a contestação na própria audiência, colhidos os depoimen-

tos pessoais dos apelados, não havendo outras provas, suprimidas as alegações finais sem manifestação das partes, seguiu-se o julgamento, concluindo pela procedência integral do pedido inicial.

Contra esse veredicto recorreu a apelante, insistindo na correção da recusa ao pagamento, entendendo estar provada a causa excludente da obrigação da seguradora, ou seja, a falta de habilitação do condutor do veículo sinistrado.

Contra-razões às fls. 97 a 104, sustentando a validade do feito e o acerto da decisão objurgada.

II — Voto

Estabelece o art. 1.454 do Código Civil, disciplinando o contrato de seguro, que, “enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”.

Consoante ensinança de J. M. de Carvalho Santos, “o Código é bem claro e categórico: o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, isto é, da prática de qualquer ato ou fato que importe modificação agravante do estado de perigo, previsto ao tempo da estipulação. O que se justifica, precisamente porque, de outra forma, estaria destruída a equivalência objetiva da prestação, que deveria subsistir pelo prazo integral da duração do contrato, não se

tornando nunca que possa estar no arbítrio de uma parte contratante agravar a situação da outra”¹.

A análise dos autos deixa evidenciado ser ponto incontroverso a existência de um contrato de seguro entre as partes, bem como a ocorrência de um acidente envolvendo o veículo segurado, em data de 4 de agosto de 2001, na cidade de Gaspar/SC.

Toda a celeuma reside no fato de o condutor do veículo, filho dos segurados, estar inabilitado para dirigir quando ocorreu o acidente.

Sentenciando o feito, entendeu o Juízo *a quo* que, não sendo o acidente causado por fato dos segurados, mas por terceiro, impossível imputar aos apelados o agravamento do risco, sendo então devido o pagamento do seguro estipulado, razão pela qual culminou por julgar procedente o pedido exordial.

Contudo, perscrutando com mais vagar a prova colhida, tenho que solução inversa se mostra mais adequada ao caso vertente.

Constata-se, pelo croqui de fl. 28, que o veículo segurado trafegava à noite em uma via asfaltada de duas pistas, com iluminação, em trecho de linha reta e em boas condições, estando o piso seco (fl. 25), não sendo detectado ou referido nenhum problema mecânico no carro.

1 SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Vol. XIX, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 340.

Nesse passo, não se vislumbra, a princípio, nenhum motivo para o acidente, o qual consistiu simplesmente na perda do controle direcional do automóvel por parte de seu condutor, vindo a colidir com uma placa às margens da pista.

Mas o motivo existiu, e os segurados com ele contribuíram de forma decisiva.

Isso porque restou comprovado, e mesmo confirmado pelos apelados, que o condutor do veículo era seu filho menor Leandro Alberto Percebon, com 16 anos de idade, o qual não possuía Carteira Nacional de Habilitação — CNH, documento indispensável para a direção de automóveis com uma garantia mínima de segurança.

Nesse passo, a forma como se deu o acidente demonstra de forma cabal que o condutor não somente carecia de habilitação legal, como também era inexperiente e não dominava de forma satisfatória a máquina que conduzia, sendo este fator preponderante para o infortúnio noticiado.

A alegação dos apelados de que estavam em uma festa na noite dos fatos com a chave principal do veículo sinistrado de um lado não encontra nenhum adinículo de prova nos autos, de outro, é ainda palco de contradições entre os próprios recorridos. Enquanto Claudete Massuchin Percebon (fl. 44) afirmou que “na noite dos fatos a chave principal do veículo estava com o marido da declarante”, o referido marido Luiz Carlos Percebon (fl. 45) atestou categoricamente que “na noi-

te dos fatos a chave do veículo estava, segundo o declarante se recorda, numa bolsa da esposa Claudete”. Com quem estava a chave?

De todo modo, sendo os recorridos pais de adolescentes, jovens, e já tendo permitido ao filho menor a condução do veículo, conforme relatou Claudete (fl. 44), mesmo que para manobrá-lo nas proximidades da residência, estavam cientes do interesse do filho em aprender a dirigir, razão pela qual redobrada era a obrigação de manter vigilância sobre o automóvel segurado, notadamente em razão de cláusula contratual expressa prevendo a exclusão da cobertura em caso de o “sinistro ocorrer e o veículo estiver sendo dirigido por pessoa não legalmente habilitada” (cláusula 2.4, d — fl. 77).

Destarte, não tendo os segurados mantido a guarda adequada do veículo segurado e de suas chaves, permitindo que menor não habilitado o conduzisse em via pública, dando causa ao acidente por sua exclusiva culpa, incide a cláusula que isenta a seguradora de cumprir o contrato firmado, diante do inegável agravamento do risco (art. 1.454, CCB).

Nesse sentido já decidiu a Corte catarinense:

“Seguro de automóvel — Permitir o proprietário segurado que seu filho menor não habilitado dirija automóvel sinistrado — Admissão expressa que o menor já haja feito uso do veículo — Falta de cautela na guarda

das chaves durante repouso — Seguradora isenta da obrigação de indenizar — Apelação desprovida.

“Permitindo que o veículo fosse dirigido por pessoa inabilitada legalmente para tanto, o segurado afastou-se do pacto asseguratório, que de forma expressa previa a hipótese, isentando a seguradora da respectiva indenização” (Ap. Cív. n. 42.158, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 9-9-1993).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Segunda Turma de Recur-

sos — Blumenau (SC), à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de indenização.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Juiz Rubens Schultz, e dele participou, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Juiz Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Blumenau, 18 de fevereiro de 2003.

Rubens Schultz,

Presidente;

Luiz Felipe Siegert Schuch,

Relator.

TERCEIRA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.848/2004, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Juiz Marcio Rocha Cardoso

Competência — Cobrança — Cumprimento da obrigação — Autor hipossuficiente — Possibilidade do manejo da ação no seu domicílio.

Em se tratando de ação que busca a cobrança de resultado de obrigação não cumprida, a competência se estabelece no local onde deve ser ela satisfeita, admissível, no caso, a modificação da regra geral do art. 327 do CC pelas circunstâncias que circundaram o negócio. Ademais, em se tratando de autor agricultor, residente em remota localidade, sendo patentemente hipossuficiente, factível o direcionamento da ação em seu domicílio, isso objetivando preservar a parte mais fraca da relação contratual.

Cobrança — Venda de bois para abate — Pagamento a quem não tinha poderes para receber — Ofensa ao art. 308 do CC.

O devedor, para não se sujeitar ao dever de “pagar duas vezes” deve adimplir suas obrigações àquele titular do efetivo direito ou a quem tenha poder expresso para representá-lo, sob pena da incidência do aforismo “quem paga mal, paga duas vezes”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1.848/2004, da comarca de São Miguel do Oeste, em que é apelante Alciones Roberto Scoz — ME e apelado Lari Darci Siebeneichler:

ACORDAM, em Terceira Turma de Recursos, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, condenando a apelante nas custas e verba honorária, fixada esta em 20% sobre o valor da condenação (art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95).

II — Voto

Tratam os autos de ação de cobrança deflagrada por Lari Darci Siebeneichler contra Alciones Roberto Scoz — ME, dizendo, em apertada síntese, ter vendido dois bois para o réu pelo preço de R\$ 1.120,00, não se tendo, contudo, cumprido com o valor da obrigação.

Após regular instrução, foi o feito julgado procedente, condenando-se a ré a pagar o importe de R\$ 1.120,00 com as atualizações previstas na sentença (fls. 63 a 65). Registra-se que em preliminar foi rejeitada a exceção de incompetência *ratione loci* deflagrada pela ré.

Em relação à competência para apreciação da matéria, insiste a ape-

lante na necessidade da aplicação do comando do art. 4, I, da Lei dos Juizados Especiais que prevê o seu domicílio como regra.

Efetivamente, está-se diante de um caso em que se busca o cumprimento de uma obrigação estabelecida (compra e venda dos bois), o que atrai a aplicação do art. 4º, II, da Lei n. 9.099/95. O referido artigo apenas repete a regra geral estampada no art. 100, IV, *d*, do CPC.

Há de se perguntar, na situação posta na inicial, o que se pode entender como lugar onde a obrigação deve ser satisfeita (art. 4º, II, da Lei n. 9.099/95).

Evidentemente, como ensinam Agrícola Barbi (Comentários ao CPC, vol. I, 8ª ed., 1993, Forense, p. 277 e 278) e Edson Prata (Comentários ao CPC, vol. II, tomo I, Forense, 1987, p. 356), “a obrigação deve ser satisfeita na praça de pagamento constante do contrato”. Ora, não constando do contrato a praça de pagamento, recorre-se, já que a compra se deu sob a égide do novel Código Civil, à regra do art. 327 do referido diploma legal. Lá se estabelece, repisando a regra do antigo art. 950 do CC de 1916, que *o pagamento de dará no domicílio do devedor, salvo se as partes convençionarem, ou se o contrário resultar das circunstâncias.*

Portanto, em princípio, não havendo cláusula contratual, a dívida seria *querable* com dever de adimplemento no domicílio do devedor, no caso, Rio do Sul, onde está sediada a apelante.

Isto, em princípio!

Vê-se do documento juntado pela própria apelante à fl. 28 e pelo conteúdo de sua contestação (fl. 19) que os valores referentes aos pagamentos dos compradores estavam na conta de Enori Sonda (intermediário da negociação), na agência n. 1385-4 do Banco do Brasil. Ora, simples consulta ao *site* www.bancobrasil.com.br aponta que a conta em referência está sediada na cidade de Descanso/SC; assim, vê-se que, pelas circunstâncias do negócio, o adimplemento foi deslocado para local diverso do domicílio da apelante, mais próximo ao do apelado, transformando-se a obrigação em *portable*.

Assim, portanto, correta a competência estabelecida.

Ademais, não se pode admitir que a regra de competência em questão (art. 4º da Lei n. 9.099/95) venha a prejudicar a parte mais fraca da relação jurídica, constituiria verdadeiro *summum ius summum injuria* exigir que o autor, simples agricultor, residente no interior do município de Paraíso, Distrito de Grápiá, viesse a demandar a apelante, empresa, como ela mesmo o afirma à fl. 17 atuante há mais de 10 anos no mercado, o que demonstra sua superioridade na relação contratual.

Ainda que não haja relação de consumo propriamente dita no negócio alvo do apelo, há de se mencionar que a tendência atual é relativizar as regras de competência com o fito de se preservar a situação daquele mais fraco no contrato.

Ao tratar do princípio da ordem pública, assevera o renomado Werson Rêgo:

“O Estado não se limita a interpretar os contratos realizados em massa, mas manifesta-se também através da imposição de cláusulas contratuais em favor do mais fraco e proibição de certas condutas que uma vez presentes, são anuladas ou tornadas ineficazes quando pouco equitativas.

[...]

“Conseqüentemente, vai-se conferindo menos importância à posição abstrata do sujeito de relação jurídica na sistematização dos problemas, voltando-se o Estado a sua atenção ao raciocínio contratual que confere maior peso aos argumentos relativos à vulnerabilidade, pobreza e hipossuficiência de uma das partes” (*in* O Código de proteção e defesa do consumidor, a nova concepção contratual e os negócios imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40 e 41).

O culto Des. Trindade dos Santos, ainda que referindo-se ao Codecon, ensina que “A simples disparidade de poderes na contratação é suficiente para que se empreste proteção ao economicamente mais fra-

co, considerando-se que o CDC não há que ser visto como um microsistema restrito meramente às típicas relações de consumo, com as normas nele inseridas, ao contrário, constituindo-se em normas de direito obrigacional comum, incidentes sempre que presente uma situação de vulnerabilidade” (Agravo de Instrumento n. 2001.016602-0, de Sombrio, julgado em 9-5-02).

Assim, ainda que não fosse aplicável o comando do art. 4º, II, da Lei n. 9.099/95 (o que não é o caso dos autos), adequado o manejo da ação no domicílio do autor, por ser a parte mais fraca da relação contratual, aplicando-se, subsidiariamente, por interpretação extensiva, o art. 101, I, do Codecon.

Em relação à preliminar de cerceamento de defesa, da mesma forma esta deve ser rejeitada.

É que os princípios dos arts. 5º e 33 da Lei n. 9.099/95 autoriza a dispensa da prova quando esta for desnecessária para o deslinde da causa. A regra em questão é corolário óbvio do art. 330, I, do CPC. Segundo o acórdão estampado na RTJ 115, à p. 78, da lavra do Ministro Francisco Resek, a “necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado”.

A grande verdade — e esta não é negada pela apelante — é que comprou as duas cabeças de gado do apelado, conforme se vê das notas de fls. 7 e 8, sendo que efetuou o pagamento para um intermediário, um tal de Enori Sonda, que não repassou o valor para quem devia receber.

A regra do art. 308 do Código civil é cristalina, sendo que o pagamento deve ser feito ao *credor ou a quem de direito o represente*. No caso, incide a regra “*quem paga mal, paga duas vezes*”.

Já se decidiu:

“Cobrança. Cambiais prescritas. Pagamento. Ônus do devedor. Recibo. Inexistência. Inteligência do artigo 940 do CC. Pedido acolhido. Apelo desprovido.

1 — “A prova do pagamento é a quitação, passada pelo credor, no próprio título ou em documento separado, com referência expressa ao valor pago, ao nome de quem pagou, tempo e lugar do pagamento” (Ap. Cív. n. 1997.004189-6, de Urubici, rel. Nilton Macedo Machado).

2 — “Ademais, se as cópias estão em poder do credor, é porque presumivelmente não foram quitadas, ou, se o foram, o pagamento foi realizado de modo inadequado, pelo que de se aplicar à hipótese o princípio assente segundo o qual ‘quem paga mal paga duas vezes’” (Ap. Cív. n. 1998.002835-3, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Deveria a apelante, já estabelecida no ramo há mais de 10 anos,

como afirma no apelo, ter-se munido de instrumentos que demonstrassem ter o intermediário poderes de representação, podendo, pois, dar quitação dos valores devidos.

Salienta, a respeito, Lauro Muniz Barreto:

“Segundo Carnelutti, o pagamento é um ato devido, e, com ele, o devedor exonera-se da obrigação. Pagando, precisa comprovar a sua liberação por forma a que não subsista dúvida de que cumpriu a obrigação. Por isto, a lei exige ato do credor, que ateste, inequivocamente, que o devedor pagou. A esse ato do credor se denomina “quitação”, também conhecida mais comumente como “recibo”. Esse comprovante do pagamento deve ser escrito, onde conste o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento. É o que se chama uma quitação em devida forma. A quitação também é um ato devido.

“Nesse direito de quitação tem o devedor a proteção da lei, tanto que o Código Civil de 1939 reconhece ao devedor o poder de reter o pagamento, enquanto não lhe for dada a quitação” (Direito Novo da Duplicata, p. 75).

Acerca do pagamento, ainda:

“Em suma: alguém que paga além da taxa legal sem exigir recibo de quitação passado regularmente (art. 940), ou nenhum documento por escrito, ou ainda, obtém um documento qualquer por escrito mas sem a presença de testemunhas, estará sujeito a pagar novamente; se o pagamento for inferior à taxa legal e não exigir

testemunhas, a situação será a mesma” (Nelson Godoy Bassil Dower. Curso Moderno de Direito Civil. Nelpa, vol. 2, p. 149).

Em relação à ofensa ao art. 614, II, do CPC, apenas se refira que tal exigência cinge-se apenas ao processo executivo, não se podendo falar em necessidade de memória em ação de conhecimento, como é o caso dos autos. Ademais, a condenação de fl. 65 se baseou no valor das notas emitidas, com correção pelos índices oficiais da CGJ e juros de mora de 0,50% ao mês.

Voto, pois, pela confirmação da sentença, condenando-se a apelante em custas e verba honorária fixada em 20% sobre o valor da condenação (art. 55 da Lei n. 9.099/95).

III — Decisão

Decide a Terceira Turma de Recursos, à unanimidade, negar provimento ao recurso, condenando a apelante às custas e verba honorária, fixada esta em 20% sobre o valor da condenação (art. 55, *caput*, da Lei n. 9.099/95).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Juiz João Alexandre Dobrowolski.

Chapecó, 18 de agosto de 2004.

Selso de Oliveira,
Presidente, com voto;
Marcio Rocha Cardoso,
Relator.

QUARTA TURMA

APELAÇÃO CÍVEL N. 2.391, DE CRICIÚMA

Relatora: Juíza Gabriela Gorini Martignago Coral

Dano moral. Contratação de serviços de fotografia e filmagem de casamento. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Ausência de prova da culpa exclusiva da consumidora pelo ocorrido. Furto da fita VHS do interior do veículo do filho do fornecedor ao final do expediente da data aprazada como marco final de entrega do serviço. Situação previsível e não excludente de responsabilidade. Negligência quanto à guarda caracterizada. Força maior e caso fortuito afastados. Juros de mora. Responsabilidade contratual. Fluência a partir da citação. Redução do valor arbitrado a título de danos morais. Manutenção da determinação de entrega dos negativos das fotografias tiradas na ocasião, como compensação extra às autoras pela irreparável perda, consistente na impossibilidade de visualizarem as filmagens da boda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2.391, da comarca de Criciúma (Juizado Especial Cível), em que é apelante Edegar Vieira — ME, sendo apeladas Marieloísa Nazário Felipe e Ranúsia Felipe Bez:

ACORDAM, em sessão da Quarta Turma de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e conceder-lhe parcial provimento.

Custas *ex lege*.

As autoras contrataram os serviços do réu para fotografar e filmar a

cerimônia de casamento da segunda, ocorrido em 25-10-02.

Na data aprazada, lá estive o réu para fins de cumprimento da parte inicial do contrato, tendo as autoras posteriormente escolhido, dentre as provas apresentadas, quais as fotos que desejariam encomendar.

A demora na escolha, ônus que cabia ao pólo passivo, não foi provada.

O pacto não foi cumprido no que tange à entrega da fita de vídeo contendo a filmagem da cerimônia, e o réu não logrou demonstrar que os fa-

tos (dentre eles a demora) tenham ocorrido por culpa das autoras — atribuição que lhe cabia.

O que interessa, na verdade, no caso concreto, é que se está diante de uma relação de consumo na qual a responsabilidade é objetiva e somente é excluída na hipótese de caso fortuito ou força maior — na qual não se enquadra o furto de fita VHS do interior de um veículo, situação perfeitamente previsível.

O crime, alias, deu-se na data estabelecida pelo réu (admitida expressamente em contestação) como marco final de entrega do serviço faltante, não se encontrando justificativa plausível para que a fita se encontrasse no veículo de terceiro, justamente depois do expediente do dia em questão (20h30min), em vez de depositada à disposição da consumidora no interior do estabelecimento comercial.

A sentença fica mantida, pois, quanto à culpa, merecendo reparo quanto ao valor da condenação, tido como excessivo em comparação às posses do requerido, ao que tudo indica, um modesto estabelecimento.

Assim, considerando que o valor não deve ser irrisório a ponto de quase nada representar para o ofensor (modesto estabelecimento comercial), tampouco elevado a ponto de caracterizar enriquecimento ilícito para as vítimas (professoras), fica arbitrada a indenização por dano moral em R\$ 5.000,00, à míngua de outros elementos reveladores da capacidade financeira para suportar maior valor.

Ao contrário do pretendido, a responsabilidade *in casu* é contratual e os juros de mora, por tal motivo, devem fluir a partir da citação.

Por derradeiro, como um *plus* em favor das autoras, para que não mais necessitem, caso desejem reproduzir as fotografias da boda ou outras encomendar, submeterem-se aos serviços do réu — para elas tido como falho — mantém-se a condenação no que tange à entrega dos negativos das fotografias, no prazo e forma assinados na decisão monocrática, observando-se inexistir na contestação pedido contraposto no sentido da obtenção de indenização pelo direito autoral, por parte do apelante.

Concede-se parcial provimento ao recurso de apelação e, considerando que o êxito do apelante se deu em parte considerável, descabe condenação em honorários advocatícios.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Juízes Jânio de Souza Machado (vencido este tão-somente quanto aos termos do artigo 406, entendendo aplicável a taxa Selic em vez do percentual de 1% a título de juros de mora reconhecido na sentença) e Vânia Petermann Ramos de Mello.

Criciúma, 13 de maio de 2004.

Gabriela Gorini Martignago Coral.
Presidente e Relatora.

QUINTA TURMA**HABEAS CORPUS N. 26/04, DE JOINVILLE****Relator: Juiz Otávio José Minatto**

Habeas corpus objetivando o trancamento de ação penal. Oferecimento de queixa-crime deflagrada por infração aos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal, ante as “expressões” articuladas na peça contestatória em ação de investigação de paternidade. Decisão que recebe a queixa, designando audiência de conciliação. Ato que caracterizou coação ilegal. Atipicidade da conduta dos querelados. Fatos expostos por advogados, em juízo, indispensáveis à defesa de seu cliente (CF, arts. 133 e 142, I, do CP). Concessão da ordem.

A pretensão ao trancamento da ação penal apresenta-se razoável em vista do contexto em que se encontram as expressões tidas por caluniosas, difamatórias e injuriosas.

Compondo tais escritos a tese de defesa proposta em Juízo, não há falar em crimes contra a honra, diante do art. 133 da Carta Magna, que proclama a “inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício profissional”.

Ante o exposto, cobertos os fatos relatados na queixa-crime pela imunidade judiciária, causa de exclusão do crime, impõe-se a concessão da ordem de habeas corpus para o trancamento da ação penal privada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 26/04, da comarca de Joinville (JECr), em que são pacientes W. M. M., C. A. da S. L. e D. R. G.:

ACORDAM, em Quinta Turma de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer e conceder a ordem de *habeas corpus*.

I — Relatório

Dispensado o relatório na forma do art. 46 da Lei n. 9.099/95.

II — Voto

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Trata a espécie de *habeas corpus* impetrado pelo advogado W. M. M., em causa própria, e em favor de C. A. da S. L., também advogado, e de D. R. G., pretendendo o trancamento da ação penal ajuizada por J. de F. V. contra os pacientes, por absoluta falta de justa causa (art. 133, CF/88, art. 142, I, do CP e art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB), ou então que seja suspensa, liminarmente, a audiência conciliatória aprazada.

O parecer ministerial da lavra do eminente Promotor de Justiça César Augusto Grubba bem enfocou a questão, impondo-lhe a solução adequada, razão pela qual o adoto como razões de decidir (fls. 68 a 73), passando a transcrevê-lo:

“[...] Da possibilidade de concessão da ordem para o trancamento da ação penal ou de inquérito policial, bem como a partir da vigência da Lei n. 9.099/95, de Termo Circunstanciado.

“Segundo Julio Fabbrini Mirabete “[...] Para o deferimento do pedido fundado na falta de justa causa é necessário que ela resulte nítida,

patente, incontroversa, translúcida, não ensejando uma análise profunda e valorativa da prova. Assim, como o trancamento do inquérito policial representa medida excepcional, somente é cabível e admissível quando desde logo se verifique a atipicidade do fato investigado ou a evidente impossibilidade de o indiciado ser seu autor’ [...]”.¹

“É também o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça:

“[...] A falta de justa causa só pode ser reconhecida em sede de *habeas corpus* quando, com o só exame perfunctório dos elementos de prova até então coletados, exsurgir a atipicidade do fato ou a ausência de indícios da autoria”.²

“Os fatos:

“A queixa-crime acostada às fls. 28 a 33 imputa aos impetrantes a prática de crimes tipificados nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação) e 140 (injúria), todos do Código Penal.

“Descreve, assim, a conduta delituosa:

“A autora também não falou no namorado efetivo que mantinha e que a acompanhava até a porta do prédio em que trabalhava e que, em várias

1 MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado, 2ª ed., 1994, Ed. Atlas, p. 758.

2 *Habeas Corpus* n. 97.004122-5, de Chapecó, rel. Des. José Roberge, publicado no DJSC n. 9.746, de 17-6-1997, p. 17.

oportunidades, foi visto pelas demais funcionárias dirigir-se com ela ao apartamento em que morava. Este, sim, possivelmente seja o pai de suas filhas.

‘Por isso, também invoca a *exceptio plurium concebentium*, já que a autora J. de F. não levava uma vida de moça honesta e recatada à época da concepção. Durante a instrução o réu provará os fatos ora alegados com a prova testemunhal que produzirá oportunamente, se julgar necessário’.

‘Importa esclarecer que o trecho acima, objeto da queixa-crime oferecida contra os impetrantes, foi extraído da petição de fls. 36 a 43 (v. fls. 7 e 8), oferecida pelo paciente D. R. G., representado pelos advogados doutores C. A. S. L. e W. M. M., em contestação oferecida na ação de investigação de paternidade aforada pela queixosa, bem como representando suas filhas impúberes.

‘Inicialmente, de se afastar, de plano, a imputação contida na queixa-crime, do crime de calúnia previsto no art. 138 do Código Penal, *verbis*: ‘Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime’.

‘Ora, o tipo penal não deixa margem a dúvidas, é necessário e imprescindível para a sua caracterização que se atribua, se impute a outrem, falsamente, a prática de crime, o que não é o caso dos autos.

‘É a própria queixosa quem afirma na queixa-crime que ‘No dia 8-3-02, a requerente tomou ciência de afirmações ofensivas a sua honra, pela

carga dos autos de investigação de paternidade [...]’ (v. fl. 28).

‘Desta forma, ‘Inexistindo no escrito incriminado fato definido como crime não se configura a calúnia, visto que na falsa acusação que ela consubstancia há necessidade de que se exponha a ação do ofendido a algum delito previsto na lei penal’ (RT 567/339).

‘Tais fatos já são motivos mais do que suficientes para determinar-se o trancamento da ação penal contra os pacientes pela imputação do crime de calúnia do art. 138 do Códex punitivo.

‘Quanto aos crimes de difamação e de injúria previstos nos artigos 139 e 140, ambos do Código Penal:

‘Ao discorrerem sobre as condições da ação, quais sejam, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, dizem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, que os mesmos devem existir simultaneamente para que possa, legitimamente, exigir o provimento jurisdicional. Faltando uma só das condições, diz-se que o autor é carecedor desta. Concluem os autores: ‘É dever do juiz a verificação da presença das condições da ação e de procedibilidade o mais cedo possível e de ofício. Nesse caso, trancará a ação penal, por ser o autor dela carecedor. Se, no entanto, não o fizer, nem na sentença final, o processo será nulo *ab initio* (art. 564, II, do CPP)’ (Nulidades no Processo Penal, SP, Malheiros, p. 57).

“Ora, no caso presente, os pacientes nada mais fizeram do que oferecer contestação na ação de investigação de paternidade aforada pela queixosa, sendo que as afirmações, que se entendeu ofensivas à honra da queixosa, guardam correlação com os fatos discutidos na ação, isto é, com a paternidade que é negada pelo contestante.

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 133, tornou o advogado ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’. Assim, a imunidade judicial dos advogados, com o advento da Constituição Federal, tornou-se muito mais abrangente, compreendendo não só a difamação e a injúria, como se vê do art. 142, inciso I, do Código Penal, como também a calúnia, consoante pacífico entendimento jurisprudencial.

[...]

‘O advogado que, agindo em estrito cumprimento do dever legal e na defesa de seu cliente, se limita a mencionar fatos indispensáveis à fundamentação da tese proposta em Juízo, não pratica crime contra a honra, pois, segundo o art. 23, II, do CP e art. 133 da CF, a intenção de defender exclui a de caluniar’ (RJDTACrim 14/221).

‘O art. 133 da Constituição da República de 1988, que proclamou a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício profissional, recepcionou e incorporou o art. 142, I, do CP à nova ordem constitucional’ (STJ, RT 773/528).

“Julio Fabbrini Mirabete, ao discorrer sobre as causas de exclusão de crimes contra a honra previstas no art. 142 do Código Penal, ensina que: ‘A primeira hipótese prevista na lei é a chamada imunidade judiciária, com o intuito de assegurar às partes e aos seus procuradores em juízo a maior liberdade na defesa judicial de seus interesses, mas cabível apenas nos crimes de difamação e injúria. A expressão *parte* contida na lei inclui o autor, o réu, o oponente, o litisconsorte, o interveniente, o assistente, o chamado à autoria, o terceiro prejudicado que recorre, o devedor e o credor na falência, os interessados no inventário e o representante do Ministério Público, tanto nos processos criminais como civis’³.

“A jurisprudência a respeito:

‘As ofensas irrogadas por uma das partes à parte *ex adversa*, desde que proferidas na discussão da causa e nos limites previstos em lei, não são puníveis, pois, embora tais fatos possam constituir crime contra a honra, estão cobertos pela imunidade prevista no art. 142, I, do CP’ (RT 741/630).

“Ante o exposto, em razão da atipicidade dos fatos relatados na queixa-crime, eis que cobertos pela imunidade judiciária, causa de exclusão do crime, o parecer é pelo trancamento da ação penal privada”.

Em face das razões arroladas, conclui-se pelo conhecimento e pela

3 MIRABETE, Julio Fabbrini, *in*, Código Penal Interpretado, Atlas, p. 800.

concessão da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

III — Decisão

Ante o exposto, por unanimidade de votos, decidiu a Quinta Turma de Recursos — Joinville (SC), conhecer e conceder a ordem de *habeas corpus*.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Juiz Alexandre Moraes da Rosa.

Joinville, 19 de abril de 2004.

Antonio Zoldan da Veiga,
Juiz Presidente;
Otávio José Minatto,
Juiz Relator;
César Augusto Grubba,
Promotor de Justiça.

SEXTA TURMA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N. 299, DE CURITIBANOS

Relator: Juiz José Everaldo Silva

Recurso em sentido estrito. Crime ambiental. Denúncia ofertada contra pessoa jurídica. Rejeição. Responsabilidade penal da empresa infratora reconhecida. Inteligência do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei n. 9.605/98. Bem jurídico tutelado. Patrimônio ambiental. Interesse da coletividade em busca da saudável qualidade de vida. Solução dada pela moderna orientação doutrinária para coibir a degradação do meio ambiente, cuja incidência é cada vez maior na atualidade. Estrutura complexa dos entes coletivos. Prevenção de eventuais isenções de responsabilidade a cargo do Direito Penal. Impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade à pessoa jurídica. Irrelevante diante das penas arroladas nos artigos 21 a 23 da Lei n. 9.605/98. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada.

Os princípios da individualização da pena, da responsabilidade pessoal e culpabilidade, não afastam o princípio da proteção ao meio ambiente, que preconiza a responsabilidade penal da pessoa jurídica, os quais com o advento da Lei n. 9.605/98 coexistem através da interpretação sistêmica da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito n. 299, da comarca de Curitiba (Vara Criminal, Infância e Juventude), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelada S.A. Fósforos Gaboardi:

ACORDAM, em sessão da Sexta Turma de Recursos Cíveis e Criminais em Lages, por maioria de votos, conhecer e dar provimento ao recurso, a fim de que seja recebida a denúncia em desfavor da empresa S.A. Fósforos Gaboardi. Vencido o Exmo. Sr. Juiz Stanley da Silva Braga, no sentido de manter integralmente a decisão recorrida, o qual fará declaração do seu voto em separado.

Na comarca de Curitiba, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra S.A. Fósforos Gaboardi, acusada de praticar o crime previsto no artigo 46, *caput*, da Lei n. 9.605/98.

A decisão recorrida proferida pelo MM. Juiz *a quo* não recebeu a denúncia. Sustentou que “se pretendesse o legislador realmente contemplar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o teria previsto conjuntamente com os princípios constitucionais atinentes ao direito penal, isto de forma explícita”.

Dessa decisão, houve recurso por parte do representante do Ministério Público, no sentido de que fosse recebida a denúncia, visto que encontra amparo na Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, e no artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais.

Contra-razoado, o recurso foi remetido ao Tribunal de Justiça, que não o conheceu, determinando a remessa dos autos a esta Turma de Recursos por tratar-se de delito de menor potencial ofensivo.

Vieram os autos a este Colegiado.

O órgão do Ministério Público, oficiante nesta Turma, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relato.

Trata-se de recurso em sentido estrito contra decisão que rejeitou a denúncia ofertada contra S.A. Fósforos Gaboardi.

A questão fulcral do presente recurso consiste na possibilidade ou não da pessoa jurídica de ser responsabilizada penalmente.

A Lei Maior assim prevê, em seu artigo 225, § 3º:

“Art. 225 [...]

“§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Observa-se nesse artigo o motivo pelo qual o presente recurso merece provimento.

Além da Constituição Federal, há também a Lei de Crimes Ambientais, assim dispondo:

“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Nos dias atuais, a proteção ao ecossistema torna-se cada vez mais imprescindível. Assim, a preservação do meio ambiente é uma das maiores prioridades humanas, com intuito de resguardá-lo de atividades lesivas. Para tanto, compete ao Poder Judiciário impedir que fiquem impunes os que degradam a fauna e a flora.

Nessa linha de raciocínio é o entendimento doutrinário de Eládio Lecey:

“Como interesse juridicamente tutelado, consoante acentua a norma constitucional brasileira (art. 225), o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à qualidade de vida a ponto de impor-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às futuras gerações. Bem de tal extrema importância não pode ficar alheio ao Direito Penal, cujas regras devem estender-lhe proteção. [...] Sabidamente, os mais graves atentados ao meio ambiente são causados pelas empresas, pelos entes coletivos. Em razão de serem cometidos no âmbito das pessoas jurídicas, surge extrema dificuldade na apuração do (ou dos) sujeito(s) ativo(s) de tais delitos. A complexidade dos interesses em jogo na estrutura das empresas pode levar à irresponsabilidade

organizada dos indivíduos. A diluição da responsabilidade não raro é buscada deliberadamente, com a utilização de mecanismos colegiados de decisão. [...] Deve-se, portanto, na responsabilização do sujeito ativo das infrações através da pessoa jurídica, dar especial atenção à figura do dirigente. [...] A par da responsabilização do dirigente, seja como autor ou coautor, seja como partícipe, impõe-se a criminalização da pessoa jurídica para que, na restrita imputação à pessoa natural, não acabe recaindo a responsabilidade, como de regra, sobre funcionários subalternos que, na maioria das vezes, temendo represálias, não incriminam seus superiores. Ou porque, punindo-se apenas o indivíduo, pouco importaria à empresa que um simples representante, ou ‘homem de palha’ sofresse as consequências do delito, desde que ela, pessoa jurídica, continuasse desfrutando dos efeitos de sua atividade atentatória. Bem andou, pois, nossa Constituição de 1988 ao estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica nas infrações contra o meio ambiente (art. 225, § 3º). O legislador infraconstitucional, finalmente, recepcionou a norma da Carta Magna, consagrando a criminalização da pessoa coletiva nesses delitos (Lei 9.605/98, art. 3º) [...]” (“Direito Ambiental em Evolução. Editora Juruá, 2ª ed., 2002, p. 45 a 49, organizado por Vladimir Passos de Freitas)

No que se refere ao artigo 3º da Lei n. 9.605/98, a lição de Ney de Barros Bello Filho encaixa-se perfeitamente ao caso concreto:

“[...] não é crível que a Constituição tenha sugerido a responsabilidade administrativa e cível para as pessoas jurídicas e a responsabilidade penal apenas para as pessoas físicas. É plenamente compatível com os princípios constitucionais da culpabilidade e da individualização da pena a moderna tendência insculpida na Constituição Federal e na Lei n. 9.605/98 de criminalizar condutas e responsabilizar por suas atividades os entes morais. Por outro lado, ainda é forçoso concluir ser irrespondível o argumento de que, se não fora para criminalizar condutas das pessoas jurídicas, para que se haveria de inserir no texto a norma do § 3º? O Legislador não se utiliza de palavras inúteis, razão pela qual é estreme de dúvida que a CF nada mais fez do que reconhecer e admitir o princípio da responsabilidade penal da pessoa jurídica [...]” (Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: Comentários à Lei n. 9.605/98, 2ª ed., Brasília Jurídica, 2001, p. 60).

Dessa forma, é também a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Recurso em sentido estrito — Crime ambiental — Rejeição da denúncia em que figurava pessoa jurídica como parte passiva em delito penal — Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98) que admite expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica — Recurso provido.

“A Lei dos Crimes Ambientais inovou o Direito Brasileiro quando admitiu, expressamente, a responsabili-

dade penal da pessoa jurídica para coibir e penalizar os chamados crimes de dano ao meio ambiente cometido por empresas.

“Necessário atender ao rigorismo pretendido pela legislação em relação ao infrator que provoca danos ao meio ambiente, seja pessoa física ou jurídica, resguardando, com isso, o direito constitucional que garante qualidade de vida ambiental a todos” (RC n. 2002.022917-8, de Curitiba, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

Com respeito ao argumento referente à incompatibilidade do artigo 225, § 3º, com o princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLV, ambos da Constituição Federal, colhe-se o seguinte ensinamento:

“O art. 225, § 3º, da CF não se choca com o art. 5º, XLV, que diz: ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. A Constituição proíbe que a família de um condenado — pessoa física — possa ser condenada somente porque um de seus membros sofreu uma sanção ou que alguém se apresente para cumprir pena em lugar de outrem. Contudo, o mandamento constitucional não excluiu da condenação penal uma pessoa que seja arrimo de família. A sanção penal poderá ter reflexos extra-individuais legítimos, pois

não se exige que o condenado seja uma ilha, isolado de todo relacionamento” (Direito Ambiental Brasileiro. Paulo Affonso Leme Machado, p. 665).

Quanto à sustentação concernente à impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, diante da impossibilidade da aplicação de pena privativa de liberdade ao ente coletivo, é de ser afastada, visto que, no sistema penal vigente, esta não é a única forma de sanção aplicável ao delinqüente.

Ademais, a Lei n. 9.605/98 arrola as sanções aplicáveis à empresa infratora, nos artigos 21 a 23, pela prática de crime ambiental, ficando estreme de dúvida a possibilidade do cumprimento das referidas penas pelo ente coletivo.

Assim, constata-se que o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 3º da Lei de Crimes Ambientais estão em consonância com a moderna orientação doutrinária e com o princípio da preservação do meio ambiente tutelado pela Carta Magna. Por conseguinte, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser relegada por dogmas da teoria clássica do Direito Penal, pois o bem jurídico tutelado nesta espécie de delito é o patrimônio ambiental, interesse maior da coletividade na busca de uma saudável qualidade de vida.

Por essas razões, a Sexta Turma de Recursos decide, por maioria de votos, conhecer e dar provimento ao recurso, para que a denúncia ofertada seja recebida em desfavor da empresa S.A. Fósforos Gaboardi.

Participou do julgamento, com voto vencedor, O Exmo. Sr. Juiz Luiz Neri Oliveira de Souza, sendo vencido o Exmo. Sr. Juiz Stanley da Silva Braga, que fará declaração do seu voto em separado.

Lages, 26 de maio de 2004.

*José Everaldo Silva,
Presidente e Relator.*

*Declaração de voto vencido do
Exmo Sr. Juiz Stanley da Silva Braga:*

Se o crime, por definição, consiste em uma ação, positiva ou negativa, o destinatário da norma de caráter penal somente poderá ser todo aquele que, por culpa ou dolo, realize uma ação proibida ou se omita em realizar ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, incumba-lhe o dever de praticar o ato ou abster-se de fazê-lo.

Votei vencido por dissentir da douda maioria e, conseqüentemente, de significativa e respeitosa corrente doutrinária que acolhe a possibilidade de aplicação de reprimenda de caráter penal às pessoas jurídicas, pois embora considere que a pessoa jurídica seja entidade jurídica resultante de um agrupamento humano organizado, estável, que visa aos fins de utilidade pública ou privada e que sua personalidade jurídica seja completamente distinta dos indivíduos que a compõem, ainda que ela seja capaz de exercer direitos e contrair obrigações em seu nome próprio, ao meu

sentir, a pessoa jurídica não apresenta, logicamente, condições de, por si mesma ou em conjunto com seus prepostos, delinquir.

Verifico, na prática, que os crimes ambientais são cometidos, invariavelmente e de outra forma não poderia ser, por atos de prepostos das pessoas jurídicas os quais visam, em última análise, a um benefício próprio mediato, ainda que o benefício imediato, aparentemente, seja em favor do patrimônio da pessoa jurídica.

Ora, adotar a teoria da responsabilidade objetiva em sede de sistema penal abre precedente temerário e em desconformidade com toda a construção teórica existente e consagrada nas diversas legislações em vigor.

A responsabilidade criminal é uma consequência da conduta e, por isso mesmo, não se pode admitir que as pessoas jurídicas possam ser sujeito da pretensão punitiva, posto que incapazes de, por si mesmas, delinquir.

Em decisão bem fundamentada o TJSC, em data não muito distante, assim se posicionou:

“II — Voto

“Trata o presente recurso em sentido estrito do despacho que rejeitou a denúncia contra a empresa Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., com fundamento no artigo 43, III, do CPP.

“A denúncia encontra amparo no art. 3º e parágrafo único da Lei n. 9.605/98, que menciona:

‘Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

‘Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato’.

“O referido artigo deve ser analisado juntamente com o que preceitua a Constituição Federal no art. 225, § 3º:

‘As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’.

“Este dispositivo Constitucional gerou grande polêmica, tendo em vista o princípio da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, adotado pelo Brasil. O artigo 3º da Lei n. 9.605/98, ao declarar que as pessoas jurídicas respondem penalmente, pretende aplicar o que dispõe o artigo 225, § 3º, da Carta Magna. Resta saber se o constituinte, através do referido dispositivo, desejou que se passasse a incriminar a pessoa jurídica.

“Não nos parece que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tenha lugar no ordenamento jurídico pátrio.

“Neste sentido, a doutrina recente de Luiz Regis Prado, sobre a questão da aplicabilidade da norma incriminadora à pessoa jurídica:

[...] o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato. Não há como, em termos lógico-jurídicos, romper princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade de pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos conformadores de um subsistema ou microssistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias’ (in Crimes contra o ambiente: anotações à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, p. 21 e 22).

“É sabido que o meio ambiente necessita cada vez mais de proteção, exigindo normas eficazes. Mas para que se alcance a desejada eficácia será necessário que ocorra a responsabilização criminal da pessoa jurídica? E se assim for, qual seria a medida de sua culpabilidade?

“Selma Pereira Santana, Promotora da Justiça Militar da Bahia, em matéria escrita para a revista *Consulex* sobre o tema elucida:

‘Quase a totalidade da doutrina nacional compreende, ainda, que somente o ser humano tem capacidade de realizar condutas. E, por força deste princípio fundamental, arrematam que os tipos penais não passam de meras descrições abstratas das mesmas, valoradas pelo legislador, concluindo-se ser inconciliável a existência de delito sem a conduta, sendo reclamada para esta, sempre, a voluntariedade’ (in *Revista Consulex*, de 30-4-98, ano II, n. 16, p. 44 a 46).

“Embora não se encontre precedentes jurisprudenciais específicos sobre aplicabilidade da norma penal à pessoa jurídica de acordo com a Lei n. 9.605/98, é válido trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

‘Recurso de *habeas corpus*. Custódia preventiva. Prevenção. Fiança. Unificação de ações penais. Absurda alegação de responsabilidade penal por parte da pessoa jurídica. Artigos 171, 297 c/c os artigos 69 e 171, 229 c/c os artigos 67 e 71, todos do Código Penal. Arguições desprovidas de fundamentação, que nenhum efeito podem produzir contra a decisão unânime do tribunal *a quo*. Recurso improvido’ (rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, Acórdão n. 000074555, de 13-10-92).

“Ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

‘RHC — Penal — Processual penal — Pessoa jurídica — Sócio — Responsabilidade penal — Denúncia

— Requisitos — A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quanto a conduta; e praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem delituosos. Caso contrário, ter-se-á odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio, de modo que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa' (rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Acórdão n. 0002882, de 13-9-93).

“Prevalece, portanto, o entendimento de que a pessoa jurídica não é penalmente responsável, mas somente civil e administrativamente.

“Citado por Ataides Kist, o eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em análise ao artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, assevera:

‘Meramente declaratório, nada admitindo-se acerca da esfera penal, enaltecendo aspectos de ordem administrativa, quais sejam, pagamento de multa ou mesmo o cancelamento de autorização para o exercício da atividade profissional. Assim, também, a sanção penal está vinculada à responsabilidade pessoal e, hoje, dela é inseparável. A Constituição Brasileira, portanto, não afirmou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas’ (in Responsabilidade Penal da Pessoa

Jurídica, Editora de Direito, São Paulo, 1999, p. 60).

“E continua o autor, citando Tourinho Filho, em comentário ao artigo 3º da Lei n. 9.605/98:

‘Se a infração for cometida por um empregado, ou se o ato infracional for fruto de ordem de um funcionário graduado, à revelia do representante legal, a pessoa jurídica estará a salvo de ser penalmente punida. Aí está a prova maior de que o próprio legislador não concebe a possibilidade de uma pessoa jurídica ser sujeito passivo da pretensão punitiva. A própria lei reconhece que elas sozinhas não podem delinquir. Se não podem, por que falar-se da sua responsabilidade penal? Na dicção do art. 3º da Lei n. 9.605, de 12-2-1998, vale repetir, a pessoa jurídica só será penalmente responsabilizada se a infração for cometida por decisão do seu representante [...] no interesse ou benefício da sua entidade. Mas, nesse caso, a responsabilidade é do seu representante legal ou contratual [...] A Lei Ambiental, como segmento do Direito Penal, destoa deste, pelo antagonismo que representa e traduz, e por isso mesmo nem pode falar em segmento [...]’ (Kist, Ataides. Ob. cit., p. 78).

“De todo exposto, conclui-se que a responsabilidade da pessoa jurídica depende da manifestação de vontade de seus representantes (pessoas físicas). Portanto, a estes aplica-se a norma penal, e àquelas as sanções civis e administrativas.

“Trazemos, ainda, o entendimento de Paulo De Bessa Antunes,

membro do Ministério Público Federal e um dos maiores estudiosos da área de Direito Ambiental:

‘Veja-se que a condenação criminal de uma empresa, certamente, implica a imposição indireta de penas a diferentes pessoas naturais e jurídicas que não aquela condenada judicialmente. Não se desconhece que a condenação criminal de uma sociedade anônima, provavelmente, terá reflexo na cotação de suas ações em bolsa, acarretando penas econômicas — desvalorização de capital — para simples titulares de ações preferenciais (sem direito a voto), ou qualquer poder de decisão sobre as atividades da empresa. Igualmente, a pena produzirá reflexos junto ao quadro de empregados que serão estigmatizados como funcionários de uma empresa condenada. Tais repercussões serão capazes de afrontar o princípio constitucional da personalidade da pena?’

‘Parece-me que a responsabilização penal pessoal dos dirigentes que se tenham valido da empresa para a prática de crimes é a melhor solução. Quanto às empresas, em si, a sua punição, em meu entendimento, deve remanescer na esfera administrativa, ainda que, eventualmente, possam ser aplicadas sanções pelo próprio Poder Judiciário’ (*in* Direito Ambiental, atualizada com a Lei n. 9.605/98, Ed. Lúmen Júris, RJ, 1999, p. 412 e 413).

‘No presente caso, a denúncia deixa claro que o sócio-gerente da

empresa foi quem ordenou o corte de árvores.

‘O relatório de vistoria da Companhia de Polícia de Proteção Ambiental concluiu: Pelo que dos autos constam, que apontam a conduta típica e antijurídica do Sr. José Carlos Vidor, plenamente descritas na legislação ambiental pátria, penal e administrativa, esta autoridade ambiental, requer rigor na aplicação do art. 25 da Lei n. 9.605/98, haja vista o infrator não ter demonstrado conduta que faça jus aos benefícios da Lei n. 9.009/96, conforme Termo Circunstanciado Ambiental que tramita na comarca de São Miguel do Oeste (SC), fato confirmado pelo Sr. Vidor, quando acompanhado de defensor, respondeu já ter cometido e respondido por outros ilícitos ambientais [...].’

‘Oportuno sendo, opino seja também o presente procedimento encaminhado à esfera civil, através de Termo de Ajustamento de Conduta, mais eficaz e com destinação material direta para o Meio Ambiente, conforme art. 129, inciso III, da CF, e art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 c/c arts. 2º e 3º da Lei n. 9.605/98’ (fls. 13 e 14).

‘Conclui Oswaldo Henrique Duek Marques, em análise ao disposto nos arts. 225, § 3º, da Constituição Federal, e 3º da Lei n. 9.605/98:

‘Diante do exposto, pode-se concluir que a responsabilidade da pessoa jurídica, prevista na Constituição de 1988 e na nova legislação do

meio ambiente, não pode ter natureza penal, mas somente administrativa ou civil. Nessa ótica, para serem aplicadas tais sanções, basta a relação de causalidade entre o dano ao meio ambiente previsto e a atividade desenvolvida pela pessoa moral, em razão de decisão de seu representante ou órgão colegiado, sem necessidade de cogitar-se dos aspectos subjetivos inerentes à estrutura do crime. A responsabilidade, então, de cunho objetivo, restrita ao âmbito civil ou administrativo, certamente terá maior eficácia e amplitude, sem colidir com os postulados do Direito Penal contemporâneo' (*in* Boletim IBCCrim, n. 65, abril de 1998, p. 6).

“Esta orientação nos parece a mais razoável, pelo menos até que se criem meios processuais adequados e coerentes com os princípios constitucionais e penais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

“Portanto, se posiciona esta Câmara no sentido de negar provimento ao recurso da acusação, mantendo-se a rejeição da denúncia em relação à pessoa jurídica Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., reservando-se a esta as sanções civis e administrativas cabíveis.

“III — Decisão

“Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso.

“Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jor-

ge Mussi, tendo lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

“Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

“*Álvaro Wandelli,*
“Presidente, com voto;
“Torres Marques,
“Relator” (Recurso Criminal n.
2000.004656-6, de Descanso.
Relator: Juiz Torres Marques.)

Mesmo que se admita que a penalização da pessoa jurídica repoussa em razões protetivas dos mais nobres interesses coletivos relativos à necessária e imprescindível proteção do meio ambiente, entendo que não se pode, em nome da boa intenção, construir situações jurídicas conflitantes com a realidade fática e, com isso, albergar no Poder Judiciário norma Constitucional ou infraconstitucional que se divorcie de uma mínima lógica jurídica.

Caso contrário, será necessário aquilatar se a pessoa jurídica agiu com culpa ou dolo, ou ainda, se sua conduta social e sua personalidade permitem a substituição da pena prevista por reprimenda diversa.

Diante de todas as questões que o tema suscita, votei pela manutenção da decisão vergastada, uma vez que admito como sendo a melhor solução jurisdicional, embora confrontante com o ordenamento infraconstitucional em vigor.

Lages, 26 de maio de 2004.

Stanley da Silva Braga,
Juiz de Direito.

SÉTIMA TURMA

RECURSO INOMINADO N. 676/04, DE ITAJAÍ

Relator: Juiz Osvaldo João Ranzi

Recorrente: Condomínio Edifício Residencial Caribe

Advogado: Dr. Márcio André Sachet

Recorrida: Agrícia Gabriela Coelho da Silva

Juíza Sentenciante: Dra. Vera Regina Bedin

Ementa

Sentença — Nulidade — Inocorrência — Fundamentação existente e amparada na prova dos autos — Réu revel — Presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial — Recurso — Devolutividade.

“Não agride o art. 458 do CPC a sentença que contém relatório e fundamentos suficientes para se entender por que motivos o julgador decidiu a causa como o fez, demonstrando a sua convicção, e atendendo, assim, à norma constitucional prevista no art. 93, IX, da Carta Magna. O que conduz à nulidade da sentença é a ausência completa de fundamentação — o que no caso definitivamente não ocorreu. Em regra, tem-se entendido que estando a decisão mal ou sucintamente fundamentada, fundamentação existe, não se podendo atribuir a ela nenhuma carga de nulidade”.¹

“Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz”.²

1 TAMG, AC n. 0323915-0, 1ª C. Cív., rel. Juiz Gouvêa Rios, j. 6-2-2001.

2 Art. 20 da Lei n. 9.099/95.

*“De efeito, consoante o art. 515 do CPC, pelo princípio da devolutividade não se autoriza o conhecimento de questão não suscitada ou discutida no processo”.*³

“Condomínio de edifício — Responsabilidade civil — Substância escorregadia nos degraus da escadaria — Queda do condômino — Lesões — Nexo causal — Negligência do preposto do réu — Indenização.

*“[...] é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.*⁴

“Danos morais — Quantum indenizatório — Arbitramento excessivo — Montante reduzido.

*“A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso”.*⁵

Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado n. 676/04, da comarca de Itapema — Vara Única, em que é recorrente Condomínio Edifício Residencial

Caribe e recorrida Agrícia Gabriela Coelho da Silva:

ACORDAM os Juízes da Sétima Turma de Recursos, por votação

3 STJ, REsp n. 12237/SP, rel. Min. Dias Trindade.

4 *in* Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, 7º vol., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 29.

5 STJ, REsp n. 171084/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-10-98.

unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Perante o Juizado Especial da comarca de Itapema, Gabriela Agrícia Coelho da Silva aforou ação de indenização por danos materiais e morais contra Condomínio Residencial Caribe, aduzindo, em síntese, que, no mês de outubro de 2002, sofreu uma queda da escadaria do condomínio réu que lhe causou danos físicos com o agravamento dos problemas de doenças que padecia em virtude de acidente automobilístico ocorrido no ano de 1994.

Sustentou, ainda, que o acidente ocorreu em função de um produto chamado “Jimo Silicone”, que havia sido aplicado nos degraus da escada, tornando-a escorregadia.

Citado, o réu deixou de comparecer à audiência de conciliação, restando configurada sua revelia.

Julgando a lide, a MMa. Juíza *a quo* julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu a pagar uma indenização por danos materiais no valor de R\$ 260,67, mais danos morais na quantia de R\$ 9.600,00, correspondentes a 40 salários mínimos.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o réu recorreu, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

No mérito, advogou que inexistia a obrigação de o réu indenizar, porque a autora não logrou demonstrar a ocorrência dos requisitos da responsabilidade civil insculpidos no art. 186 do Código Civil.

Impugnou o *quantum* indenizatório a título de danos morais, que, em caso de condenação, deve ser minorado para 2 salários mínimos, ou, ainda, limitado a 20 salários mínimos, uma vez que a autora não se fez assistir por advogado.

Contra-arrazoados e preparados, os autos erigiram a esta Sétima Turma de Recursos.

É o sucinto relatório.

II — Voto

1 — Da preliminar de nulidade da sentença

Primeiramente, não há cogitar da nulidade da decisão objurgada em decorrência de falta de fundamentação, conquanto, de forma sucinta, a sentença vergastada encontra-se fundamentada.

É certo que não há vulneração do princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, encampado pelo art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, quando, embora de modo simples e rápido, o magistrado decline as razões motivadoras do posicionamento adotado, como, aliás, em se tratando de decisões proferidas nos juizados especiais, é recomendado, consoante as regras de

orientação consagradas pelos princípios da simplicidade, informalidade, economia e celeridade processual.

A fundamentação concisa, sucinta, registre-se, não se equipara à ausência de motivação.

Nessa esteira de entendimento, decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Prova — Livre convencimento do juiz — Fundamentação sucinta — Inexistência de nulidade — Correção monetária.

“I — A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual. II — Não é nula a decisão sucintamente fundamentada, desde que contenha o essencial [...]”.⁶

E ainda:

[...]

“Não agride o art. 458 do CPC, a sentença que contém relatório e fundamentos suficientes para se entender por que motivos o julgador decidiu a causa como o fez, demonstrando a sua convicção, e atendendo, assim, à norma constitucional prevista no art. 93, IX, da Carta Magna. O que conduz à nulidade da sentença é a ausência completa de fundamentação — o que no caso definitivamente não ocorreu. Em regra, tem-se entendido

que estando a decisão mal ou sucintamente fundamentada, fundamentação existe, não se podendo atribuir a ela qualquer carga de nulidade”.⁷

In casu, conquanto de forma perfunctória, a decisão do processo não deixou de declinar os fundamentos que levaram a julgadora singular a proferi-la, razão pela qual não se pode inquiná-la de nula, uma vez que, consoante já dito, somente a completa falta de motivação é que conduz à nulidade do ato decisório.

Afasta-se, portanto, a prefacial suscitada.

2 — De *meritis*

No mérito, o recurso merece provimento, ao menos parcialmente, como se verá adiante.

Registra-se, de início, que, no caso *sub judice*, resultou configurada a revelia do recorrente, porquanto, nada obstante regularmente citado, deixou ele de comparecer à audiência preliminar.

É o que preceitua o art. 20 da Lei n. 9.099/95, *verbis*:

“Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do juiz”.

Com efeito, a revelia implica no reconhecimento como verdadeiros os

6 REsp n. 7870/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 3-2-92, p. 469.

7 TAMG, AC n. 0323915-0, 1ª C. Cív., rel. Juiz Gouvêa Rios, j. 6-2-2001.

fatos alegados na inicial, mesmo porque a realidade dos autos autoriza a aplicação da sanção processual concernente à revelia, que é a da confissão, uma vez que até mesmo no inconformismo do apelante nada há que fulmine esta presunção *ficto juris*.

Ademais, a matéria articulada não foi provocada em primeiro plano, em vista da revelia e, por não ser de ordem pública, não pode ser aferida somente em grau recursal, em face do princípio da preclusão.

Veja-se o que diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“De efeito, consoante o art. 515 do CPC, pelo princípio da devolutividade não se autoriza o conhecimento de questão não suscitada ou discutida no processo”.⁸

Colhe-se da jurisprudência do nosso egrégio Tribunal de Justiça:

“A contestação é instrumento formal e normal da defesa, *ex vi* do art. 300 do Código de Processo Civil, devendo abrigar todas as matérias dedutíveis *ad eventum*, em face da possibilidade de rejeição do articulado antecedente. O silêncio, como ocorre na hipótese, acarreta preclusão”.⁹

“A preclusão temporal verifica-se automaticamente quando decorrido o prazo assinado para a prática de

determinado ato. A inércia da parte acarreta-lhe a perda da faculdade de praticá-lo”.¹⁰

Destarte, os fatos narrados na inicial tornaram-se incontroversos.

De outro vértice, vê-se, claramente, o dever que o condomínio recorrente tem de indenizar a recorrida.

Da doutrina da sempre balizada Maria Helena Diniz, tem-se a seguinte definição de responsabilidade civil:

“É a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.¹¹

No caso em exame, evidenciado o fato e constatada a sua ocorrência nas dependências do condomínio por ato culposo cometido por seu preposto, na modalidade de comprovada imprudência, resulta o dever de indenizar por parte do Condomínio recorrente.

A jurisprudência, em caso de culpa de preposto de condomínio, assim já se manifestou:

“Condomínio de edifício — Responsabilidade civil — Furto de moto-

8 STJ, REsp n. 12237/SP, rel. Min. Dias Trindade.

9 Apelação Cível n. 1997.003426-1, de Blumenau, rel. Des. Francisco Oliveira Filho.

10 Apelação Cível n. 44.664, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, *in* DJE n. 8.984, de 10-5-94, p. 6.

11 *in* Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, 7º vol, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 29

cicleta na garagem — Negligência do preposto da ré — Indenização — Nulidade da sentença — Inocorrência — Art. 459, parágrafo único, do CPC — Ação de reparação de dano. Furto de motocicleta no interior de garagem. Responsabilidade do condomínio. Procedência do pedido, remetendo a sentença à liquidação e apuração do *quantum*, embora formulado pedido certo. Apelação de ambas as partes. Se a convenção não contém cláusula excludente de responsabilidade, não a pode prever o regulamento, pois que este não pode extrapolar os limites daquela. Responde o Condomínio se manifesta a negligência do seu preposto, que assiste passivamente a entrada de estranho no Condomínio e a sua saída conduzindo veículo de morador. A regra do parágrafo único do art. 459 do Código de Processo Civil foi instituída em benefício do autor [...] (IRP)".¹²

Em casos análogos, colhe-se a seguinte lição, que, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso vertente:

“Ação de indenização. Prédio em construção. Precipitação de madeira sobre veículo. Danos. Dever de indenizar. Pedido procedente. Temporal. Caso fortuito. Inocorrência. Súmula nos termos do artigo 46 da Lei n. 9.099/95. ‘Responsabilidade civil — Objeto caído de obra em construção — Dano causado a terceiro —

Inobservância das normas de segurança e proteção — Obrigação do construtor de indenizar — Ação procedente sem qualquer dependência da prova de culpa — Inteligência e aplicação do art. 1.529 do Código Civil’ (*apud* Rui Stoco, Responsabilidade Civil, RT 1994, página 257) (citação da sentença).

“Caso fortuito. Temporal comum. [...] Previsibilidade deste tipo de intempérie cujas conseqüências são perfeita e ordinariamente evitáveis” (RJTJRS 58/215) (*idem*).

Quanto aos danos morais, laborou com acerto a nobre Togada singular, porquanto resultaram configurados os pressupostos da responsabilidade civil, vale dizer, a ilicitude e nexa de causalidade, cuja compensação, como é ressabido, independem até mesmo da prova do dano.

Entretanto, o *quantum* fixado na sentença monocrática afigura-se excessivo, devendo ser minorado.

É consabido que a fixação do *quantum* compensatório dos danos morais está sujeita a critérios subjetivos do julgador, o qual deve levar em consideração as características das partes e o grau de culpabilidade do lesante, não podendo arbitrar montante que seja, por um lado, insignificante, ou, por outro lado, fonte de enriquecimento ilícito.

Consoante se extrai da inicial e documentos, a recorrida ao tempo dos fatos já padecia de sérios problemas de ordem traumatológica desde 1994, decorrente de um grave acidente de

12 TJRJ, AC n. 16227/1999, (01022000), 5ª C.Cív., rel. Des. Carlos Ferrari, j. 7-12-1999.

automóvel, com permanente tratamento das seqüelas havidas.

Assim, entre o contínuo estado de enfermidade da recorrida e o alegado agravamento, existe um liame de proximidade, levando à segura conclusão de que o dano sofrido não pode ser considerado de tamanho reflexo a justificar a verba indenizatória fixada.

Colhe-se, a propósito, do Superior Tribunal de Justiça a seguinte lição:

“Critérios na fixação do dano. Prudente arbítrio do juiz [...].

“III — A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica

atual e às peculiaridades de cada caso”.¹³

Assim, com base nos argumentos acima expendidos, entende-se por bem reduzir o montante compensatório dos danos morais para fixá-los em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), patamar razoável.

III — Decisão

A Turma, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, tão-somente para reduzir a indenização por danos morais, fixando-a em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Excelentíssimos Juizes José Carlos Bernardes dos Santos e José Agenor de Aragão.

Itajaí, 19 de abril de 2004.

José Carlos Bernardes dos Santos,
Juiz Presidente;
Oswaldo João Ranzi,
Juiz Relator.

13 STJ, REsp n. 171084/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-10-98.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE BLUMENAU
PROCESSO N. 008.04.003863-4**

JUIZ DE DIREITO: DR. FERNANDO SPECK DE SOUZA

Natureza: Resolução da sociedade em relação a um sócio

Autora: South Line Indústria e Comércio Ltda.

Advogados: Drs. Luiz Carlos Cercato Padilha e outros

Réu: Hélio da Silva

Decisão interlocutória

Vistos, etc.

1. South Line Indústria e Comércio Ltda. formulou pedido de resolução da sociedade em relação ao sócio Hélio da Silva, ambos qualificados, alegando, em síntese, que: *a)* seus únicos sócios são o réu e sua esposa, Elizabete Ramos da Silva, os quais estão separando-se judicialmente por meio dos Autos n. 008.03.018067-5; *b)* em virtude da desavença pessoal

havida entre os sócios, há também um sério entrave das atividades sociais, colocando em risco a função social da empresa; *c)* a sócia majoritária, detentora de 90% das quotas, não mais deseja que a sociedade empresária prosiga tendo o réu como sócio; *d)* com o fim da *affectio societatis* é juridicamente possível à sócia majoritária requerer a exclusão do sócio minoritário da empresa.

Sustentando que o réu vem fazendo uso da sociedade para fins to-

talmente divorciados do objetivo social, o que a está levando à ruína, dando origem a inúmeras dívidas fiscais, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, com a exclusão liminar do réu de seu quadro societário e entrega à sócia majoritária de toda a sua documentação legal, além da expedição de ofício ao Banco Bradesco S.A. para que impeça o réu de movimentar a conta da empresa.

Ainda em sede de liminar, requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita, com a nomeação de seus advogados como procuradores judiciais.

É o relato do necessário.

2. Examino os pedidos formulados em sede de liminar.

2.1. Antes do exame do pedido de tutela antecipada, imperativo se torna analisar o cabimento da assistência judiciária gratuita, pleiteada no item “II.2” da petição inicial (fls. 9 e 10), uma vez que o indeferimento deste ou da gratuidade impede que o processo se desenvolva validamente até que as despesas processuais sejam pagas, tratando-se, pois, de pressuposto processual.

No caso, considerando que houve constituição de procuradores pela parte autora, consoante instrumento de fl. 18, em atenção ao disposto na Lei Complementar Estadual n. 155/97, art. 17, II, indefiro a assistência judiciária pleiteada para fins de percepção de URHs, os quais já haviam, inclusive, sido renunciados pelos Drs. Procuradores da autora (v. petição inicial, fl. 10).

Todavia, quanto aos benefícios da gratuidade da justiça, estes devem ser deferidos, nos termos do art. 5º, LXXIV, da Constituição, já que a autora os requereu expressamente na petição inicial (fls. 9 e 10) e firmou a declaração de hipossuficiência econômica de fl. 19, de sua inteira responsabilidade, sendo o suficiente para a concessão, pois o art. 4º da Lei n. 1.060/50 estabelece que: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

A propósito do assunto, traz-se à colação precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em Agravo de Instrumento n. 1997.001419-8, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio, antiga Primeira Câmara Civil, j. 20-5-1997:

“Assistência judiciária gratuita. Funcionária pública. Ônus advindo da ação (de ressarcimento por ato ilícito) comprometedor de sua subsistência e de sua mãe. Concessão. Exegese da Lei n. 1.060/50.

“A simples menção, na petição, de que o litigante não possui condições financeiras de custear um processo judicial lhe dá o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita, nada impedindo, entretanto, a averiguação da real necessidade, pelo Juiz, quando tomado por fundadas dúvidas.

“Para a concessão do benefício, não se exige, por outro lado, um estado de miserabilidade, mas o comprometimento da subsistência do litigante e de sua família e/ou dependentes”.

2.2. Dito isso, passa-se ao exame do cabimento da tutela antecipada.

Tenha-se que a tutela pretendida pela autora (a qual se pretende antecipar neste momento processual) diz respeito à dissolução parcial de sociedade contratual, denominada de “resolução da sociedade em relação a um sócio”, isto com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

A causa de pedir informada na petição inicial diz respeito ao fato de o réu não estar cumprindo com suas obrigações, utilizando-se da sociedade para outros fins, além da extinção da *affectio societatis*.

Esse fundamento encontra amparo no Código Civil vigente, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

“Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026”.

Relativamente à concessão de tutela antecipada em ações como a

presente, esta é perfeitamente cabível, conforme reiteradamente vem decidindo nosso Tribunal de Justiça, consoante precedentes que seguem, em ordem decrescente de publicação:

1) “Agravado de instrumento. Antecipação de tutela. Retirada de sócio. Ação de dissolução parcial de sociedade c/c apuração de haveres. Desavença entre os dois únicos sócios. Desaparecimento da *affectio societatis*. Interesse na preservação do empreendimento. Hipótese em que a retirada do sócio não importa em extinção automática da sociedade. Possibilidade de integração de novo sócio decretada a dissolução. Agravo provido” (Agravo de Instrumento n. 1999.007635-0, de Blumenau, rel. Des. Cesar Abreu, antiga Quarta Câmara Civil, j. 15-6-2000).

2) “Agravo. Ação de dissolução parcial de sociedade. Tutela antecipada. CPC, art. 273. Afastamento do sócio demandado. Prática de atos lesivos à administração da empresa. Prova inequívoca. Depósito mensal de pró-labore. Pretensão não apresentada pelo agravado. Recurso provido.

“Atendidos os requisitos do art. 273, *caput*, do CPC, defere-se a antecipação de tutela, com o decreto judicial de afastamento de sócio demandado em ação de dissolução parcial de sociedade.

“A prova previamente produzida aponta para a administração temerária por parte do réu, na gestão dos negócios da empresa agravante, com indícios de que falta com o zelo ne-

cessário na movimentação da conta corrente conjunta mantida com o sócio, segundo agravante.

“A permanência do sócio agravado nas atividades de gerência da sociedade acarreta consideráveis prejuízos para a empresa e para o sócio agravante.

“O afastamento do sócio gerente por má administração e desvio de recursos indica a inconveniência e até mesmo a incompatibilidade da exigência de pagamento do valor do pró-labore” (Agravado de Instrumento n. 1998.014955-0, de São José, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, antiga Quarta Câmara Civil, j. 10-2-2000).

3) “Agravado de instrumento — Dissolução parcial c/c retirada do quadro societário e apuração de haveres — Tutela antecipatória deferida na oportunidade do controle de admissibilidade positivo, visando à realização de perícia contábil — Insubistência — Reclamo acolhido.

“A medida disciplinada no art. 273 do Código de Processo Civil autoriza tratamento provisório aos direitos evidentes e àqueles em que há risco de lesão. A antecipação permitida restringe-se ao efeito fático, pois o jurídico é consequência da sentença após cognição exaustiva.

“Inadmissível nesse contexto, no ato determinando a citação, ordem para realização de perícia contábil, em clara e indevida antecipação da fase instrutória, quando a parte poderia ter manejado a ação cautelar nominada prevista nos arts. 846 a 851 daquele

Codex, se caracterizados os seus pressupostos” (Agravado de Instrumento n. 1996.003205-3, de Concórdia, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, antiga Primeira Câmara Civil, j. 3-6-1997).

Vê-se, pois, que havendo desavença entre os dois únicos sócios da empresa, desaparecendo, assim, a *affectio societatis*, aliado a indícios de má administração, é possível a concessão de tutela antecipada, afastando-se temporariamente um dos sócios do empreendimento, tendo em vista o interesse na preservação da empresa.

Feitas essas considerações, resta verificar a existência dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada.

Com efeito, para concessão da tutela antecipada, exige-se a presença dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

“I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

“II — fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

“§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

“§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

“§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

“§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

“§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

“§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

“§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Exige-se, portanto, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) prova inequívoca; b) verossimilhança da alegação; c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório do réu; e d) inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Sobre a prova inequívoca que leve ao magistrado a convencer-se da

verossimilhança das alegações, preleciona Calmon de Passos em seus Comentários ao Código de Processo Civil, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 3:

“Há sempre uma exigência indispensável — a prova inequívoca da alegação do autor, apta para formar o convencimento do juiz sobre a verossimilhança do alegado, como fundamento do pedido. Denominamos esse pressuposto de comum, por não poder faltar jamais, devendo conjugar-se necessariamente com qualquer dos demais pressupostos, sempre presentes, portanto, em toda e qualquer modalidade de antecipação de tutela. Os demais podem existir isolada ou cumulativamente, somando-se ao comum e básico, pouco importa. O que jamais pode estar ausente é a prova inequívoca, casada com qualquer dos pressupostos que denominamos de particulares ou específicos.

“Concluímos, portanto, que a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar. E essa prova inequívoca não precisa conduzir a certeza, no que diz respeito ao convencimento do magistrado, suficiente, sendo a verossimilhança. O que vai antecipar é a tutela, conseqüentemente, a prova inequívoca que se pede diz respeito ao direito à tutela. Os demais pressupostos, apenas somados a ela, autorizam a sua antecipação”.

Relativamente à verossimilhança das alegações, colhe-se da ensinância de Paulo Afonso Brum Vaz

em seu Manual da Tutela Antecipada: doutrina e jurisprudência, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 136 e 137:

“À análise da verossimilhança, que corresponde a um juízo de probabilidade, calcado em cognição sumária, importam duas operações. Num primeiro momento, faz-se um juízo de probabilidade quanto à situação fática refletida na inicial. Positivo este juízo, porque os fatos aparentemente são verossímeis, impõe-se verificar se as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor são também plausíveis, vale dizer, se a tese jurídica contida na inicial é provida de relevância, tem respaldo na ordem jurídica.

“Esta aparência verossímil deve apresentar-se de forma inequívoca, ou seja, revestida de contornos tais que permitam ao juiz um convencimento razoável. Deve-se lembrar, no entanto, que não se exige um convencimento pleno, pois a certeza é apanágio da verdade real (utópica), não de mera probabilidade.

“A contradição entre as expressões prova inequívoca e verossimilhança (a prova inequívoca transmite muito mais do que a idéia de verossimilhança) é só aparente. Quis o legislador reforçar a necessidade de se contar com algo mais do que mera fumaça do bom direito, contra-indicando o provimento antecipado quando a prova apresentada se revela equívoca. Verossimilhança e prova inequívoca são conceitos que se completam exatamente para sinalizar que a tutela somente pode ser antecipada na hi-

pótese de juízo de máxima probabilidade, a quase certeza, mesmo que de caráter provisório, evidenciada por suporte fático revelador de razões irretorquíveis de convencimento judicial”.

Na situação concreta, os requisitos da prova inequívoca e do juízo de verossimilhança restam preenchidos pelos elementos trazidos com a petição inicial, porquanto o conjunto probatório aponta para o fim da *affectio societatis* e para uma administração temerária por parte de Hélio da Silva, na gestão dos negócios da empresa autora.

Sobre o fim da *affectio societatis*, os documentos de fls. 20 a 50 demonstram a existência de uma ação de separação litigiosa que está tramitando nos Autos n. 008.03.018067-5, perante esta Comarca, envolvendo os únicos sócios da empresa, ao passo que os documentos de fls. 51 a 84 comprovam, inclusive, que foi promovida ação de separação de corpos, na qual foi deferida liminar para determinar o afastamento do réu, nesse e naquele feito, do lar conjugal (fls. 68 e 69). Logo, se não há razão para a permanência da sociedade conjugal, da mesma forma, não se tem como possível a continuidade da sociedade empresarial, restando comprovada, nesse passo, a ausência de *affectio societatis*.

A petição inicial noticia, ainda, que o réu fazia “uso da sociedade para fins totalmente divorciados do objetivo social” (fl. 7), destacando que se

utilizava do capital da empresa para pagar todas as suas despesas pessoais, como combustível, lavação do carro, alimentação, hospedagem etc.

Essa alegação foi parcialmente comprovada à fl. 85, na qual consta que o réu efetuou o pagamento de hospedagem pessoal com cheque da empresa, conforme cópia de boleto bancário com vencimento em 3-3-2004 e cheque da empresa emitido no mesmo dia. Nota-se que se trata de movimentação bastante recente (deste mês), ao passo que o réu foi afastado de casa, por meio da cautelar, em 12-11-2003, ou seja, não há cogitar de concordância da outra sócia acerca desse pagamento, o qual, certamente, foi feito pelo réu sem o consentimento dela.

Da mesma forma, ocorreu no mês anterior, em 3-2-2004, consoante se extrai da fatura do *apart hotel* onde o réu reside (fl. 93), a qual foi paga com cheque da empresa (v. cópia à fl. 92).

Esclareça-se que tais gastos não podem ser tidos como pró labore, uma vez que a cláusula oitava do contrato social prevê que a remuneração do sócio-gerente seria fixada de comum acordo entre os sócios cotistas (fl. 16), não havendo nenhum indício de que os pagamentos acima tenham sido feitos de comum acordo entre os sócios, até porque posteriores à separação.

Ainda, a alegação de emissão de duplicatas por parte do réu restou demonstrada pelos documentos de fls.

96, 98 e 100. Contudo, não existem provas suficientes nos autos que demonstrem que esses títulos sejam frios, como afirmado na petição inicial. De outro lado, o simples fato de o réu estar realizando diversas movimentações financeiras, envolvendo o capital social da autora, a despeito do fim da *affectio societatis*, é o suficiente para ensejar o seu afastamento, até porque demonstrado que muitas das despesas foram realizadas para satisfazer gastos pessoais (hospedagem, p. ex.).

Há nos autos, também, cheque assinado pelo réu, conforme documento de fl. 102, isso em 5-3-2004, o que só vem a confirmar que este vem realizando diversas movimentações financeiras com o capital da autora.

Anota-se que as assinaturas constantes das cópias de cheques juntados aos autos e outros documentos referidos conferem com a firma do réu, esta constante na cópia do contrato social acostado pela autora, especificamente à fl. 40 dos autos.

Assim, em que pesem as demais afirmações — de que o réu se utiliza da empresa para satisfazer contas e para realizar compras para terceiros, além do registro e pagamento de empregados para outras empresas ou para descontar títulos — não terem sido plenamente comprovadas, o exame dos fundamentos *supra*, que satisfaz a cognição parcial que o momento processual requer, por si só já caracteriza a verossimilhança das alegações contidas na inicial, porquanto demonstrada a plausibilidade do direi-

to invocado pelas de provas ditas inequívocas para a espécie.

Ademais, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“Sabe-se que para a concessão dos efeitos da tutela antecipatória, o julgador não necessita de prova suficiente para declarar a existência do direito da parte (o que só ocorrerá com a sentença de mérito), mas deverá apontar os elementos de prova suficientes para o surgimento de um convencimento do verossímil, até porque a relevância do fundamento da demanda é a relevância do *fumus boni iuris* e esta, a verossimilhança suficiente para a concessão da tutela” (Antecipação da tutela na reforma do processo civil, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 67 e 69).

Para a concessão de tutela antecipada, exige-se, ainda, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou abuso de direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na hipótese dos autos, existe o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobre o assunto, Calmon de Passos, na obra citada, doutrina:

“O pressuposto que deve ser somado ao que deve ser analisado, na ordem de sua enunciação legal, é o da existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

“Devendo o magistrado considerar apenas a necessidade de ante-

cipação da eficácia do julgado porque, se não deferida, haverá risco de ocorrerem, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver.

“Analisa-se a situação do autor e exclusivamente ela, para, em razão de fatores objetivos, se concluir pela necessidade ou não da antecipação, e essa necessidade só verificar-se-á quando houver fundado receio de que os danos ocorrerão”.

Ainda acerca da ocorrência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, escreve Paulo Afonso Brum Vaz, na obra citada, p. 148 e 149:

“Patenteia-se o requisito em comento diante da concreta possibilidade de a parte-autora experimentar prejuízo irreparável ou de difícil reparação, que caracterize uma situação de perigo, se tiver que aguardar o tempo necessário para a decisão definitiva da lide. Resguarda-se, dessarte, o litigante dos maléficos efeitos do tempo, isto porque situações existem, e não são raras, em que a parte-autora, ameaçada por uma situação perigosa, não pode aguardar a tramitação do processo sem prejuízo moral ou material insuscetível de reparação ou dificilmente reparável. Há de se dizer, entretanto, que o tempo constitui apenas um aspecto ou ingrediente que necessariamente alicerça o requisito em comento. Mas não é ele suficiente. É preciso que, antes, exista uma situação objetiva potencialmente capaz de ocasionar o temor de lesão a direito ou interesse, a ensejar a tutela urgente”.

A respeito da existência do dano irreparável, desponta cumpridamente evidenciado diante do quadro já apresentado, já que a simples permanência do sócio réu em suas atividades de gerência da sociedade, inevitavelmente, acarretará consideráveis prejuízos para a empresa e para a outra sócia, sendo previsível até mesmo o encerramento de suas atividades, diante de provável falência, caracterizado o *periculum in mora* para fins de concessão de antecipação de tutela.

A propósito do assunto, ressaltando sobre o princípio da preservação da empresa, leciona Fabio Ulhoa Coelho, em seu *Manual de direito comercial*, 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 166 e 167:

“A tendência atual do direito comercial, no que diz respeito às questões envolvendo os sócios, é a de procurar preservar a empresa. Em razão dos múltiplos interesses que gravitam em torno da produção e circulação de riquezas e comodidades, reservadas à empresa pela ordem constituída, inclusive a constitucional, a sua existência e desenvolvimento deixa de ser assunto da exclusiva alçada de seus sócios. Em legislações mais avançadas que a nacional, há mais de década já se criaram mecanismos voltados ao reerguimento econômico da empresa insolvente, muito mais eficazes do que a nossa limitada concordata. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por sua vez, possibilita a coibição de fraudes perpetradas através da separação patrimonial, sem comprometimento da

exploração da atividade econômica a cargo da sociedade desconsiderada. São estes exemplos de penetração, no campo do direito societário, do primado da preservação da empresa. Os assuntos particulares dos sócios, seus atos ilícitos, sua inapdidão para a vida de empreendedor, seus desentendimentos, devem ser equacionados e solucionados, juridicamente, com o mínimo de comprometimento da atividade econômica explorada pela sociedade.

“Este princípio, o da preservação da empresa, não pode ser ignorado, nos dias correntes, no estudo de qualquer questão de direito societário. Mais ainda no que diz respeito à dissolução.

“Dentro desse quadro, é que a doutrina e a jurisprudência, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, criaram um instituto então ignorado pelo legislador e, aparentemente, paradoxal — a dissolução parcial da sociedade. Quando os conflitos entre os sócios, ou entre estes e os sucessores de um deles, impossibilitam a preservação dos laços contratuais, deve-se tentar a compatibilização entre o fim destes laços e a continuidade da sociedade comercial ou, pelo menos, da empresa explorada”.

Por derradeiro, é consabido que outro requisito essencial da tutela antecipada é que, da concessão, não resulte qualquer irreversibilidade.

Sobre o tema em foco, salienta Teori Albino Zavascki:

“Dispõe o § 2º do art. 273 do Código: ‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: *antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender*, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo” (Antecipação da tutela. São Paulo: Sarai-va, 1997, p. 97) [grifou-se].

Na situação sob exame, não há falar em irreversibilidade, haja vista que a rejeição do pedido formulado pela presente pretensão, em sentença, fará com que o réu retome suas atividades na empresa autora, sem maiores prejuízos para esta ou até para ele, que poderá reaver aquilo que deixou de lucrar. Salienta-se que ele possui apenas 10% do capital social, sendo lógico que a outra sócia, que possui a maioria do capital social (90%), irá preservar pela manutenção da empresa, uma vez que este é o objetivo da presente demanda.

A propósito da reversibilidade deste provimento, colhe-se do corpo do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 1998.014955-0, de São José, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, cuja ementa restou citada alhures, relativamente à hipótese semelhante à presente, constando que

“a liminar de tutela antecipada não se apresenta como provimento irreversível, sendo assegurado ao recorrido a percepção de valores a que faça jus, caso a sentença na ação de conhecimento, julgue improcedente o pedido”.

De outro modo, ainda que assim não fosse, penso que a irreversibilidade do provimento antecipatório não deve ser óbice à concessão da antecipação, porquanto essa vedação não autoriza julgador algum a sacrificar o direito provável em prol do direito improvável, mormente em casos como o presente, em que patente, a primeira vista, a legitimidade da pretensão autoral.

Nesse norte, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni no artigo intitulado A reforma do CPC e a efetividade do processo: tutela antecipatória, tutela monitória e tutela das obrigações de fazer e de não fazer, publicado na Revista de Direito Processual Civil Gênese, edição n. 1 (janeiro-abril/1996):

“Embora o parágrafo segundo do artigo 273 afirme que ‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento’, o certo é que, em casos excepcionais, o juiz não poderá deixar de conceder a tutela ainda que presente o risco da irreversibilidade. Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao

direito que justamente lhe parece mais provável. A tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica, mas também o direito à adequada tutela jurisdicional, exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado”.

No cotejo de tais interesses, perfeita a solução indicada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira no artigo *Garantia do contraditório*, publicado na obra *Garantias constitucionais do processo civil* (coord. José Rogério Cruz e Tucci), 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999:

“Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. Nem se argumente com a restrição contida no art. 273, § 2º, do CPC, porque o poder do legislador infraconstitucional não chega a ponto de pretender interferir em direitos fundamentais, reduzindo ou enfraquecendo algum em detrimento de outro. O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e

o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto. E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável”.

À vista do exposto, a concessão da tutela antecipada, relativamente ao afastamento liminar do réu da administração da empresa, é medida que se impõe.

Há de se salientar que o pedido da autora refere-se apenas à resolução da sociedade em relação ao réu, nada dispondo acerca da apuração de haveres, razão pela qual não se fez nenhuma alusão a respeito, até porque “a apuração de haveres é a etapa subsequente à declaração judicial de extinção do vínculo social em relação ao sócio que se desliga e efeito dessa declaração, razão pela qual não pode ser objeto do pedido no processo de conhecimento e sim do processo de execução da sentença que vier a ser naquele proferida” (Ap. Cív. n. 1997.000071-5, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Civil, j. 4-3-1999).

Da mesma forma, deixo de falar sobre recomposição da sociedade — já que se trata de empresa formada por apenas dois sócios —, ou ainda de fixar prazo para tanto, uma vez que se trata de decisão liminar, sujeita à modificação.

3. Ante o exposto e o que mais consta dos autos, deferindo os benefícios da gratuidade da justiça, concedo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida para determinar o afastamento temporário do réu Hélio da Sil-

va do quadro societário da autora, pelo menos enquanto durar esta demanda.

Expeça-se mandado de busca e apreensão relativamente à documentação legal da autora, que se encontra depositada no cofre e nos dois armários de aço da sociedade denominada Hbete Administração e Participações Ltda., que funciona no mesmo endereço da autora.

Ainda, officie-se a agência 1.109 do Banco Bradesco S.A., comunican-

do-se que a conta n. 0017961-2 somente poderá ser movimentada pela sócia majoritária, Sra. Elizabeth Ramos da Silva, devendo o réu ser impedido de fazê-lo.

Cite-se o réu e intime-se a autora.

Blumenau, 29 de março de 2004.

Fernando Speck de Souza,
Juiz Substituto.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE BRUSQUE PROCESSO N. 011.03.006353-2

JUIZ DE DIREITO: DR. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Ação: Ação Ordinária/Ordinário

Autoras: Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque e outra

Ré: Associação das Indústrias e Comércio da FIP

Vistos etc.

Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob n. 81.288.961/0001-45, com sede na Rodovia Antônio Heil, Km 23, Bairro Santa Terezinha, nesta cidade de Brusque—SC, e Administradora de Bens Oregon Ltda., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CGC/MF sob n. 80.092.950/0001-22, com sede na Rodovia Antônio Heil, n. 3.800, Km 23, Bairro Santa Terezinha, nesta cidade de Brusque—SC, promoveram a presente ação de abstenção de ato c/c

pedido de tutela antecipada contra a Associação das Indústrias e Comércio da FIP, sociedade civil sem fins lucrativos registrada no Cartório de Títulos e Documentos desta comarca, com sede nesta cidade.

Alegam as autoras que o objeto da presente ação é a alteração do nome empresarial da ré, compelindo-a a abster-se de fazer uso da expressão “FIP”, seja como marca ou como nome empresarial.

Aduzem que a primeira autora é proprietária do empreendimento comercial denominado FIP — Feira In-

dustrial Permanente, voltado para a administração de condomínio de lojas de indústria e comércio, notadamente o comércio de vestuário produzido por indústrias da região, com notório prestígio e destaque no contexto comercial de Santa Catarina.

Salientam que a primeira autora foi constituída em 21 de dezembro de 1991 e inscrita na Receita Federal em 30 de janeiro de 1992, enquanto a segunda autora é titular do registro de marca FIP — Feira Industrial Permanente, registrada em 1994 no INPI sob n. 816713243, classe 41 (serviços de administração de condomínios), além do registro de nome de domínio perante a Fapesp — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, responsável pelo arquivamento desse tipo de registro no País.

Ressaltam que, buscando o incremento das vendas das lojas estabelecidas no condomínio, as autoras veiculam constantemente, pelos diversos meios de comunicação, o nome do empreendimento “FIP”, alavancando a venda de produtos, de sorte que a marca “FIP” ultrapassou as fronteiras do Estado de Santa Catarina, sendo referência em todo o Sul do Brasil.

Asseveram que em junho de 1992 foi constituída uma sociedade civil composta por lojistas inquilinos do empreendimento, que adotou indevidamente como denominação Associação das Indústrias e Comércio da FIP, posteriormente à constituição do empreendimento FIP, de titularidade das autoras, induzindo tratar-se da mesma pessoa das autoras.

Argumentam que o uso indevido do nome das autoras criou na comunidade de Brusque, e depois fora dos limites do Município, um conflito de informações sobre a identidade da administração do empreendimento, refletindo-se inclusive na responsabilização por compromissos financeiros assumidos pela ré, que foram suportados pelas autoras.

Discorrem sobre o direito da marca e nome comercial, sustentando que possuem direito à proteção, assegurado pelo registro obtido no INPI, que comprova a anterioridade do nome do estabelecimento e nome empresarial.

Pugnam pela concessão de tutela antecipada, para que a ré absteinha-se de utilizar a expressão “FIP” para qualquer finalidade, afirmando estarem presentes os requisitos legais, e requerem a cominação de multa diária em caso de descumprimento da medida.

Fizeram os requerimentos de praxe, deram valor à causa e instruíram a inicial com as peças de fls.14 a 112.

Deferida a tutela antecipada (fls.114 a 121), o mandado foi devidamente cumprido.

Regularmente citada, a ré apresentou contestação arguindo, em preliminar, ilegitimidade ativa *ad causam* da autora Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque, ao argumento de que a titular da marca perante o INPI é a Imobiliária e Incorporadora Santa Rita Ltda., que posteriormente

transferiu seus direitos para a segunda autora, não havendo nenhuma prova de que a primeira autora possua o direito ao uso da expressão “FIP”.

Salienta a ré que é sociedade civil sem fins lucrativos criada pelos próprios condôminos e lojistas da primeira autora e com a anuência desta, destinada à defesa dos direitos inerentes à prática do comércio, sem nenhuma conotação comercial, o que autoriza a utilização da expressão “FIP”, pois os lojistas e co-proprietários do empreendimento são as pessoas que têm maior interesse no seu regular funcionamento e incremento das vendas.

Aduz que as autoras autorizaram-na a utilizar o nome que possui, como comprovam os documentos que junta aos autos, como a Consolidação das Convenções Condominiais da FIP, registrada no Cartório de Títulos e Documentos, em que se observa que o presidente da associação dos lojistas é membro nato do empreendimento.

Argumenta que, por ocasião da ampliação do empreendimento, que está localizado em terreno contíguo, formando um só centro comercial, foi adotada a expressão FIPE. Nesta oportunidade, as próprias autoras exigiram dos lojistas a criação de uma associação denominada Associação dos Lojistas do Shopping FIPE, conforme minuta integrante dos contratos entre todos os condôminos do imóvel, o que também é autorizado pela Consolidação das Convenções Condominiais da FIP, no item “Marca e Logotipo da FIP”.

Ressalta a ré que é associação de órgão de classe de lojistas, que busca dar auxílio aos membros para melhor desempenho das atividades comerciais. Assim, não podem ser impedidos de utilizar o nome que abriga seus fundos de comércio pois, do contrário, o nome somente poderia ser utilizado para trazer vantagens aos administradores.

Discorre acerca da liberdade de associação, salientando que a utilização da expressão “FIP” não tem por finalidade prejudicar as autoras ou obter nenhuma espécie de vantagem, mas tão-somente identificar uma classe de lojistas.

Alega a falta de notificação prévia para possibilitar-lhe uma solução que não a de tolher um direito adquirido da associação quanto ao uso do nome que vem utilizando há doze anos, com regular registro no cartório competente.

Pugna pela revogação da tutela antecipada, ao argumento de não estarem presentes os requisitos legais, e requer a produção de provas, a concessão do benefício da assistência judiciária e, a final, a improcedência do pedido, com a condenação das autoras na verba da sucumbência.

Juntou documentos (fls. 138 a 161).

Às fls. 162 a 172, a ré requereu a juntada de cópia do agravo de instrumento interposto da decisão concessiva da tutela antecipada.

Sobre a contestação e documentos, as autoras apresentaram manifestação (fls. 174 a 183).

Designada audiência de conciliação, a proposta conciliatória resultou inexitosa.

Instadas a especificar provas, somente as autoras requereram a juntada dos documentos de fls. 199 a 204, sobre os quais foi oportunizada a manifestação da ré.

As partes apresentaram alegações finais em forma de memoriais.

É o relatório.

Examinados, decido, na oportunidade do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Versam os presentes autos sobre Ação Ordinária de Abstenção de Ato c/c Pedido de Tutela Antecipada, promovida por Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque e Administradora de Bens Oregon Ltda. contra a Associação das Indústrias e Comércio da FIP, pelas razões fáticas e jurídicas constantes do relatório.

Tratando-se de matéria unicamente de direito, o feito comporta julgamento antecipado, na forma que preconiza o artigo 330, I, do Código de Processo Civil. Instadas a especificar provas, as partes mantiveram-se silentes. Não vislumbro, por outro lado, a necessidade de se produzirem provas em audiência, porquanto a prova documental constante dos autos é suficiente para o julgamento do processo.

A propósito, já se pronunciou nosso egrégio Tribunal de Justiça:

“Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide, e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou o claro intuito procrastinatório da coleta da prova por cuja produção postulou o embargante” (Ap. Cív. n. 38.443, de Gaspar, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

No mesmo sentido:

“A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado’ (RE n. 101.171/SP, Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789)” (Ap. Cív. n. 1999.002757-0, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto).

Pretendem as autoras que a ré se abstenha de utilizar a expressão “FIP”, seja como marca ou como nome empresarial, ao argumento de que a segunda autora é titular da marca “FIP — Feira Industrial Permanente”, no Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI, desde o ano de 1994, possuindo ainda o registro de domínio perante a Fapesp — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, sendo que a utilização pela ré da expressão “FIP” tem criado conflito de informações sobre a identidade da administração do empreendimento

to, que tempos atrás culminou na responsabilização de compromissos financeiros, que mesmo tendo sido assumidos pela ré acabaram sendo injustamente suportados pelas autoras.

A ré, a seu turno, sustenta que tratando-se de sociedade civil sem fins lucrativos, criada pelos próprios condôminos e lojistas da primeira autora e com a anuência desta, destinada à defesa dos direitos inerentes à prática do comércio, sem nenhuma conotação comercial, a utilização da expressão “FIP” não busca prejudicar as autoras ou obter nenhuma espécie de vantagem, mas tão-somente identificar uma classe de lojistas.

A preliminar de ilegitimidade ativa da autora Administradora de Bens Oregon Ltda., suscitada pela ré, se bem entendo, confunde-se com o mérito da demanda, porquanto prescinde da análise das provas produzidas nos autos, razão pela qual não pode ser apreciada como prejudicial.

No caso em questão, a primeira autora promoveu sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Receita Federal, emitido no dia 31-1-1992, com o nome empresarial de Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque e nome de fantasia “FIPE” (fl. 90).

Em data de 21 de junho de 1994, a empresa Imobiliária e Incorporadora Santa Rita Ltda. obteve no Instituto Nacional de Propriedade Industrial o Registro n. 816713243, da marca “FIP Feira Industrial Permanente”,

para prestação de serviços de organização de feira, exposição, congresso, espetáculo artístico, desportivo e cultural, classe 41.40, sendo marca mista concedida “sem direito ao uso exclusivo da expressão ‘Feira Industrial Permanente’” (fl. 92).

Compulsando atentamente os autos, percebe-se que há certo baralhamento dos conceitos de marca, nome comercial e título de estabelecimento, porquanto as autoras ora defendem a exclusividade do uso da marca, ora o nome do estabelecimento comercial. Por isso, entendemos de bom alvitre iniciar resgatar a real acepção de cada um desses termos, para após, então, imergir no exame do caso concreto, sem o temor de incorrer em equívocos conceituais.

À semelhança do que ocorre com qualquer pessoa, toda empresa, quando nasce, precisa receber um nome que a identifique como sujeito de direito e que sirva para diferenciá-la das demais já existentes. Este nome é conhecido no meio doutrinário como sendo o “nome empresarial” ou “nome comercial”.

Para cumprir sua função de distinguir determinada empresa das demais, o nome empresarial goza de proteção legal, a qual se inicia com o arquivamento dos atos constitutivos da firma individual ou da sociedade perante a competente Junta Comercial. Segundo se infere do art. 34 da Lei n. 8.934/94, o nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade, de modo que fica vedada a adoção de nome que veicule informa-

ção falsa sobre o empresário, ou de nome igual ou semelhante a outro já existente.

Embora ambos sejam elementos individualizadores da empresa, jamais se pode confundir marca com nome empresarial, ou denominação social. Como bem destaca Fábio Ulhoa Coelho, “o nome empresarial e a marca se reportam a diferentes objetos semânticos. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços” (Curso de Direito Comercial. São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 1, p. 175).

Da mesma maneira que o nome, a marca também é objeto de proteção legal. A Constituição de 1988, no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, assegura o privilégio à propriedade das marcas (art. 5º, inciso XXIX), tendo em vista os interesses econômicos e sociais que ao redor delas giram. A Lei n. 9.279/96, por sua vez, garante no território nacional a propriedade da marca e seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro perante o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), observando as disposições legais.

Além do nome empresarial e da marca, não se pode olvidar a existência de um terceiro elemento distintivo da empresa: o título de estabelecimento.

Em síntese, o título de estabelecimento nada mais é que uma expressão formada por palavras, ou

mesmo uma sigla, que serve para identificar o local onde o comerciante exerce sua atividade mercantil.

Como se vê, portanto, não há confundir nome comercial, marca e título de estabelecimento. Trata-se de figuras completamente distintas, criadas pela doutrina e instituídas pela lei para identificar, respectivamente, a personalidade do comerciante, seus produtos e mercadorias, e seu local de comércio.

Já no que diz respeito ao nome de fantasia, vale conferir as lições proferidas por De Plácido e Silva:

“Assim se diz de toda denominação ou designação, adotada pelo comerciante, para individualizar a sociedade, que compuser, o estabelecimento de comércio ou suas mercadorias e produtos.

“Diz-se *de fantasia* por ser um nome imaginado e diferente do nome civil das pessoas físicas.

“Como nome comercial, destinado a personalizar a sociedade, o nome de fantasia somente se admite em certas espécies de sociedades: sociedades por cotas ou sociedades anônimas. Vulgarmente dizem-se *denominações*, para que se distingam dos nomes compostos pelos nomes dos sócios.

“Em regra, para ser tomado como nome comercial, o nome de fantasia deve referir-se à natureza do comércio ou indústria a ser explorado pela sociedade, a fim de que não se apresente uma burla ou uma mistificação.

“Quando, entanto, é escolhido como insígnia, para individualização do ponto ou do local, ou como nome do produto ou da mercadoria, o nome de fantasia não fica adstrito à realidade do comércio ou do produto” (*in* Vocabulário Jurídico, vols. III e IV, Ed. Universitária, Forense, 1ª ed., 1987, p. 247).

Feitos esses esclarecimentos, torna-se fácil localizar o epicentro da controvérsia estampada nos autos. *In casu*, as partes digladiam-se para obter a exclusividade do uso da expressão “FIP”, as autoras utilizando a expressão como marca, e a ré como nome da associação.

Algumas considerações fazem-se igualmente necessárias para melhor deslinde da questão.

Consta do referido registro, obtido no INPI pela empresa Imobiliária e Incorporadora Santa Rita Ltda., em 21 de junho de 1994, transferido posteriormente, em 19-9-2001, para a autora Administradora de Bens Oregon Ltda.: “O Instituto Nacional da Propriedade Industrial, para garantia da propriedade e do uso exclusivo, certifica que, nos termos das normas legais e regulamentares em vigor, efetuou o registro acima reproduzido, com prazo de validade de 10 (dez) anos, a partir desta data...”.

Da consulta à Base de Marcas trazida pelas próprias autoras à fl. 94, consta que o registro da marca no INPI possui vigência até 21-6-2004, porquanto foi concedida em 21-6-1994, com prazo de validade de 10 (dez) anos.

Não há nos autos nenhuma prova de que as autoras tenham requerido a renovação do registro da marca FIP Feira Industrial Permanente no INPI. Sendo assim, o direito de uso exclusivo da expressão FIP perdeu sua vigência a partir de 22-6-2004.

Por outro lado, a ré, em 2 de junho de 1992, registrou regularmente seu Estatuto Social no Cartório de Registro Civil, Títulos e Documentos desta comarca, sob n. 355, Livro A-2, fl. 35 (fls. 99 a 112), com a denominação de *Associação das Indústrias e Comércio da FIP*.

No tocante à autora Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque, esta não demonstrou nenhum direito sobre o uso da expressão “FIP”, porquanto na única inscrição que possui na Secretaria da Receita Federal consta como nome empresarial *Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque* e nome de fantasia “FIPE” (fl. 90).

Extrai-se da documentação citada e colacionada aos autos que a ré promoveu o registro de seus estatutos no órgão competente (Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas e Títulos e Documentos desta comarca) em data de 2 de junho de 1992, precedendo inclusive ao registro da marca concedida à Imobiliária Incorporadora Santa Rita Limitada, que ocorreu em 21 de junho de 1994, e foi posteriormente transferida para a autora Administradora de Bens Oregon Ltda., em data de 19-9-2001.

Não se pode olvidar ainda que, como referido anteriormente, a permissão do uso exclusivo da marca FIP Feira Industrial Permanente foi concedida pelo prazo de 10 (dez) anos, que se exauriu em 21-6-2004, consoante documento de fl. 94, juntado pelas autoras. Ressalta-se, ainda, que a marca foi concedida sem direito ao uso exclusivo da expressão “Feira Industrial Permanente”.

Feito este delineamento, chega-se à segura conclusão de que não possuem as autoras direito ao uso exclusivo da expressão “FIP”, uma vez que, por ocasião daquele registro em 21 de junho de 1994, a ré já possuía o competente registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos desta comarca, datado de 2 de junho de 1992.

Se bem entendo, não se pode tutelar às autoras o direito de uso exclusivo da marca com base na anterioridade do registro no INPI, datado de 21-6-1994, se anteriormente a ré já possuía o registro com a utilização da expressão “FIP” em sua denominação social no órgão competente.

Mutatis mutandis, o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“Direito comercial. Colidência de expressão (‘Pé Quente’) utilizada como título de estabelecimento por empresas da mesma área de atuação (revenda de loterias). Registro anterior na Junta Comercial de Santa Catarina. Prevalência sobre o registro

de marca, posterior, no INPI. Novidade e originalidade como fatores determinantes. Arts. 59 e 64 da Lei n. 5.772/71. Recurso desacolhido.

“1. Tanto o registro realizado nas juntas comerciais (denominação social ou nome de fantasia), quanto o levado a efeito no INPI (marca), conferem à empresa que os tenha obtido o direito de utilizar, com exclusividade, em todo território nacional, a expressão que lhes constitui o objeto como título de estabelecimento, como sinal externo capaz de distingui-la, perante a generalidade das pessoas, de outras que operam no mesmo ramo de atividade.

“2. Havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos critérios da originalidade e novidade” (STJ — 4ª Turma — REsp n. 30.636-3/SC — rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira — j. em 14-9-1993 — *in* RSTJ 53/220).

José Carlos Tinoco Soares, também mencionado no REsp n. 9.142/SP, admite, não obstante o disposto no art. 65, § 5º, da Lei n. 5.772/71, que a proteção ao título de estabelecimento se faça, no INPI, por intermédio do registro de “marca de serviço” (Tratado de Propriedade Industrial, vol. II, Ed. Resenha Tributária, SP, 1988, n. 662, p. 994), assentando:

“Não encontro óbice a que a defesa do título de estabelecimento contra usurpações possa, de idêntico modo, ser assegurada pelo registro do contrato social na Junta Comercial,

desde que dele conste como denominação ou nome de fantasia a expressão cujo uso exclusivo se pretende resguardar.

“A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar, manifestando, assim, inequívoco desejo de que sirva a identificá-la perante a generalidade das pessoas, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo de comércio como tal a utilize.

[...]

“O que impende ressaltar, em essência, é que, da mesma forma como nos conflitos entre marca e nome comercial, prevalece o princípio da especificidade (art. 59 da Lei n. 5.772/71), também na solução de tais conflitos possuem relevo as exigências de originalidade e novidade a que alude o art. 64 do mesmo diploma, *verbis*:

‘São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridade ou colidências com registros já existentes [...]’ (in RSTJ 53/220).

In casu, portanto, há que ressaltar que o registro levado a efeito pela ré no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, Pessoas Jurídicas, Títulos e Documentos ocorreu anteriormente ao registro da marca obtido

pela autora Administradora de Bens Oregon Ltda. no INPI, manifestando, de forma inequívoca, a intenção de utilizá-la como elemento distintivo de sua denominação social.

Sendo esta a ordem cronológica dos registros, não se pode tutelar às autoras o uso exclusivo da expressão FIP Feira Industrial Permanente. Segue-se daí que o registro levado a cabo pela ré, bem assim a utilização da expressão “FIP” na denominação, nada tem de ilegal. Em consequência disso, as autoras não podem impedir que a ré continue a utilizar a expressão “FIP” em sua denominação social.

Oportuno ressaltar que autora e ré têm finalidades totalmente distintas, conforme se infere do Estatuto Social da ré e do registro da marca pela autora Administradora de Bens Oregon no INPI, não havendo nenhuma possibilidade de confusão entre as atividades das empresas autoras com a associação ré.

A alegação da ocorrência de confusão noticiada pelas autoras na inicial, inclusive argumentando que teriam suportado compromissos financeiros assumidos pela ré, restou sem comprovação.

Quanto à denominação social da ré, sua validade e publicidade são requisitos conferidos pelo registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, por isso que ambos os titulares (marca e denominação social) têm legitimidade, cada qual no seu campo específico de atividade, para utilizá-los. Não há nenhum risco evi-

dente de que o nome utilizado pela associação ré resulte em instrumento de captação de clientela, deslealmente aplicado no ramo explorado pela marca utilizada pela autora. Ao menos nos presentes autos, nenhuma prova foi produzida e nenhum indício há que possa conduzir a tal conclusão.

Sobre o tema, Newton Silveira leciona:

“Quando se tratarem de denominações arbitrariamente escolhidas, o critério deve ser mais rígido, especialmente se tais denominações contiverem palavra ou expressão de fantasia, pelas quais seja a pessoa jurídica conhecida. [...] A semelhança vedada é aquela que possa estabelecer confusão a todos aqueles que venham se relacionar com os titulares dos nomes [...]. Na prática, os tribunais levam em conta o local da sede, o ramo de atividade e eventuais dessemelhanças na denominação completa, não porque a proteção ao nome comercial seja local ou limitada ao ramo de atividade, mas porque esses elementos de fato podem conduzir à conclusão da impossibilidade de confusão” (Licença de Uso de Marca e Outros Sinais Distintivos. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 57).

Além disso, na presente hipótese, encontra-se evidente a ausência de confusão ou transtorno que possam advir para as autoras, mormente porque as partes exploram ramos completamente distintos, e com finalidades e identidade de objetos diversas.

Não tendo as autoras comprovado que detêm o direito ao uso exclusivo da expressão “FIP”, a improcedência do pedido é a única solução que se apresenta. Há que considerar, ainda, que o uso da expressão “FIP” pela autora vigeu somente até o dia 21-6-2004, não havendo nos autos nenhuma prova de que o registro tenha sido renovado.

Nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova é dividido entre autor e réu.

Comentando o mencionado dispositivo, o mestre Humberto Theodoro Júnior (*in* Curso de Direito Processual Civil, Forense, RJ, 9ª edição, 1992, p. 419) assim pronunciou:

“No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

“Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

“No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual.

“O art. 333, fiel ao princípio positivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira:

“I — ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e

“II — ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

“Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio”.

No mesmo sentido:

“O nosso vigente Código de Processo Civil estabelece em seu art. 333 que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. Bem por isso, Amaral Santos (Comentários, v. IV/33), citando Betti, observa: ‘ O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato, e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova. O ônus da prova — é útil insistir — é determinado pelo ônus da afirmação, e este, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor, como ônus da ação,

e da parte do réu como ônus da exceção. Em suma, quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá provar os fatos constitutivos, ao réu os impeditivos, extintivos ou modificativos’.

“Laurent (Principii de Responsabilità Civile, v. XIX, n. 82) já dizia com inegável sabedoria: ‘ Quem alegou deverá prová-lo, quer dizer, estabelecer a verdade do fato por via legal; a lei determina os meios de provar um fato em Juízo; é por um desses meios legais que o fato deverá ser estabelecido. A prova é, pois, a demonstração legal da verdade de um fato’” (Código de Processo Civil nos Tribunais, Darcy Arruda Miranda Júnior, Darcy Arruda Miranda, Alfredo Luiz Kugelmas e Luiz Alexandre Faccin de Arruda Miranda, Editora Jurídica Brasileira, 2ª ed., 1994, p. 758).

Ainda:

“Em princípio, as regras do ônus da prova dirigem-se às partes, e não ao juiz, a quem pouco importa qual delas tenha feito a demonstração da verdade deste ou daquele fato. Entretanto, as regras do ônus da prova interessam profundamente ao julgador no momento em que tiver de decidir sem prova nos autos, quando então elas se transformam em regras de julgamento, cabendo-lhe, ao aplicá-las, impor derrota àquela parte que tinha o encargo de provar e não provou (Ac.

unân. da 1ª T. do TRT da 3ª R., 3-3-86, no RO n. 3.752/85, rel. juiz Aroldo Plínio Gonçalves)” (Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, 6ª ed., p. 1.420).

De tal sorte, competia às autoras o encargo de provar as alegações da inicial, para a obtenção da tutela jurisdicional neste sentido.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado por Condomínio Feira Industrial Permanente de Brusque e Administradora de Bens Oregon Ltda., nesta ação ordinária de abstenção de ato c/c pedido de tutela antecipada, que promoveram contra Associação das Indústrias e Comércio da FIP, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Em consequência, revogo a tutela antecipada concedida às fls. 114 a 121.

Em face do princípio da sucumbência, condeno as autoras ao pagamento das custas judiciais e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados estes em 20% sobre o valor atualizado da causa.

Publique-se, registre-se, intime-se.

Brusque, 26 de novembro de 2004.

Cláudio Valdyr Helfenstein,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CANOINHAS PROCESSO N. 015.99.002800-8

JUIZ DE DIREITO: DR. LEANDRO PASSIG MENDES

Vistos, etc.

1. Cristina Soares Cravo propôs a presente ação ordinária contra o Hospital Santa Cruz, alegando, resumidamente, que no dia 8 de fevereiro de 1997, por volta das 10 horas, dirigiu-se ao hospital pois estava grávida de três meses e sentia fortes dores, sendo atendida pelo médico Antônio Mery Seleme, que promoveu a consulta e a medicou, dizendo que poderia voltar para casa porque não havia

condições de fazer o parto naquela ocasião. Disse que voltou para casa, mas, por volta das 17 horas, constatou o rompimento da bolsa e procurou novamente o hospital, sendo atendida pelo mesmo médico, que optou por uma cesariana depois de aguardar pela dilatação, o que não ocorreu. Saliu que recebeu alta em 10 de fevereiro, mas retornou ao hospital sucessivas vezes, dizendo que não houve receita de medicamentos para prevenir possíveis infecções. Argumen-

tou que prosseguiu sentindo dores fortes e passou a perceber que, no local da operação, havia coloração escura e forte cheiro, razão pela qual procurou atendimento com o médico Saulo Sabatini, que, por sua vez, solicitou a presença do médico Antônio, que não compareceu ao local em que a autora estava, mas mandou que fosse ao hospital, quando se resolveu pelo internamento. Prosseguiu dizendo que seu estado começou a piorar progressivamente e o pai da criança resolveu levá-la para Curitiba, onde foi atendida no Hospital das Clínicas, cujos médicos diagnosticaram que havia contraído infecção hospitalar, sendo submetida a operação de emergência, com transfusão de sangue e posterior estado de coma, que perdurou por três dias. Narrou que permaneceu internada por 35 dias e que os médicos daquele hospital então constataram que tinha pontos de necrose da parede abdominal, com diagnóstico de “fascíte necrosante de parede abdominal e coxa direita pós-cesária” (fl. 5). Em face dos problemas que sofreu, disse que precisou ser entubada e submeteu-se a uma traqueotomia, permanecendo uma cicatriz visível no local da intervenção. Prosseguiu relatando todos os procedimentos médicos a que foi submetida em Curitiba, dizendo que permaneceu em tratamento por vários meses, com uso de medicação. Sustentou que a recuperação foi difícil e mesmo assim permaneceu com seqüelas visíveis, como cicatrizes, dizendo ainda que ficou com redução da capacidade de trabalho. Argumentou que o hospital foi o responsável pelas

complicações à sua saúde, porque naquele local contraiu a bactéria que veio a provocar todas as lesões físicas, de modo que requereu ao final: a) a condenação do réu ao pagamento de pensão mensal, no valor de cinco salários mínimos, em razão da incapacidade para o trabalho; (b) danos morais, estéticos e psicológicos fixados judicialmente em salários mínimos; (c) pagamento de cirurgia plástica reparadora, bem como medicamentos para seu completo restabelecimento; (d) danos futuros relacionados à moléstia adquirida; (e) constituição de capital, na forma do art. 602 do CPC. A petição inicial veio instruída com documentos e a causa foi valorada.

Devidamente citado, o réu contestou o pedido, sustentando, em resumo, que a autora não fez acompanhamento pré-natal, não estando demonstradas as condições de vida e higiene anteriores ao parto, de modo que não se poderia estabelecer nexos entre a operação realizada e a instalação da bactéria no organismo da autora. Asseverou resumidamente que a autora foi atendida várias vezes no hospital, mas em todas as ocasiões recebeu o devido tratamento e foi corretamente medicada, de modo que não havia nenhuma reclamação da paciente quando das saídas do hospital. Disse que a bactéria que acabou sendo encontrada no corpo da paciente pode ser adquirida em diversos meios, não sendo exclusivamente própria dos ambientes hospitalares, razão pela qual não se descartaria a possibilidade de que a bactéria já estivesse ins-

talada no corpo da paciente. Por outro lado, argumentou que a autora não trouxe nenhum laudo conclusivo quanto à existência da bactéria e que esse organismo foi o causador dos problemas enfrentados pela paciente. Apontou várias circunstâncias que indicavam a possibilidade de a autora ter contraído a bactéria em locais diversos, salientando que o hospital não registrara nenhuma manifestação daquela bactéria nos últimos quatro anos, acrescentando que o hospital mantém equipe de controle de infecção hospitalar. Rebateu os pedidos da autora porque não houve prova de incapacidade, as fotos não são próprias para a comprovação do estado da paciente, tampouco foi indicada a época em que as fotos foram tiradas. Impugnou o pedido de danos estéticos, que estariam compreendidos no dano moral. Prosseguiu dizendo que a autora não comprovou a responsabilidade civil do hospital, que é de meios e não de resultado. Pugnou ainda pela denúncia da lide ao médico responsável pela cirurgia a que a autora foi submetida.

Houve réplica.

Deferida a denúncia, o denunciado apresentou contestação, aduzindo, em síntese, que não responde solidariamente com o hospital, pontuando que sempre se conduziu na atividade médica com dedicação e competência, atendendo a autora em todas as ocasiões em que ela procurou assistência, ministrando os remédios necessários ao diagnóstico apresentado. Sustentou que a bactéria que a

autora disse ter contraído no hospital é encontrada em diversos outros ambientes, não exclusivamente em um hospital, não se excluindo a possibilidade de a autora já estar com a bactéria quando dos problemas de saúde apresentados, que acabaram gerando condições para que o organismo se manifestasse na paciente. Asseverou que a autora saiu do hospital por conta própria, assumindo os riscos de sua escolha, razão pela qual o denunciado e o hospital não poderiam ser responsabilizados. Argumentou que o local em que a autora morava e as condições pessoais de saúde poderiam favorecer à atuação da bactéria, de modo que ausente o nexo causal entre a intervenção e as complicações sofridas pela autora. Impugnou os pedidos formulados, requerendo a improcedência da ação.

A autora e o réu impugnaram a resposta do denunciado.

A conciliação foi recusada.

Na instrução do processo foi produzida a perícia médica e juntados os laudos dos assistentes técnicos. Colhido o depoimento pessoal da autora e inquiridas as testemunhas, declarou-se encerrada a instrução da causa, deferindo-se às partes a apresentação de memoriais escritos.

É o relatório.

Decido

2. Cuida-se de ação de reparação de danos materiais, morais, estéticos e psicológicos, tendo por causa

de pedir a submissão da autora a procedimento cirúrgico para parto cesariana, que evoluiu para quadro de infecção.

A questão central reside em se estabelecer se a paciente, ora autora, contraiu infecção hospitalar por meio de bactéria que se manifestou em seu organismo durante ou logo após o procedimento cirúrgico a que foi submetida nas dependências do hospital Santa Cruz, ora réu. O hospital defende-se dizendo resumidamente que a autora não tinha higiene adequada e residia em local com probabilidade de contrair a bactéria, que acabou manifestando-se, evoluindo o quadro para uma infecção, porque a autora não seguiu recomendações e tinha condições pessoais próprias para essa situação. O hospital nega, em suma, onexo causal entre a intervenção e a infecção.

Inicialmente, cumpre observar que a autora procurou os serviços fornecidos pelo Hospital Santa Cruz, de modo que restou configurada verdadeira relação de consumo, a justificar a incidência da Lei n. 8.078/90¹, porque desenganadamente a autora figurou como consumidora e o hospital como fornecedor ou prestador de serviços. A responsabilidade civil, nessa hipótese, embora não possa ser levada ao extremo da teoria da responsabilidade objetiva, ganha, todavia, contornos diversos da responsabilidade civil aquiliana ou baseada na culpa.

1 Ou simplesmente CDC.

Há como uma presunção que favorece ao consumidor, cabendo a ele comprovar os requisitos básicos da obrigação de reparar o dano, quais sejam, o dano propriamente dito, as consequências do dano e a existência de nexocausal entre o fato e o prejuízo. Não compete ao consumidor, portanto, o ônus de comprovar a negligência, imprudência ou imperícia do hospital.

Nesse sentido, destacam-se os precedentes:

“Responsabilidade civil de hospital. Infecção puerperal. Ônus da prova. A responsabilidade civil dos hospitais por defeito na prestação de serviço é objetiva, em consonância com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Cumpre ao lesado provar, todavia, o dano em sua saúde e a relação de causalidade entre o prejuízo sofrido e o serviço defeituoso. Já a entidade hospitalar, para eximir-se do dever de reparar, deve demonstrar a inexistência de falha ou a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Caso em que o evento deveu-se a uma causa endógena, proveniente de infecção anterior ao parto” (Ap. Cív. n. 70004246377, de Porto Alegre, rela. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins).

Ao proferir voto na Apelação Cível n. 2001.024232-0, da Capital, o eminente Desembargador Monteiro Rocha transcreveu trecho doutrinário pertinente ao caso concreto, valendo reproduzir:

“Em artigo doutrinário publicado na revista forense e que pode ser acessado no site <http://www.forense.com.br> Sérgio Cavalieri

Filho foi ainda mais minucioso ao explicar a responsabilidade médica empresarial:

“Passando agora à consideração da responsabilidade médica à luz do Código do Consumidor, diria, inicialmente, que é preciso examinar essa responsabilidade sob dois ângulos distintos: o serviço médico prestado de forma empresarial — aqui incluídos hospitais, casas de saúde, clínicas médicas, laboratórios de exames, bancos de sangue etc. — e o serviço prestado direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal.

‘No primeiro caso — serviço médico empresarial — a responsabilidade é objetiva porquanto o Código do Consumidor, em seu art. 14, estabeleceu responsabilidade sem culpa para todos os casos de acidentes de consumo provocados pelo fornecimento de serviços com defeito. ‘O fornecedor de serviços — diz o citado artigo — responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços [...]. É o que o Código chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.

‘Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador ou defeito do serviço que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente

de consumo. Exemplo: alguém contrata uma empresa para refazer a instalação elétrica de sua casa mas, tempos depois, um defeito nessa instalação provoca incêndio na casa.

‘O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do CDC, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido’. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o acidente será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente do consumo não se discute culpa; o fornecedor responde civilmente por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz — art. 14, § 3º, I — que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar — ônus seu — que o defeito inexistia, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço’ (A Responsabilidade Médico-hospitalar à luz do Código de Defesa do Consumidor *in* <http://www.foreense.com.br>)”.

Por outro vértice, tem-se que o ônus da prova do fato constitutivo do direito compete efetivamente à autora, porque não se decretou a inversão do ônus da prova, que seria possível

com amparo no art. 6º, VIII, do CDC, mas igualmente ao hospital toca a comprovação de qualquer das hipóteses excludentes de responsabilidade, tudo dentro de um juízo de razoabilidade que deve nortear a aplicação do art. 333 do CPC.

Nesse aspecto, Fernando Noronha explica:

“O nexo de causalidade deve ficar provado, mesmo que muitas vezes tal prova seja inferida pelo juiz, a partir de presunções simples, isto é, das ‘regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’, como se diz no art. 335 do Código de Processo Civil.

“De acordo com a repartição do ônus da prova consagrada no art. 333 do Código de Processo Civil, ao autor da ação (isto é, na responsabilidade ao lesado) cabe provar os fatos constitutivos do seu direito; ao réu (o lesante) incumbe o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

“Quando existirem indícios suficientes para que o juiz possa admitir como provada a causalidade, ligada ao fato ou à atividade do indigitado responsável, este, para se eximir, terá de demonstrar que, apesar da adequação geral, o dano, no caso concreto, aconteceu devido à ocorrência de fato a ele estranho e inevitável, isto é, a uma outra causa. Esta terá de ser independente e deverá ter causado por si só o resultado, como se diz no Código Penal, art. 13, § 1º; terá de ser

um ‘fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir’, conforme se dispõe no parágrafo único do art. 393 do Código Civil” (Apostila de responsabilidade civil, Capítulo 8, p. 380).

As provas carreadas ao processo confirmam que a autora procurou os serviços do Hospital Santa Cruz em 8 de fevereiro de 1997, por volta das 10 horas, pois estava sentindo fortes dores, sendo atendida pelo médico Antônio Seleme e medicada, retornando ao seu lar pois não estava ainda em período de parto. No mesmo dia, uma hora depois de chegar em casa, a autora constatou o rompimento da bolsa e, às 17 horas, já no hospital, como não houve dilatação suficiente para o parto normal, foi efetuada uma operação cesariana, conduzida pelo médico Antônio Seleme.

A autora recebeu alta no dia 10, mas, um dia após, retornou ao mesmo hospital com febre alta, quando foi novamente internada e medicada, embora tenha esclarecido que a medicação não compreendia remédio para evitar possível infecção decorrente do pós-operatório. A autora permaneceu internada até o dia 12, e no dia 14, em razão de febre e dores, procurou o médico Saulo Sabatini, que acionou o médico Antônio Seleme, que por sua vez mandou que a autora fosse internada no mesmo Hospital Santa Cruz, no qual permaneceu até o dia 18, quando solicitou alta e foi levada para o Hospital de Clínicas de Curitiba, onde chegou e logo foi en-

caminhada para a realização de laparotomia exploradora, recebendo, após, tratamento na coxa direita e na parede abdominal, somente saindo daquele nosocômio no dia 25 de março de 1997.

A equipe médica de Curitiba, ao receber a paciente, desde logo constatou que ela tinha “secreção achocolatada e fétida na ferida cirúrgica” (fl. 26), bem como “fascíte necrotizante” (fl. 26), podendo-se perceber igualmente que documentos médicos insuspeitos daquele hospital confirmaram que a autora contraiu “infecção pós-operatória” (fl. 27), e o exame de laboratório confirmou a presença de *acinetobacter baumannii* (multirresistente) (fl. 27), diagnóstico este que certamente justifica porque a autora foi submetida a operação de emergência e a diversos outros procedimentos médicos, todos relacionados e especificados no documento de fl. 27. A autora ainda permaneceu por vários dias em unidade de tratamento intensivo e somente recebeu alta do hospital em 25 de março de 1997.

Como já explicitado anteriormente, a questão reside fundamentalmente em saber se aquela bactéria foi contraída durante o procedimento realizado no Hospital Santa Cruz, se a autora já possuía a bactéria em seu organismo e se a operação, bem como seu quadro de debilidade somente serviram de ponte para o desenvolvimento da infecção ou se a bactéria foi contraída no hospital de Curitiba.

Essa última possibilidade está completamente descartada, na medida

em que a autora foi levada para Curitiba com o quadro de infecção instalado, tanto que lá chegando foi submetida a diversos procedimentos médicos, operações e medicação, com a evolução do quadro até receber a alta hospitalar. Os documentos médicos emitidos pelo Hospital de Clínicas de Curitiba bem demonstram que a infecção e os problemas decorrentes da manifestação da bactéria estavam em franco andamento quando a paciente passou a ser tratada pelo corpo clínico do referido hospital.

Por outro lado, tem-se que a prova pericial mostra-se suficientemente completa e repleta de elementos para que se forme juízo seguro no sentido de que a bactéria efetivamente foi contraída durante a permanência da autora nas dependências do Hospital Santa Cruz, uma vez que essa situação mostra-se a única com possibilidade concreta de ser verdadeira, mormente em confronto com a tese defensiva do hospital de que a autora contraiu a bactéria em local diverso e somente a operação serviu de mola propulsora da infecção.

Lendo as conclusões da perita em consonância com os documentos médicos que aportaram ao processo, pode-se constatar que a bactéria que os exames verificaram “é mais freqüente em ambiente hospitalar” (fl. 208), ainda que não se descarte sua presença em outros locais, como “água, solo, mãos” (fl. 208), podendo ainda registrar que a perita concluiu que é “rara” a presença desse organismo em água, solo, alimentos, ani-

mais (fl. 209). A perita negou que a bactéria pudesse permanecer no corpo da paciente latente e somente se manifestar em caso de operação cirúrgica (fl. 211), de modo que a perita concluiu que “[...] esta infecção iniciou na parede da incisão cirúrgica e não por via baixa (vaginal). Quando a paciente foi internada ela teve uma evolução ruim para parto normal (via vaginal) sendo que o Dr. Antônio optou pelo parto cesariana. Na ficha de evolução a paciente foi tocada por duas vezes, isto significa que a porta de entrada não deve ter sido via baixa” (fl. 211).

A bactéria que a autora contraiu durante a realização do procedimento cirúrgico ou durante o período de internamento nas dependências do Hospital Santa Cruz acabou provocando “fascíte necrosante”, que, segundo a perita, consiste numa “[...] infecção rara dos tecidos moles causada por uma bactéria de alta virulência produtora de toxinas que caracteriza-se por necrose facial disseminada que poupa relativamente a pele e a musculatura adjacente” (fl. 208).

Além dessa prova técnica, que se mostra absolutamente concludente, desde que as respostas da perita sejam consideradas de forma global, não particularizadas, conveniente registrar que onexo causal está devidamente demonstrado, porque a perita afastou que a autora pudesse ter contraído a bactéria em situação diversa ao procedimento médico realizado nas dependências do Hospital Santa Cruz. A perita efetivamente não concluiu que

a bactéria foi contraída no hospital, porque essa prova seria absolutamente inviável de ser produzida, uma vez que a autora foi transportada para centro diverso, mas já com os sintomas da infecção em pleno desenvolvimento. Embora a perita não tenha afirmado que a bactéria foi contraída no hospital, descartou outra possibilidade para a infecção, gerando, com isso, o estabelecimento donexo causal.

Por isso, “Se a ‘perícia é o único meio probatório com que pode contar o julgador, sua sentença deve ser traçada dentro desta prova, aceitando ou recusando as respostas mais razoáveis ou menos condizentes com a verdade’ (JC 34/268)” (Ap. Cív. n. 2000.004535-7, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

E não fosse somente a perícia médica realizada, tem-se que os documentos juntados foram corroborados pelos depoimentos colhidos na comarca de Curitiba, mormente com a inquirição dos médicos que atenderam a paciente nos dias de internamento.

O médico Joel Totsugui (fls. 386 e 387) esclareceu que a paciente já chegou ao hospital de Curitiba com a bactéria, “pelo estado em que chegou” (fl. 387), acrescentando que a referida bactéria “não permanece latente dentro do organismo” (fl. 386), destacando que a bactéria encontrada na autora “é incomum de uma maneira geral; que quando é encontrada normalmente é no meio hospitalar” (fl. 386) e finalizando ao dizer que é “muito remota a possibilidade da requerem-

te ter contraído a bactéria no período em que ficou fora do hospital” (fl. 387). O médico Ivan Augusto Collaço, embora tenha consignado que a bactéria poderia estar na paciente, disse que “quando a paciente deu entrada no HC, seu estado era de infecção grave; que a paciente não poderia ter contraído a infecção no HC, pois já chegou infectada” (fl. 388), acrescentando que “a infecção se encontrava na incisão cirúrgica” (fl. 388).

Ora, diante dos depoimentos médicos, principalmente dos médicos que receberam a paciente em Curitiba, bem como da prova pericial produzida, não se poderia concluir pela versão que absolutamente se mostra exótica e de remota probabilidade, vale dizer, que a autora já estava infectada quando foi hospitalizada ou que a bactéria foi contraída em meio diverso ao ambiente hospitalar. Essa versão afigura-se como um dado completamente divorciado do contexto do processo, bem como da literatura médica, devendo ser rejeitada.

Logo, a comprovação do nexo causal não pode ser objeto de dúvidas maiores, não se podendo esquecer o disposto no art. 335 do CPC, na medida em que o juiz deve atentar relativamente ao ônus da prova a respeito daquilo que ordinariamente acontece, conforme as regras da experiência comum. Ora, concluir que a autora não contraiu a bactéria no hospital Santa Cruz, quando o ambiente hospitalar praticamente se mostra o único hospedeiro desse organismo, seria contrariar uma lógica natural das coi-

sas, desprezando a perícia e as declarações médicas.

Destaca-se sobre o tema:

“Responsabilidade civil. Infecção hospitalar. Condutas culposas do médico e do hospital. Concausas sucessivas. Indenização devida.

“A fasceíte necrosante é uma grave infecção bacteriana, previsível, entre outros casos, na cesariana. Pode não ser tipicamente uma infecção hospitalar, mas, em a adquirindo a parturiente em seguida ao parto cirúrgico, no ambiente do nosocômio que aceitou a sua internação, passa a comportar aquela qualificação, servindo para positivar o descumprimento do dever, inerente à prestação do serviço hospitalar, de propiciar à paciente ambiente saudável e promover permanentemente o controle da infecção. E o ginecologista-obstetra, que assistia a paciente desde o pré-natal e assim permaneceu após realizar o parto cesário, ao descurar-se de investigar, adotando as providências cabíveis, a anormalidade apresentada por ela dois dias após a cirurgia, vindo a lhe dar alta apesar das queixas e do aparecimento dos primeiros vestígios da enfermidade, ensejando o seu agravamento, com o retardo do diagnóstico, descumpriu igualmente o dever jurídico de cuidado pronto e eficiente” (Ap. Cív. 595/96, rel. Des. Laerson Mauro, TJRJ, 8ª Câmara).

Estabelecida a responsabilidade do hospital, resta verificar os pedidos deduzidos pela autora. O pedido de pensão mensal até a idade prová-

vel de vida da autora mostra-se insuscetível de ser deferido, porque a perícia médica constatou a plena capacidade de trabalho (fl. 210). Logo, a pensão mensal representaria fomento ao ócio sem amparo fático e jurídico.

Em relação aos danos estéticos, morais e psicológicos, tem-se que as fotografias (fls. 63 e 64) demonstram as lesões sofridas pela autora com a atuação da bactéria, bem como dos procedimentos cirúrgicos a que foi submetida para a sua recuperação. Essas lesões deformantes geram repulsa perante terceiros, pois a autora restou afetada com sete cicatrizes cirúrgicas, dispensando maiores considerações para a conclusão de que houve dano moral.

Os danos morais são devidos simplesmente pelas lesões decorrentes das intervenções cirúrgicas após a infecção, trazendo natural desgosto. O dano moral, portanto, é decorrente precisamente da dor e do sofrimento advindos da intervenção cirúrgica para tratamento da infecção produzida pela bactéria, como a necessidade de internação por determinado período, das lesões físicas e de seus reflexos negativos na vida cotidiana da autora.

Discorrendo sobre os pressupostos do dano moral, José de Aguiar Dias assevera:

“Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção,

ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material” (Da Responsabilidade Civil, Forense, Rio de Janeiro: 1995, p. 729).

Na fixação do dano moral, convém ponderar que a autora contava com 24 anos ao tempo do infortúnio, já tendo dois filhos. Pessoa bastante simples que reconheceu a falta de condições financeiras para cuidar do primeiro filho, entregue para procedimento de adoção. Era solteira e segundo a qualificação contida no termo de declarações, trabalhava como doméstica. A ré é pessoa jurídica de direito privado. A culpa pela lesão pode ser classificada como de média intensidade, na medida em que não foram observados os deveres para a limpeza e assepsia do local e instrumentos, embora a infecção hospitalar seja de ocorrência mundial, variando somente os índices de sua aceitação. A situação financeira do hospital certamente não se mostra favorável a indenizações vultosas, com prejuízo à coletividade. Nesse contexto, arbitro os danos morais em R\$ 10.000,00, que devem ser corrigidos monetariamente a partir da sentença, sofrendo a incidência de juros de mora contados da citação.

No tocante ao dano estético e dano psicológico, não vislumbro con-

dições de promover distinções entre as espécies, porque “é o estético causando o moral, ou o moral pelo estético, firmando uma só corrente de causa e efeito. São partes íntimas e indissolúvelmente ligadas, de um mesmo fenômeno psicológico. Um não funciona sem o outro, dada a dependência muito estreita que guardam entre si. Ambos têm causa próxima comum, o dano físico; e, como fonte remota, o acidente. Com essa confusão, a condenação num e noutro, como pretendida pelos embargantes, seria um *bis in idem*, o que não encontra amparo no direito” (REsp n. 57824-8, de Minas Gerais, rel. Min. Costa Leite).

Não há vislumbrar um dano estético propriamente dito que não seja dano moral, dano psicológico, porque em verdade os conceitos se equivalem para fins de ressarcimento, pois o dano estético, que representa um afetamento da vítima e enseja a possibilidade de recuperação com meios mecânicos ou cirurgias, naturalmente converte-se em dano material. Um dano puramente estético pode ser identificado como espécie de dano moral, recomendando uma só verba indenizatória.

Veja-se:

“Ação de indenização por responsabilidade civil em acidente de trabalho. Fato constitutivo do direito do autor devidamente demonstrado. Obrigação de indenizar inescusável. Dano estético e dano moral. Inacumulatividade.

“1. A ausência de equipamentos de segurança individuais para proteção de empregados em exercício de atividade de alto risco configura culpa inconcussa do empregador. A ele cumpre adotar dispositivos que assegurem a integridade física do funcionário, especialmente se o equipamento de que se utilizam, por si só, já cria uma situação de perigo.

“2. ‘Constituindo-se o dano estético em espécie do gênero dano moral, é inadmissível a cumulação das indenizações correspondentes a um e a outro’ (TJRJ, ACV 13480/98, rel. Des. Carlos Ferreira).

“3. ‘O dano estético normalmente não se acumula com o dano moral, fazendo sim dele parte’ (TACRJ, ACV 10144, rel. Juiz Wlatter Felipe D’Agostino)” (Ap. Cív. n. 2002.002156-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer).

Cabível, todavia, a condenação do réu ao pagamento de cirurgia reparadora, pois “existindo deformidade, entende-se cabível a indenização por dano estético, devendo-se, inclusive, admitir a correção através de cirurgia plástica a fim de minorar a dor acarretada à vítima” (Ap. Cív. n. 2003.001444-6, de Biguaçu, rela. Desa. Salete Silva Sommariva), valendo destacar que a própria perícia médica apontou a correção cirúrgica como meio idôneo para minimizar as lesões deformantes. A forma e os valores que serão despendidos para efetivação da cirurgia deverão ser apurados por liquidação de sentença, por artigos ou arbitramento, uma vez

que não há provas suficientes para delimitar os gastos nem a extensão das lesões que podem ser corrigidas ou minoradas.

O pleito para condenação do réu ao pagamento de eventual dano futuro decorrente do fato não pode ser concedido, porque isso representaria uma condenação meramente baseada em hipótese, miragem de lucro cessante.

Por isso, “os lucros cessantes, para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos. Nesse sentido é que se deve entender a expressão legal: razoavelmente deixou de lucrar. A simples alegação de um lucro que poderá ser obtido com os proventos esperados do contrato que não foi executado não pode ser objeto de indenização, por isso que se trata de uma impossibilidade ou expectativa, em que predomina o arbítrio ou capricho do reclamante (cf. Cunha Gonçalves, ob. cit., p. 509) quando não haja nisso tudo apenas ilusão ou fantasia” (Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado. 5ª ed., volume XIV, p. 256).

Washington de Barros Monteiro professa:

“Referentemente aos lucros cessantes, porém, não serão atendidos se não ao menos plausíveis ou verossímeis. Não se levam em conta benefícios ou interesses hipotéticos, porquanto estes, pela sua própria natureza, não admitem direta comprova-

ção, tendo-se, pois, como inexistentes em direito. Medite-se, com efeito, no exemplo do mesmo Van Wetter: o vendedor deixa de entregar as iscas para uma projetada pesca. O comprador não pode pretender ressarcimento do valor dos peixes que apanharia, se as iscas lhe tivessem sido realmente entregues. Como ensina Hans Albrecht Fischer, ao direito compete distinguir cuidadosamente essas miragens de lucro, de que falava Dernburg, da verdadeira idéia de dano. Não se indenizam esperanças desfeitas, nem danos potenciais, eventuais, supostos ou abstratos” (Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações, 1ª parte, 13ª ed., Saraiva: São Paulo, vol. 4, p. 334).

Não havendo fixação de pensão mensal, inviável determinar-se a constituição de capital a que alude o art. 602 do CPC.

No tocante à lide secundária, tem-se que o Hospital Santa Cruz não comprovou a participação culposa do médico Antônio Merhi Seleme, que atendeu a paciente sucessivas vezes no hospital e foi responsável pelo parto a que a autora foi submetida. A responsabilidade do médico é substancialmente diversa da responsabilidade do hospital pelos serviços prestados ao paciente. O médico responde sempre subjetivamente, com base na culpa, em suas diversas modalidades, porque a sua conduta deve ser informada por regras técnicas da profissão, não lhe cabendo responder por todo e qualquer dano decorrente de sua intervenção.

Na espécie em exame, a denunciação da lide foi deferida, mas o próprio denunciante não apontou concretamente em qual das hipóteses do art. 70 do CPC estaria configurada a responsabilidade regressiva do médico, nem a fonte dessa mesma obrigação. Presume-se então que o hospital denunciou a lide ao médico imputando-lhe conduta culposa no atendimento da paciente e na ministração dos remédios. Todavia, a prova documental colhida e a própria perícia não trouxeram nenhum elemento de convicção que pudesse sustentar a responsabilidade do médico pela instalação da infecção, mormente quando essa infecção ocorreu pelo uso de equipamentos do hospital em condições inferiores de higiene e assepsia.

Carlos Roberto Gonçalves professora:

“É de lei que o ônus da prova incumbe a quem alega (CPC, art. 333, I). Ao autor, pois, incumbe a prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

“A vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende, são verdadeiros. A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova (Elementos de derecho procesal civil, 1940, p. 205). Claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reco-

nhecimento do direito pleiteado (Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, Forense, vol. 3, p. 379)” (Responsabilidade Civil, 6ª edição, Saraiva, 1995, p. 646).

E complementa:

“Em matéria de ônus da prova (seja da existência do dano, da relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, e da culpa) é de se lembrar que, se o autor não demonstra o fato constitutivo do direito invocado, o réu não pode ser condenado por dedução, ilação ou presunção” (ob. cit., p. 657).

Veja-se a orientação jurisprudencial, em acórdão da lavra do saudoso Desembargador Eder Graf:

“Responsabilidade civil — Indenização — Ausência de comprovação dos danos reclamados — Pleito improcedente.

“Não basta que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou (José de Aguiar Dias)” (Ap. Cív. n. 1997.001449-0, de São Miguel do Oeste, julgada em 12-8-97).

Como o hospital chamou à lide o médico responsável pelo atendimento, tocava-lhe o ônus da prova de que o médico agiu culposamente e sua conduta desencadeou o processo infeccioso.

Nesse sentido:

“Apelação cível — Ação de indenização por danos morais e

materias — Osteossarcoma — Efeito colateral — Atendimento médico preliminar — Impossibilidade de atendimento diferenciado — Inocorrência de negligência — Culpa inexistente — Decisão mantida — Recurso desprovido.

“Não demonstrado que a enfermidade decorreu de tratamento médico resultante de omissão, imperícia ou negligência dos profissionais que atenderam a paciente, e muito menos que fosse possível o diagnóstico preliminar desta nas circunstâncias relatadas, resta afastada a obrigação de indenizar” (Apelação Cível n. 2003.008369-3, de Araranguá, rel. Des. José Volpato de Souza).

E finalmente:

“Indenização. Responsabilidade civil do médico. Obrigação de meio. Ausência da prova do agir culposo. Ausente prova robusta do agir culposo do médico, por imprudência, negligência ou imperícia, não há falar em obrigação de indenizar os danos alegados, *máxime* quando a prova pericial corrobora a versão do requerido assentando ter sido o procedimento adotado o indicado e usual naquelas circunstâncias” (TJRS, 5ª CC, Ap. Cív. n. 599247830, Lagoa Vermelha, rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha).

3. Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados para condenar o réu a pagar à autora a importância de

R\$ 10.000,00, corrigida a partir desta data até o efetivo pagamento, com juros desde a citação, a título de danos morais, condenando-o ainda na obrigação de fazer, consistente em submeter a autora a cirurgias estéticas para correção das lesões físicas provocadas pela infecção, o que deverá ser objeto de liquidação de sentença, facultando ao hospital, todavia, alternativamente, suportar os gastos com essas operações, desde que indicadas por profissional nomeado. Por outro lado, julgo improcedente a denúncia à lide, condenando o Hospital Santa Cruz, denunciante, ao pagamento dos honorários de advogado da parte adversa, arbitrados em R\$ 2.000,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC, bem como às custas da denúncia da lide. Como a autora sucumbiu parcialmente, fica obrigada ao pagamento da metade das custas processuais e honorários da parte adversa, arbitrados em R\$ 1.700,00, verbas essas cuja exigibilidade observará o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50. Arbitro os honorários dos procuradores da autora em 20% sobre o valor da condenação, assim compreendido o montante arbitrado para os danos morais. O réu suportará as despesas do processo (perícia médica).

P.R.I.

Canoinhas, 28 de setembro de 2004.

Leandro Passig Mendes,
Juiz de Direito.

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CUNHA PORÃ
PROCESSO N. 021.03.000990-2****JUIZ DE DIREITO: DR. LUIZ HENRIQUE BONATELLI**

Vistos etc.

I.

1 — O representante do Ministério Público em exercício neste Juízo ofereceu denúncia contra Edson Luis Laurindo da Silva, Luis Felipe Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa, Paulo Augusto Arruda Hoff, Gilberto Ventura, Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo, todos já qualificados, dando os 6 (seis) primeiros como incurso nas sanções do artigo 288, parágrafo único, artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, ambos do Código Penal, e artigo 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, e os dois últimos nas sanções dos artigos 288, parágrafo único, e 348, *caput*, ambos do Código Penal, todos combinados com os artigos 26 e 69 também do Estatuto Repressivo, porque:

“Em meados de novembro e início de dezembro do ano de 2003, os denunciados Edison Luis Laurinda da Silva, que dirigia a atividade dos demais agentes, Luis Felipe Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio Cesar da Costa, Paulo Augusto Arruda Hoff, Gilberto Ventura, Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo, associaram-se, de comum acordo e de forma estável e permanente, para o fim específico de cometimento de cri-

mes contra o patrimônio, especialmente roubo, inclusive utilizando-se de armas de fogo.

“Dessa forma, no início do mês de dezembro do corrente ano, o bando armado se reuniu novamente e, após exaustivo trabalho investigativo, os denunciados Luis Felipe, Edison Luis, Ronaldo, Júlio Cesar, Paulo Augusto e Gilberto resolveram assaltar ônibus que transportavam turistas que planejavam fazer compras no Paraguai.

“Assim, no dia 1º de dezembro de 2003, por volta das 22 horas, os denunciados Luis Felipe, Edison Luis, Ronaldo, Júlio Cesar, Paulo Augusto, de posse de um veículo Vectra, cor prata, com um giroflex ligado sobre o teto do veículo, em comunhão de designios com o denunciado Gilberto, que por sua vez estava em um veículo Gol, placa ALA 4709, abordaram o ônibus Volvo, placa IHK 8547, que fazia o percurso Santo Ângelo(RS)—Ciudad Del Leste (Paraguai), quando este trafegava na BR—158, na altura do trecho de acesso a esta cidade e comarca.

“Para tanto, os denunciados emparelharam o veículo Vectra com o ônibus, ocasião em que dois dos denunciados faziam sinal para que o motorista parasse o coletivo.

“Como o motorista do ônibus não parou o veículo, os denunciados continuaram perseguindo o coletivo e dispararam dois tiros de advertência, tendo então o motorista, temendo por sua vida e da dos passageiros, parado o ônibus.

“Nesse momento, os denunciados Luis Felipe, Edison Luis, Ronaldo e Paulo Augusto adentraram no referido ônibus, enquanto o denunciado Júlio Cesar tomava a direção do veículo Vectra, seguindo todos para uma estrada secundária às margens da BR—158.

“Durante o trajeto, os denunciados Luis Felipe, Edison Luis, Ronaldo e Paulo Augusto, que estavam fortemente armados, portando um fuzil semi-automático 9mm e diversas pistolas, renderam todos os passageiros, ocasião em que, com manifesto *animus rem sibi habendi*, passaram a subtrair os pertences das vítimas, tais como aparelhos celulares, dinheiro (R\$ 500,00 em espécie de cada um dos 25 passageiros), além de cheques, carteiras com documentos etc. Enquanto isso, o denunciado Gilberto, visando a dar apoio e comunicar os demais comparsas de eventual aproximação da polícia, permanecia vigiando o trevo de acesso à BR—158.

“É de se destacar que os denunciados possuíam e portavam armas de uso restrito e proibido (documentos de fl. 174 *usque* 176), sem o devido registro ou porte e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

“Durante a empreitada criminosa o motorista e os passageiros foram

constantemente ameaçados de morte pelos denunciados e que chegaram, inclusive, a ser agredidos com coronhadas.

“De posse da *res furtiva* violentamente subtraída, os denunciados, após a chegada da polícia, empreenderam fuga, embrenhando-se no mato, ocasião em que telefonaram para os também denunciados Charles e Rodrigo para que viessem resgatá-los.

“Assim, naquela noite, os denunciados Charles e Rodrigo se deslocaram do Estado do Rio Grande do Sul para esta cidade visando auxiliarem a subtrair à ação das autoridades os seus comparsas praticantes do assalto. No entanto, no momento em que chegaram ao local combinado foram surpreendidos e presos pela polícia.

“Por fim, convém ressaltar que os acusados Ronaldo Bandeira Mack e Júlio Cesar da Costa colaboraram voluntariamente com a investigação policial na identificação dos demais co-autores, bem como no devido esclarecimento dos fatos apurados”.

Encontram-se presos preventivamente Edson, Luis Felipe, Ronaldo, Júlio César e Gilberto Ventura. Paulo Augusto está foragido, Charles e Rodrigo estão soltos.

2 — A preambular acusatória foi recebida na data de 18 de dezembro de 2003, acompanhada do respectivo inquérito policial. Citados pessoalmente todos os réus em 18-12-03, em 22-12-03 foram interrogados somente Edson Luis Laurindo da Silva, Luis

Felipe Laurindo da Silva, Gilberto Ventura, Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo, porque Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa e Paulo Augusto Arruda Hoff empreenderam fuga do presídio desta comarca em 20-12-03, decretada a revelia dos ausentes no interrogatório embora presentes seus defensores.

No tríduo legal não houve apresentação de defesa prévia, não obstante intimados.

Foram certificados os antecedentes dos acusados.

Na instrução processual foram inquiridas as vítimas e testemunhas arroladas.

Noticiada a recaptura dos acusados Ronaldo e Júlio César, foi expedida carta precatória para interrogatórios, devidamente cumprida (fls. 508, 602 a 613).

Na fase do artigo 499 do CPP, nada foi requerido.

No prazo do artigo 500 do mesmo diploma legal, o Ministério Público pugnou pela procedência total da denúncia. Edson Luis Laurindo da Silva, Luis Felipe Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa e Paulo Augusto Arruda Hoff, embora confessando a autoria dos fatos, postularam o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o benefício da delação premiada. Gilberto Ventura requereu absolvição por não ter participado dos fatos ou, alternativamente, o reconhecimento de participação de menor importância.

Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo requereram absolvição argumentando que não estavam nesta cidade no dia do assalto e que só foram presos no dia seguinte porque vieram prestar ajuda aos acusados sem saber do assalto praticado.

É o breve relatório.

Decido.

II.

3 — Trata-se de persecução criminal incondicionada, instaurada mediante denúncia do Ministério Público, objetivando apurar a responsabilidade de Edson Luis Laurindo da Silva, Luis Felipe Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa, Paulo Augusto Arruda Hoff, Gilberto Ventura, Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo, pela prática, em tese, dos delitos de formação de quadrilha, na forma qualificada, roubo, porte ilegal de arma e favorecimento pessoal, na forma acima especificada.

As cautelas próprias do processo penal têm por finalidade só impor responsabilidades — obrigação de suportar os efeitos jurídicos da prática da infração penal — a quem tenha realizado a conduta típica e antijurídica.

O delito de quadrilha é definido no art. 288 do CP como “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, sendo qualificado se a quadrilha ou bando é armado (parágrafo único do citado dispositivo).

A figura típica do delito de roubo consiste, segundo a redação do artigo 157 do Código Penal, em: “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”. Ocorre aumento da reprimenda corporal, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma, em concurso de duas ou mais pessoas e se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (§ 2º, incisos I, II e V, do mesmo diploma legal).

Na lição do mestre Nelson Hungria,

“Embora com título próprio e pena autônoma, o roubo não é mais que o furto qualificado pelo emprego de violência, física ou moral, contra a pessoa ou qualquer outro meio para reduzi-la à incapacidade de resistência” (Comentários ao Código Penal, vol. VII, Ed. Forense, 1980, p.54).

Ainda, segundo o mestre,

“a violência física ou moral se entende dirigida contra o detentor da coisa (seja ou não o proprietário) terceiro que arrote o ladrão. O sujeito passivo da violência pode ser diverso do sujeito passivo da lesão patrimonial” (ob. cit., p. 55).

Finalmente, o roubo é considerado um delito complexo, ou seja, contra o patrimônio e contra a pessoa e, para que se tenha consumado, basta que exaurida a ação em relação a qualquer dos dois interesses tutelados pela lei penal.

Sobre o delito de quadrilha, Julio Fabbrini Mirabete ensina que:

“O crime de quadrilha ou bando é um crime coletivo, plurissubjetivo ou de concurso necessário de condutas paralelas. Exige a lei para a configuração do ilícito a associação estável de pelo menos quatro pessoas. [...] É necessário que haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos. Exige-se, assim, uma estabilidade ou permanência com o fim de cometer crimes, uma organização de seus membros que revele acordo sobre a duradoura atuação em comum. Pouco importa, porém, que os componentes da quadrilha não se conheçam reciprocamente, que tenham ou não um líder, que estejam ou não designados para tarefas específicas, que todos participem ou não de cada ação delituosa praticada etc. É irrelevante, aliás, que haja uma organização apenas rudimentar” (Código Penal Interpretado, 1ª ed., SP: Atlas, 1999, p. 1.547).

Luiz Régis Prado também leciona:

“O núcleo do tipo é associar-se, que significa unir-se, juntar-se, reunir-se. É necessária a reunião de mais de três pessoas, caracterizando a quadrilha ou bando, ou seja, exige-se, no mínimo, quatro pessoas. Entende-se por quadrilha ou bando a ‘reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes’ (Nelson Hungria, Comentários

ao Código Penal, vol. IX, Rio, Forense, 1959, p. 177). A associação tem como objetivo a prática de crimes, excluídos a contravenção ou atos imorais” (Código Penal Anotado e Legislação Complementar, RT: São Paulo, 1997, p. 849).

Sobre o delito de favorecimento pessoal, Delmanto ensina que:

“Pune-se a conduta de auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública. A conduta deve ser comissiva e não omissiva, mas qualquer meio de execução pode vir a caracterizar o delito: ocultação do autor de crime, auxílio para sua fuga, despistamento, etc.” (Delmanto, Celso. Código Penal Interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 716).

4 — Feitas as necessárias colocações, passo à análise dos fatos e das provas produzidas no presente feito, movido pelo Ministério Público contra Edson Luis Laurindo da Silva, Luis Felipe Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa, Paulo Augusto Arruda Hoff, Gilberto Ventura, Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo.

Roubo

A materialidade do delito está estampada no Boletim de Ocorrência de fl. 11, documentos de fls. 27-28, 47-48, 51 e 54, Autos de Exame Pericial em Arma de Fogo de fls. 181 a 183 e Auto de Exibição e Apreensão de fl. 396.

Autoria

A autoria foi confessada por todos os denunciados pelo roubo, embora Gilberto Ventura alegasse que não esteve no ônibus e não portou armas.

Depreende-se dos autos que o grupo se organizou em Porto Alegre para assaltar nesta região um ônibus de “sacoleiros” do Paraguai, e da capital gaúcha se dirigiram para o Oeste de Santa Catarina em 30-11-2003, sendo que Gilberto Ventura e Júlio César vieram no veículo Gol locado, enquanto que Ronaldo, Luis Felipe, Edson Luis e Paulo Augusto vieram num Vectra furtado.

Chegando nesta região, o grupo fez um levantamento escolhendo o local em que se daria o assalto, e depois foram para Chapecó pernoitar.

Na noite dos fatos, 1^o-12-2003, o grupo se dividiu, ficando Gilberto Ventura com o Gol no trevo de acesso à BR—158, cuidando de eventual aproximação da polícia para avisar ao grupo, enquanto que os demais, no Vectra dirigido por Edson Luis tendo Ronaldo ao seu lado, postaram-se na altura do local conhecido como Belvedere, na BR—158, nesta cidade, abordaram o primeiro ônibus que passou, perseguindo-o, emparelhando com ele, sendo que Ronaldo disparou dois tiros para o alto obrigando o motorista a parar. Parado o ônibus, Júlio César assumiu a direção do Vectra e os demais componentes do grupo invadiram o coletivo, fizeram-no entrar

em um estrada de chão batido afastando-se da BR, onde pararam e começaram a subtrair, mediante violência e emprego de armas de fogo de grosso calibre, os pertences dos passageiros. Ronaldo ficou rendendo o motorista, Paulo postou-se no fundo do ônibus enquanto Luis Felipe e Edson Luis recolhiam os pertences, dinheiro e celulares, colocando tudo numa sacola, mas tiveram de fugir, empreendendo fuga para o mato porque a polícia já estava próxima do Vectra estacionado em frente ao ônibus, sendo que Gilberto não conseguiu ligar para os comparsas avisando-os.

Exceto Gilberto Ventura, preso naquela mesma noite, os demais denunciados permaneceram alguns dias nas matas desta região, e inclusive estiveram na residência do agricultor Moacir Bichet, onde pediram comida e deram em pagamento R\$ 200,00. Posteriormente, foram presos em Frederico Westphalen—RS.

Nesse sentido a confissão em juízo de Luis Felipe:

“[...] mais tarde, já em novembro Ronaldo convidou novamente e então aceitaram; que saíram de Porto Alegre num domingo sendo que o interrogando não convidou ninguém, e nem se reuniu com ninguém antes [...] que saíram num domingo, num Vectra estando naquele veículo seu irmão Edson, Ronaldo, Paulo e o interrogando; que no Gol vinham o Gilberto e o Júnior [...] que vieram aqui no domingo, olharam a região e depois foram para Chapecó [...] que a função de Gilberto era de batedor [...] que fica-

ram parados numa estrada e quando passou o primeiro ônibus saíram atrás; que o Ronaldo fez uns disparos e o ônibus parou, então saíram o interrogando, o Edson, o Ronaldo e o Paulo e ingressaram no ônibus, enquanto o Júlio assumiu a direção do Vectra; que tiraram o ônibus da rodovia e o fizeram entrar numa estrada de chão, um pouco para dentro; que Ronaldo ficou rendendo o motorista, o Paulo postou-se no fundo do ônibus enquanto que o interrogando e seu irmão recolhiam o dinheiro e quatro celulares; que pegaram só dinheiro e celulares e logo a polícia chegou [...] que então saíram correndo para o mato [...] que dormiram no chão durante o dia e à noite caminhavam [...] que na quarta-feira à tardinha o Edson e o Ronaldo falaram com um senhor que estava passando veneno no fumo, pois estavam com fome, e ele trouxe ovos, massa, pão e café [...] que não viram o Gilberto ser preso embora o tenham visto passando na rodovia [...] que no sábado de manhã quando amanheceu o dia o Edson saiu atrás de condução e voltou com uma Van [...] foram pegos na BR; que transportavam armas e dinheiro [...] que fizeram o assalto mas não tem certeza de quanto dinheiro arrecadaram [...] que as armas que aparecem na mesma fotografia estavam com o grupo no assalto, sendo que a grande, o fuzil, estava com o Ronaldo, uma pistola com o Paulo e outra com o depoente [...]” (fls. 260 a 261).

Também Edson Luiz confessou:

“[...] que o Gilberto veio com o Gol acompanhado do Júlio; o interro-

gando, o Ronaldo, o Luis Felipe e o Paulo vieram no Vectra [...] que no domingo estiveram aqui e deram uma olhada no trecho de Iraí a Maravilha para escolher o trecho do assalto [...] que perseguiram o ônibus com o interrogando dirigindo o Vectra e o Ronaldo ao seu lado [...] que o ônibus parou e entraram primeiro o interrogando, Ronaldo, Paulo e o Luis Felipe, enquanto o Júlio ficou no carro [...] que não chegaram a contar o dinheiro, mas pegaram acima de R\$ 10.000,00 até R\$ 14.000,00 e alguns celulares [...] que permaneceram na região até sábado de manhã [...] que reconhece o fuzil e as pistolas exibidas na fotografia nesta ocasião como as que utilizaram na ocasião do assalto [...]” (fls. 263 e 264).

Igualmente confessou Gilberto Ventura:

“[...] que é verdadeira a acusação porque prenderam o interrogando junto com eles, mas não estive no ônibus nem portou armas [...] que a função do interrogando era ficar esperando quando eles ligassem para irem buscá-los [...] que foi preso às 4 horas da manhã [...] que no momento do assalto estava em Maravilha [...]” (fls. 257 e 258).

Ronaldo, interrogado por carta precatória, também confessou:

“[...] aí o Edson Laurindo da Silva, conversei com ele e ele me convidou para assaltar o ônibus [...] ele disse que tinha armas e um Vectra [...] era um fuzil, cinco pistolas e uma espingarda calibre 12 [...] era eu, o Ed-

son, o Felipe, que é irmão dele, o Paulo e o Júlio César da Costa, que fomos pegar o ônibus, e o Gilberto [...] nós fizemos o assalto, abordamos o ônibus lá em Santa Catarina, subimos no ônibus, levamos o ônibus para estrada de chão para pegar o dinheiro [...] eu fiquei na frente com o motorista, para guiar ele, os guris atrás, o Edson, o Paulo e o Felipe, para arrecadar o dinheiro, carteira, celular, e o Júlio na direção do Vectra nos seguindo [...] deu uns dois minutos vieram as viaturas da polícia, aí fizemos a fuga pelo mato [...] levamos mais 5 dias no mato, até a entrada no Rio Grande do Sul [...]” (fls. 604 a 606).

Por fim, Júlio César, também interrogado por carta precatória, igualmente confessou, como se vê do termo de fls. 609 a 613.

As confissões dos acusados foram corroboradas pelos depoimentos das testemunhas arroladas pela denúncia, como se vê dos depoimentos dos policiais militares Carlos Alberto Gruber (fls. 381 e 382) e Francisco Novak Cavalheiro (fls. 379 e 380), estes que abordaram e detiveram o réu Gilberto Ventura no Belvedere, na BR—158, quando ele procurava os comparsas.

Ressalto ainda que a testemunha Moacir Bichet, agricultor que, em sua residência, forneceu lanche aos acusados alguns dias após o assalto, na polícia efetuou o reconhecimento de Paulo Augusto, Luis Felipe, Ronaldo Mack (que se identificara como Luis Francisco Mack), Edson Luis (fl. 127), e reconheceu em juízo,

pessoalmente, os réus Edson Luis, Luis Felipe, e por fotografias Paulo Augusto e Ronaldo.

As vítimas inquiridas, à unanimidade, também confirmaram o assalto nos termos confessados pelos réus, como se vê dos depoimentos de Dirceu Luiz Langer, motorista do veículo assaltado (fl. 483), João dos Santos Oliveira (fl. 493), Margarete Brasil Vieira (fl. 494) e Jarbas Alaor Benetti Pinheiro (fl. 495).

Assim, não há nenhuma dúvida de que Luis Felipe, Edson Luis, Ronaldo, Júlio César, Paulo Augusto e Gilberto Ventura praticaram o assalto descrito na denúncia.

De outro lado, a tese defensiva de Gilberto Ventura na qual busca o reconhecimento de participação de menor importância não merece acolhida, porque, na realidade, foi ele de fundamental importância para a realização do assalto. Anoto que Gilberto Ventura veio de Porto Alegre, pilotando um veículo Gol como batedor do grupo. No dia do assalto, postou-se em local estratégico, no trevo da BR—158, para cuidar da aproximação da polícia e assim alertar os demais integrantes do grupo, o que só não foi efetuado com perfeição haja vista a carença de sinal de celular nesta região.

Logo, mesmo não tendo estado no ônibus assaltando e portando armas, sua atuação foi decisiva à realização do assalto, não, sendo, pois, leve eficiência causal.

Da jurisprudência colhe-se:

“Não se trata de caso de participação de menor importância, conforme prevê o § 1º do artigo 29 do CP. Esta só tem aplicação quando a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal. Portanto, não é de menor importância a participação de quem atua de forma direta e ativa na ação delituosa, inclusive, fugindo na posse da *res furtiva*, para retirá-la da esfera de disponibilidade e de vigilância da vítima” (TACrimSP — AC — rel. Hélio de Freitas — JUTACrim 99/234).

Também:

“[...] É prescindível para a caracterização da co-delinquência que os agentes pratiquem os mesmos atos executórios. Bastando o encontro de vontades para prática do delito.

“A atividade do agente, mantendo-se vigilante à presença de outros que pudessem frustrar a atuação criminosa, o transporte e a ocultação do fruto do crime desconfigura a possibilidade de considerar a participação como de menor importância” (Ap. Crim. n. 2001.023545-5, de São José, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Como, além de vigilância empregada, Gilberto Ventura também transportou para esta região os demais integrantes do grupo assaltante, previamente planejado, afasto a tese de participação de menor importância.

5 — Passo a apreciar as qualificadoras.

A prova coletada demonstrou, com clareza solar, que os assaltantes

estavam fortemente armados, e dispararam pelo menos dois tiros para o alto para obrigar o motorista a parar o veículo, o que acabou ocorrendo. O próprio Ronaldo Bandeira Mack, em juízo, confessou que foram utilizados no assalto um fuzil, cinco pistolas e uma espingarda calibre 12 (fl. 604), o que restou corroborado pela prova testemunhal *supra*, bem como pelo Autos de Exame Pericial em Arma de Fogo de fls. 181 a 183, no qual os peritos relataram os disparos que atingiram o ônibus, ilustrado com fotografias.

Vê-se, pois, configurada a qualificadora do uso de arma prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Da mesma forma, pelas confissões dos acusados e pelos depoimentos das testemunhas *supra*, comprovou-se que o assalto foi praticado diretamente por Edson Luis, Luis Felipe, Ronaldo Mack, Paulo Augusto e Júlio César, tendo Gilberto Ventura ficado na vigilância da BR, restando, portanto, configurada a qualificadora do inciso II do § 2º do art. 157 do CP.

Comprovado que os acusados atuaram em comunhão de vontades no delito de roubo, empunhando armas de fogo para efetuar a subtração de valores das vítimas, impõe-se o reconhecimento das qualificadoras dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP.

Colhe-se da jurisprudência:

“Roubo qualificado — Réus presos na posse da *res furtiva*, quando empreendiam fuga — Autoria confes-

sa — Reconhecimento dos apelantes pelo vigia do posto assaltado — Concurso de agentes e emprego de armas devidamente comprovados — Materialidade confirmada — Crime consumado — Pena bem dosada — Sentença mantida — Recursos defensivos improvidos” (Ap. Crim. n. 1999.009501-0, de Joinville, rel. Des. Jorge Mussi).

De outro lado, importa reconhecer o afastamento da qualificadora prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do CP, porque, não obstante a restrição de liberdade das vítimas, tal restrição foi somente no tempo necessário para a subtração.

A propósito:

“Para configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso V, do CP, é necessário que a restrição à liberdade da vítima seja por tempo razoável e em circunstâncias que extrapolem a grave ameaça componente do próprio delito, o que não ocorre quando o ofendido é levado para os fundos de seu estabelecimento comercial e ali mantido em poder de um dos réus durante a execução da tentativa de assalto” (RT 754/654-5).

Quadrilha

Impende apreciar o crime de quadrilha, previsto no art. 288 do CP.

Tenho que, nesta parte, não assiste razão ao digno e culto Promotor de Justiça.

É que, não obstante sua afirmação em alegações finais de que os agentes se conheciam antes dos fatos e de que estavam associados para a prática de crimes, em especial assaltos a ônibus (fl. 637), nenhuma prova foi produzida no sentido de demonstrar a associação estável e permanente para a prática de crimes, que pudesse caracterizar a quadrilha. Anoto que, das confissões efetuadas, alguns dos réus afirmaram não conhecer todos os demais, e, segundo depreende-se, reuniram-se numa sexta-feira e partiram no domingo seguinte, com a pretensão de assaltar o primeiro ônibus. Não se provou a associação estável e permanente, exigida pela lei penal, para cometer crimes.

Destaco da lição de Mirabete já referida que:

“Exige-se, assim, uma estabilidade ou permanência com o fim de cometer crimes, uma organização de seus membros que revele acordo sobre a duradoura atuação em comum”.

Da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina colhe-se:

“Não basta para configurar o delito de quadrilha ou bando a reunião de mais de três pessoas para a execução de um ou mais crimes. É necessário que, além dessa reunião, haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos e uma contínua vinculação entre os associados para a concretização de

um programa delinqüencial” (RT 493/322).

Do Supremo Tribunal Federal também destaco:

“Crime de quadrilha. Elementos de sua configuração típica. O crime de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de pelo menos 4 (quatro) pessoas (RT 582/348 — RT 565/406); b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos (RTJ 102/614 — RT 600/383); e c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa (RT 580/328 — RT 588/323 — 615/272)” (HC 72.922-4-SP — DJU de 14-11-96, p. 44.469).

Logo, em não se tendo produzido prova cabal da associação permanente, estável, dos denunciados, tendente à prática de crimes, não há acolher o reconhecimento do delito de quadrilha, restando a configuração do concurso de agentes na forma já definida acima.

É preciso ressaltar que a tão-só comprovação de que alguns dos denunciados se conheciam não basta à comprovação da quadrilha, ausentes os demais requisitos do delito.

Afastado o crime de quadrilha, restou prejudicada a análise da qualificadora do bando armado.

Entendo, ainda, que a prova coletada não permite afirmar quem era

o líder do grupo, ou seja, aquele que dirigia a conduta dos demais, ressaltando clara dúvida se o grupo era comandado por Edson ou por Ronaldo, já que ninguém afirmou a liderança por parte de qualquer deles. Veja-se, por exemplo, que a denúncia afirmou que “Edson dirigia a atividade dos demais”, mas na abordagem do veículo Edson estava ao volante enquanto Ronaldo foi quem obrigou o motorista a parar o coletivo, parecendo que ele, Ronaldo, é que estava no comando. Já no interior do ônibus, Edson e seu irmão subtraíam os pertences das vítimas enquanto Ronaldo ocupava-se em manter o motorista sob mira. Entendo não ressaltar a liderança de nenhum deles em relação aos demais componentes do grupo.

Não merece acolhida, por outro lado, a tese defensiva buscando a mitigação da pena não apenas pela fuga dos acusados Ronaldo, Júlio e Paulo Augusto, que colocaram em risco inclusive a instrução criminal bem como a aplicação da lei penal, também principalmente pelo fato de o grupo não constituir organização criminosa, pois, como se depreende, apenas se juntaram, armados, para a prática do assalto a ônibus, sem qualquer organização e, por isto, inclusive, não reconheci o crime de quadrilha. Todavia, merecem o reconhecimento da confissão espontânea, nos termos do art. 65, III, d, do CP.

Porte ilegal de arma

Em relação ao delito de porte de arma, previsto no § 2º do art. 10 da

Lei n. 9.437/97, tenho que restou recepcionado pelo roubo qualificado pelo uso de arma.

Colhe-se da lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“O emprego de arma, que denota não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça maior à incolumidade da vítima, qualifica o roubo. Arma é todo instrumento normalmente destinado ao ataque ou defesa (arma própria) como qualquer outro a ser empregado nessas circunstâncias (arma imprópria). [...] Havendo concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais. É sempre necessário, porém, que a arma seja empregada, com seu porte ostensivo e intimidador, não bastando que o agente a porte consigo. *O roubo qualificado com emprego de arma de fogo absorve o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437, de 20-2-97, e das demais a contravenção prevista no art. 19 da LCP*” (in Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 981) (grifei).

Sobre o tema, extrai-se o julgado:

[...] Roubo qualificado — Emprego de arma — Absolvição do acusado pelo crime de porte descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97 — Obrigatoriedade, sob pena de configurar *bis in idem*.

“Estando o roubo já qualificado pelo uso de arma de fogo, correta é a absolvição pelo crime de porte des-

crito no art. 10 da Lei n. 9.437/97, pois entendimento contrário configuraria *bis in idem*" (RT 771/595).

Ainda:

"Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo — Recurso ministerial pretendendo condenação pelo crime de porte ilegal de arma — Instrumento utilizado para a consumação do crime — Absorção pelo roubo.

"Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 2000.021789-1, de Joinville, rel. Des. Souza Varella).

Assim, devem os denunciados serem absolvidos do delito de porte ilegal de arma.

Favorecimento pessoal

A prova coletada demonstra, sem a menor dúvida, que Charles de Andrade Lipert e Rodrigo Laurindo deslocaram-se de Porto Alegre para resgatar os assaltantes, em dois veículos, um Monza e um Palio, o que demonstra que sabiam o número de pessoas que deviam resgatar, e foram presos pela polícia quando circulavam na BR—158, onde o assalto teve início.

Ora, se fosse apenas um simples resgate de carro quebrado, por que ele se daria na forma clandestina em que se deu, à noite, e ainda tendo o acusado Rodrigo Laurindo mentido à polícia quando foi preso, dizendo que fora buscar serviço em Chapecó? Já Charles apenas alegou que viera buscar Ronaldo, mas ambos admitiram

que, embora não conhecessem a região e vieram orientando-se por placas, não pediram informações às polícias rodoviárias federal ou estadual, como faria qualquer cidadão de bem, e apenas perguntaram em um posto de gasolina. Aliás, Charles também admitiu saber que Ronaldo era assaltante, como confessou em juízo (fl. 268), e se era só para buscar o Ronaldo, como disse, bastava vir de carona com o Rodrigo ou mesmo deixar que este apanhasse aquele.

A verdade é uma só: Charles e Rodrigo foram contactados pelo grupo ainda de manhã, mas procuraram fazer o resgate à noite, de modo a tentar fugir da vigilância da polícia, já que os assaltantes confessaram que durante o dia eles acompanhavam toda movimentação policial. O resgate só não se consumou ante a eficiente atuação dos agentes da lei, que prenderam ambos no local próximo do assalto.

De ressaltar, ainda, que o crime deu-se somente na forma tentada, já que Charles e Rodrigo iniciaram a execução, isto é, se deslocaram para esta região em 2 (dois) carros, circularam pelo local em busca dos comparsas, mas ali foram presos pela polícia, que frustrou, então, o resultado.

Importa frisar, também, que a forma tentada está implicitamente descrita na denúncia, embora classificada como crime consumado, já que dela consta: "os denunciados Charles e Rodrigo se deslocaram do Estado do Rio Grande do Sul para esta cidade visando auxiliarem a subtrair à ação

das autoridades os seus comparsas praticantes do assalto. No entanto, no momento em que chegaram ao local combinado foram surpreendidos e presos pela polícia”, o que bem descreve que, iniciada a execução, o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Assim, em que pese o pequeno equívoco na classificação do crime de favorecimento pessoal, estamos diante da *emendatio libelli*, que possibilita ao juiz corrigir na sentença a classificação do crime.

De outro modo, afastado o delito de formação de quadrilha em relação aos demais denunciados, por óbvio que Charles e Rodrigo também são absolvidos de tal acusação, até a prova coletada demonstra que eles apenas foram acionados depois do assalto para resgatar os comparsas, cujas fugas restaram frustradas.

Charles e Rodrigo respondem, portanto, pelo crime de favorecimento pessoal, na forma tentada, absolvidos da imputação de formação de quadrilha.

Em conclusão, Luis Felipe Laurindo da Silva, Edson Luis Laurindo da Silva, Ronaldo Bandeira Mack, Júlio César da Costa, Paulo Augusto Arruda Hoff e Gilberto Ventura respondem por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, na forma do art. 29 (concurso de pessoas), do mesmo Diploma Legal, e Charles de Andrade Lipert e Rodrigo respondem por infração ao art. 348, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, já que

todos são maiores, penalmente imputáveis, ausente causa excludente de ilicitude e de isenção de pena.

III.

6 — Passo à aplicação da pena.

Luis Felipe Laurindo da Silva

Luis Felipe agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida, vendedor, com meios dignos de prover sua subsistência, e tinha portanto plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, portanto, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, merecendo acréscimo da pena-base. Maior de dezoito anos, mentalmente são, ao dirigir sua conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal, mas há que considerar a violência empregada contra as vítimas e o terror a elas imposto, pelos disparos com as pesadas armas de fogo, além das ameaças. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado,

isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitiva, foram esclarecidas. As conseqüências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e estas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Luis Felipe a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Ausente circunstância agravante, mas presentes as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea (art. 65, I e III, *d*, do CP), reduzo a pena em 1 (um) ano, trazendo para 4 (quatro) anos de reclusão, mínimo legal.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do artigo 157, na terceira etapa da dosimetria da pena. Em tais casos, assim se tem posicionado o Supremo Tribunal Federal:

“O aresto, embora admitindo tratar-se de roubo a mão armada e mediante concurso de agentes, ou seja, duplamente qualificado, manteve a pena em grau mínimo (5 anos e 4 meses), quando é certo que a existência de mais de uma qualificadora já seria bastante para uma pena maior” (HC 77.187/SP, Min. Sydney Sanches).

O Superior Tribunal de Justiça não se afasta deste norte:

“Presentes as qualificadoras — concurso de agentes e uso de arma de fogo —, perfeitamente possível o

aumento da pena, em até metade (CP, art. 157, § 2º, I e II). Precedentes deste STJ” (HC n. 9.219/SE, Min. Edson Vidigal).

Nesse passo, coerente o critério do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, citado por Damásio de Jesus:

“Decidiu o TJSP: 1) Havendo uma circunstância (emprego de arma ou concurso de pessoas): aumento de 1/3 sobre a pena-base. 2) Duas circunstâncias: ‘o aumento deve ficar entre o mínimo e o máximo estipulado, ou seja, em 2/5’” (Código Penal Anotado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 561 e 562).

Assim, deve ser efetuado, nesta terceira fase da fixação da pena, o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (dias) dias de reclusão.

Fixo o regime semi-aberto para o início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, nega-lhe o direito de recorrer em liberdade.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão

da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Edson Luis Laurindo da Silva

Edson agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida, comerciante, com meios dignos de prover sua subsistência, e tinha portanto plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, portanto, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, merecendo acréscimo da pena-base. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao dirigir sua conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal, mas há que considerar a violência empregada contra as vítimas e o terror a elas imposto, pelos disparos com as pesadas armas de fogo, além das ameaças. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado,

isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitiva, foram esclarecidas. As conseqüências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e estas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Edson Luis a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Ausente circunstância agravante, mas presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), reduzo a pena em 1 (um) ano, trazendo para 4 (quatro) anos de reclusão.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP. Assim, deve ser efetuado, nesta terceira fase da fixação da pena, o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (dias) dias de reclusão.

Fixo o regime semi-aberto para o início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, negue o direito de recorrer em liberdade.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena

pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Ronaldo Bandeira Mack

Ronaldo agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida, com profissão definida de mecânico de refrigeração e, portanto, possui meios dignos de prover sua subsistência e de sua família, embora alegasse estar desempregado, tinha plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, assim, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado, levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, tendo ele próprio efetuado os disparos de arma de fogo para parar o ônibus, merecendo acréscimo da pena-base. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao dirigir sua conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade não esclarecida, mas há que considerar a violência por ele empregada contra as vítimas e o ter-

ror a elas imposto, consubstanciado nos disparos com as pesadas armas de fogo. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado, isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitativa, foram esclarecidas. As conseqüências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e elas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Ronaldo a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Presente a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), conforme certidão de fl. 338, majoro a pena em 1 (um) ano, reduzindo-a em igual patamar em razão da confissão espontânea, mantendo-se em 5 (cinco) anos.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 na terceira etapa da dosimetria da pena. Assim, deve ser efetuado o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 7 (sete) anos de reclusão.

Fixo o regime fechado para o início de cumprimento de pena, reconhecida a reincidência, a teor do art. 33, § 2º, alínea b, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, negoe o direito de recorrer em liberdade.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Júlio César da Costa

Júlio César agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida e com profissão definida, estava trabalhando na época dos fatos, tinha meios dignos de prover sua subsistência, plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, portanto, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, merecendo acréscimo da pena-base. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao dirigir sua conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por

não apurada convenientemente. Personalidade normal, mas há que considerar a violência empregada contra as vítimas e o terror a elas imposto, pelos disparos com as pesadas armas de fogo, além das ameaças. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado, isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitativa, foram esclarecidas. As conseqüências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e estas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Júlio César a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Ausente circunstância agravante, pois, embora o acusado tenha confessado já ter sido condenado, não há nos autos certidão do trânsito em julgado. Presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), reduzo a pena em 1 (um) ano, trazendo-a para 4 (quatro) anos de reclusão.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP. Assim, deve ser efetuado, nesta terceira fase da fixação da pena, o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (dias) dias de reclusão.

Fixo o regime semi-aberto para o início de cumprimento de pena, a

teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, nega-lhe o direito de recorrer em liberdade.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Paulo Augusto Arruda Hoff

Paulo também agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida, possui profissão definida como lavador de carros, com meios dignos de prover sua subsistência, tinha portanto plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, portanto, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, merecendo acréscimo da pena-base. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao dirigir sua

conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal, mas há que considerar o terror imposto às vítimas pelos disparos com as pesadas armas de fogo, além das ameaças. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado, isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitativa, foram esclarecidas. As consequências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e estas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Paulo a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Ausente circunstância agravante, mas presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), reduzo a pena em 1 (um) ano, trazendo-a para 4 (quatro) anos de reclusão.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP. Assim, deve ser efetuado, nesta terceira fase da fixação da pena, o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (dias) dias de reclusão.

Fixo o regime semi-aberto para o início de cumprimento de pena, a

teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, negou o direito de recorrer em liberdade, anotando, todavia, que se encontra foragido desde 20-12-2003.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Gilberto Ventura

Gilberto agiu com reprovabilidade intensa, já que é pessoa esclarecida, mecânico profissional e, portanto, possui meios dignos de prover sua subsistência, tinha plena consciência de sua estúpida conduta criminosa, sendo altamente reprovável sua conduta e, assim, tenho sua culpabilidade em grau intenso, que emerge dos autos de forma indubitosa, principalmente porque o crime, embora não comprovada a formação de quadrilha, foi cometido de forma planejada, inclusive seus comparsas assumiram a direção do coletivo assaltado, levando-o para local planejado, indicativo de maior periculosidade, merecendo acréscimo da pena-base.

Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao dirigir sua conduta típica e antijurídica contra o patrimônio alheio e contra a pessoa, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal. Os motivos também são conhecidos, ou seja, lucro fácil em prejuízo ao trabalho e esforço alheios, normais à espécie. As circunstâncias do crime perpetrado, isto é, o modo como o acusado desenvolveu a conduta delitiva, foram esclarecidas. As consequências, normais à espécie, tendo resultado prejuízo material para as vítimas que não recuperaram seus pertences, e elas em nada contribuíram para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Gilberto a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão. Presente a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), conforme certidão de fl. 301, majoro a pena em 1 (um) ano, reduzindo-a em igual patamar em razão da confissão espontânea, mantendo-se em 5 (cinco) anos.

A considerar, ainda, as figuras dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 na terceira etapa da dosimetria da pena. Assim, deve ser efetuado o aumento de 2/5 sobre o montante da etapa anterior, resultando um total de 7 (sete) anos de reclusão.

Fixo o regime fechado para o início de cumprimento de pena, reco-

nhecida a reincidência, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul, sua origem.

Preso preventivamente, nega-lhe o direito de recorrer em liberdade.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo a pena-base em 20 (vinte) dias-multa. A pena pecuniária não sofre modificação na segunda fase. Na terceira, em razão da presença das duas causas especiais de aumento de pena, elevo a multa em 2/5, fixando-a em 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal (art. 60 do CP).

Diante da natureza do delito, crime com violência ou grave ameaça à pessoa, e da quantidade da pena privativa de liberdade aplicada, os réus Edson Luis, Luis Felipe, Ronaldo, Júlio César, Paulo Arruda e Gilberto Ventura não fazem jus a nenhuma substituição.

Charles de Andrade Lipert

Charles agiu com reprovabilidade normal à espécie, sendo reprovável sua conduta. É primário e não registra antecedentes. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao efetuar sua conduta típica e antijurídica, sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal. Os motivos e as

circunstâncias foram esclarecidos. As conseqüências são normais à espécie, e a vítima, sociedade, em nada contribuiu para o comportamento do acusado.

Dessa forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Charles a pena-base de 1 (um) mês de detenção. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causa de especial aumento de pena, mas presente a causa de especial diminuição do inciso II do art. 14 do CP, e considerando que o *iter criminis* aproximou-se da consumação, reduzo a pena em 1/3 (um terço), fixando-a definitivamente em 20 (vinte) dias de detenção.

Fixo o regime aberto para o início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP. Todavia, como o apenado esteve preso por prazo superior ao fixado nesta sentença (fl. 564), deixo de efetuar qualquer substituição e declaro extinta a pena privativa de liberdade aplicada.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo-a definitivamente em 6 (seis) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal.

Rodrigo Laurindo

Rodrigo agiu com reprovabilidade normal à espécie, sendo reprovável sua conduta. É primário e não registra antecedentes. Maior de vinte e um anos, mentalmente são, ao efetuar sua conduta típica e antijurídica,

sabia que estava agindo de forma contrária à lei. Sua conduta social a princípio não o desfavorece, talvez por não apurada convenientemente. Personalidade normal. Os motivos e as circunstâncias foram esclarecidos. As conseqüências são normais à espécie, e a vítima, sociedade, em nada contribuiu para o comportamento do acusado.

Desta forma, atento aos parâmetros do artigo 59 do Código Penal, aplico ao réu Rodrigo a pena-base de 1 (um) mês de detenção. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causa de especial aumento de pena, mas presente a causa de especial diminuição do inciso II do art. 14 do CP, e considerando que o *iter criminis* aproximou-se da consumação, reduzo a pena em 1/3 (um terço), fixando-a definitivamente em 20 (vinte) dias de detenção.

Fixo o regime aberto para o início de cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP. Todavia, como o apenado esteve preso por prazo superior ao fixado nesta sentença (fl. 564), deixo de efetuar qualquer substituição e declaro extinta a pena privativa de liberdade aplicada.

No tocante à pena pecuniária, observando-se os artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal, e utilizando os parâmetros da fixação da pena privativa de liberdade, fixo-a definitivamente em 6 (seis) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal.

7 — Ante o exposto, julgo procedente, em parte, a exordial

acusatória e, via de conseqüência, condeno:

1) Edson Luis Laurindo da Silva ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 65,III, *d*, ambos do Código Penal. Fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em um dos estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Sul e, estando preso, negocie o direito de recorrer em liberdade;

2) Luis Felipe Laurindo da Silva ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 65,III, *d*, ambos do Código Penal. Fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em um dos estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Sul e, estando preso, negocie o direito de recorrer em liberdade;

3) Ronaldo Bandeira Mack ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c arts.

61, I, e 65,III, *d*, todos do Código Penal. Fixo o regime fechado para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul e, estando preso, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade;

4) Júlio César da Costa ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, *c/c* art. 65,III, *d*, ambos do Código Penal. Fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em um dos estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Sul e, estando preso, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade;

5) Paulo Augusto Arruda Hoff ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 11 (onze) dias de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, *c/c* art. 65,III, *d*, ambos do Código Penal. Fixo o regime semi-aberto para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em um dos estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Sul e, com prisão preventiva decretada, mas estando foragido, nego-lhe o direito de recorrer em li-

berdade, devendo-se expedir mandados de prisão a todas as polícias do Rio Grande do Sul;

6) Gilberto Ventura ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 7 (sete)anos de reclusão, e ao pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, *c/c* arts. 61, I, e 65,III, *d*, todos do Código Penal. Fixo o regime fechado para o início do cumprimento de pena, a teor do art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP. O réu deverá cumprir a pena em uma das penitenciárias do Estado do Rio Grande do Sul e, estando preso, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade;

7) Charles de Andrade Lipert ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 20 (vinte) dias de detenção, e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 348, *caput*, *c/c* art. 14, II, ambos do CP. Todavia, tendo permanecido preso por prazo superior ao fixado nesta sentença, declaro extinta a pena privativa de liberdade. Concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade;

8) Rodrigo Laurindo ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 20 (vinte) dias de detenção, e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, por infringência ao disposto no artigo 348, *caput*, *c/c* art. 14, II, ambos do CP. Todavia, tendo permanecido preso por prazo superior ao fixado nesta sentença, declaro extinta a pena privativa de liberdade. Concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Transitada em julgado, inscreva-se o nome dos réus no rol dos culpados, oficiando-se à douta Corregedoria-Geral da Justiça.

Requisitem-se vagas.

As penas pecuniárias serão pagas na forma do art. 50 do CP.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Cunha Porã, 4 de agosto de 2004.

*Luiz Henrique Bonatelli,
Juiz de Direito.*

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE FRAIBURGO
PROCESSO N. 024.00.002633-0**

JUIZ DE DIREITO: DR. MARCOS BIGOLIN

Ação: Indenizatória

Autora: Juhem Callai e Cia. Ltda. — ME

Réu: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc

Vistos etc.

Juhem Callai e Cia. Ltda. — ME, já qualificada nos autos, ingressou com ação de indenização contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, porque foi indevidamente incluída no Cadastro dos Emitentes de Cheques sem Fundos — CCF, por determinação do requerido, em maio de 1998.

Afirma que, em decorrência, sofreu abalo de crédito que repercutiu na sua atividade empresarial, tanto perante seus clientes como perante seus fornecedores.

Requer a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, pelo abalo de crédito e pelos transtornos gerados de sua conduta.

Postulou o recebimento da inicial, a citação do réu, a procedência

do pedido de indenização e a condenação do demandado nas custas e honorários sucumbenciais, valorando a causa.

Juntou documentos e protestou pela produção de provas, inclusive o depoimento pessoal do demandado.

Devidamente citada, a instituição financeira apresentou resposta na forma de contestação, em que alegou que a requerente é contumaz emitente de cheques sem provisão de fundos, e que foi inscrita no cadastro restritivo por diversas vezes, pelo que entende não ter havido nenhuma causa para a indenização pleiteada.

Considera que, no mês de abril do ano de 1998, a requerente havia ocasionado a devolução de duas cédulas por insuficiência de saldo, as de n. 564.341 e 835.986, que teriam sido os motivos de sua inclusão no CCF.

Alega que agiu regularmente, utilizando-se de prerrogativas conferidas pela legislação, bem como que a inclusão da requerente no rol do CCF foi por sua exclusiva culpa, rompendo-se onexo causal.

Sustenta a não-comprovação do dano pela parte autora e advoga que, acaso lhe sobrevenha condenação, não poderá a indenização ser fator de enriquecimento sem causa para a demandante, mormente pela comprovação de sua inidoneidade financeira, e pelo curto prazo de treze dias em que permaneceu o registro hostilizado.

Entendendo a não-aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na hipótese vertente, sustenta, ainda, ter ocorrido o perdão tácito pela empresa autora, já que esta estaria utilizando normalmente de seus serviços bancários.

Postulou a improcedência dos pedidos, protestando pela produção probatória.

Juntou documentos.

Deferiu-se prazo de 10 dias para a especificação de provas (fl. 66), e a autora permaneceu inerte. O réu apenas ratificou os argumentos da contestação, dispensando expressamente outras provas que não os documentos juntados nos autos.

Autos conclusos.

É o necessário relatório.

Pouco importa a subsunção ou não do caso à legislação consumerista

— e já adianto que a interpretação e abrangência da Lei n. 8.072/90 devem ser as mais ampliativas possíveis. Na hipótese, a análise da conduta, resultado e nexocausal são suficientes para o deslinde da questão.

Não há considerar legítima e regular a conduta do banco demandado em virtude do documento de fl. 19 destes autos.

Houve uma inscrição indevida e, como atestado pelo então gerente de negócios e pelo então gerente administrativo, tal fato deu-se em virtude de erro do banco.

Ora, à margem de tratar-se ou não de responsabilidade objetiva, a culpa é flagrante.

Com relação à culpa exclusiva da vítima, no afã de romper o nexocausal, é de se acentuar que o fato de outras devoluções de cheques sem a suficiente provisão de fundos não torna lícita a conduta geradora da pretensa indenização.

A lição de Antônio Jeová Santos traduz com extrema clareza esse entendimento:

“É comum, nas defesas dos bancos, surgir o fato de que o autor já deu cheques sem fundo e, por isso, foi o nome negativado no cadastro do Banco Central, ou que já teve algum título protestado. Isso bastaria para justificar o ilícito perpetrado. Não exclui a responsabilidade do banco a negativação ilícita de alguém que já teve seu nome no rol de maus pagadores. Permitida a ilustração, seria o mesmo que condenar alguém com

base em suposições e meras conjecturas, pelo só fato de o criminoso possuir extensa ficha criminal. Essa postura não se coaduna com os princípios do direito à pessoa, ou de um direito que visa, sobretudo, à plena intangibilidade do ser humano.

“Não é porque alguém já teve a desventura de, por uma razão qualquer, ter o nome em cadastro dos serviços que visam à proteção do crédito, que permanecerá indene na hipótese de a negativação posterior ter sido feita de maneira equivocada e errônea” (Dano Moral Indenizável. 3ª ed., São Paulo: Método, 2001, p. 495).

A conduta geradora da irregular inscrição foi do banco. Não estão sendo discutidas as anteriores ou posteriores inscrições, porém aquela indevida, irregular, oriunda de um erro do requerido, conforme prova de folha 19. Contudo, o fato das anteriores inscrições também comprovadas, sem dúvida, é ponderável na fixação da indenização.

Não pode uma instituição financeira de prestígio e experiência, como o Banco do Estado de Santa Catarina, praticar seus mais regulares misteres (a inclusão de nome no cadastro de emitentes de cheque sem fundos) de forma imprudente.

Entendo a ocorrência de culpa gravíssima. Nem se tratou de atividade excepcional, distanciada da prática cotidiana, nem que exigisse maior perícia; ainda mais considerando o avanço tecnológico que propicia um maior controle de dados.

E a culpa grave ao dolo se equipara.

Passo seguinte, a apreciação do resultado lesivo é preponderante para o reconhecimento da indenização e sua eventual quantificação.

Certamente, uma inscrição em qualquer órgão de consulta que traga uma informação depreciativa é prejudicial. É danosa.

Quando essa prática encontra fundamento fático, há exercício regular de direito e, aí sim, nenhuma consequência jurídica experimentará quem procede ao registro.

Mas quando o registro não encontra elementos que o legitimem, a parte que teve o nome incluído no cadastro sofre o mesmo dano, porém advindo de uma conduta ilícita geradora da responsabilidade de indenizar.

Embora entenda frágeis as declarações constantes nas fls. 20 a 23, porque são datadas do ano de 2000, enquanto o evento ocorreu em 1998, são notórios os efeitos nocivos da conduta da parte ré.

Como baliza, sirvo-me dos seguintes julgados:

“Apelação cível. Ação de indenização por ato ilícito. Pessoa jurídica. Abalo de crédito. Negativa de prejuízo. Empresa responsável pela emissão de cheques sem fundos em ocasiões pretéritas. Dever de indenizar não afastado.

“O fato de a empresa autora possuir histórico de devolução de che-

ques sem provisão de fundos não exclui o dever da instituição financeira em indenizar pelos prejuízos advindos, exclusivamente, do fato lesivo perpetrado.

[...]

‘Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas. Por outro lado, não somente a lei, mas os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição’ (Venosa, Sílvio. Direito Civil — contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001, p. 634). [...]’ (Ap. Cív. n. 1998.006263-2, de Brusque, rel. Des. Jorge Schaefer Martins).

“Dano moral puro. Devolução indevida de cheque por suposta conta encerrada. Ente bancário que admite ter errado quanto ao motivo da devolução da cártula, que seria a falta de provisão de fundos. Situação vexatória presumida. Obrigação de indenizar.

“Age culposamente o ente bancário que ao invés de devolver o cheque por insuficiência de fundos o faz como se a conta estivesse encerrada, mormente quando confessado na peça

contestatória, que, por si só, já rende ensejo à indenização por danos morais, haja vista que neste tipo de dano puro a situação vexatória é presumida dispensando sua prova. [...]” (Ap. Cív. n. 2000.021015-3, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Destarte, é inegável a ocorrência de um dano moral, gerador do dever de indenizar por parte do Besc.

Antes da apreciação do *quantum* indenizatório, é de se apreciar a questão levantada pela defesa, concernente no perdão tácito pela parte autora, que estaria continuando a usufruir dos serviços da agência.

De forma alguma a atividade empresarial se desenvolve dissociada da atividade bancária, de sorte que a manutenção de contas em instituições financeiras é uma necessidade. Pelos bancos é que se fazem as transferências, pagamentos, recebimentos etc.

De há muito findou a era do escambo, e as negociações feitas diretamente pelas partes, sem a inclusão de um terceiro (normalmente uma instituição financeira), são cada vez mais raras.

As compras mais simples podem ser feitas pela internet, por exemplo. E o pagamento dependerá de uma instituição financeira, no mais das vezes.

Por mais que se possa argumentar a existência de agências de outros bancos na região, talvez seja mais conveniente à demandante a conservação da conta no Besc.

Isso nem sequer foi objeto de prova nos autos. Todavia, o fato da continuidade da relação entre as partes, de per si, não indica um perdão tácito, forte na necessidade de vínculo com instituições financeiras para a prática empresarial.

Com relação ao *quantum debeatur*, instaurou-se uma “cultura de dano moral”. E, de certa forma, isso é benéfico, na medida em que cada vez mais o indivíduo tem consciência de cidadania e de valorização de seus direitos individuais. De outro lado, qualquer banalidade passou a ser objeto de pretensões desproporcionais. Isso deve ser evitado. A desproporção viola o direito. A pretensão desprovida de fundamento afronta a justiça.

A quantificação do dano moral pauta-se em vários fatores objetivos, como a extensão dos danos, a conduta das partes, sua situação econômica e, no caso, também as outras inscrições anteriores no cadastro de emitentes de cheques sem fundos por parte da empresa autora.

Não tem a mesma proporção, nas condições dos autos, o dano de quem sempre adimpliu com seus compromissos e de quem, por vez ou outra, teve o nome lançado em tal espécie de cadastro.

Outro fator que pondero é o tempo em que permaneceu a indevida inscrição, 13 dias, segundo consta na folha 54 destes autos. Por prevenção a um argumento de que isso foi alegado na contestação, friso que a autora poderia ter questionado isso e não

o fez, precluindo dessa faculdade. Tenho que se trata de fato incontroverso.

Por fim, a ação foi protolizada em outubro de 2000 (fl. 2) e os fatos ocorreram em maio de 1998. Não se queira fazer acreditar que um elevado dano moral aguarde mais de 2 (dois) anos para ser demandado.

Ora, por um período considerável de tempo a autora quedou-se inerte. Que isso é uma faculdade que lhe assiste por força do princípio da disponibilidade do direito de ação não se discute.

Todavia, é certo que esse dado objetivo indica uma extensão reduzida do dano experimentado.

Se pelo lado de quem deve a indenização se procura preservar o caráter punitivo, educativo — e a demanda é em face de uma instituição financeira —, do lado de quem recebe deve-se evitar o enriquecimento sem causa.

Tais fatores, explicitados e medidos, não apontam para o valor “sugerido” na petição inicial. Antes, embora autorizem a indenização, obrigam a fixação de um valor menor e razoável, capaz de compensar o dano moral experimentado e, ao mesmo tempo, retribuir a conduta lesiva.

Assistirá à autora o direito indenizatório, mas no montante arbitrado de forma razoável.

Isso posto, julgo procedente o pedido formulado para condenar a parte ré ao pagamento de

R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos dos juros legais a contar da data do evento, e de correção monetária, a partir do arbitramento, segundo o índice do INPC.

Outrossim, condeno o réu ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado fixados em 15% sobre o valor da condenação,

com base no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, relevando a complexidade da causa.

P.R.I.

Fraiburgo, 19 de agosto de 2004.

*Marcos Bigolin,
Juiz Substituto.*

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE ITÁ
PROCESSO N. 068.02.001311-3**

JUÍZA DE DIREITO: DRA. VIVIANE ISABEL DANIEL

Vistos etc.

A Dra. Promotora de Justiça ofereceu denúncia contra Lauri Schweitzer, devidamente qualificado nos autos, imputando-lhe a prática dos crimes tipificados pelos arts. 150, § 1º, e art. 331, c/c art. 69, todos do Código Penal.

A peça acusatória narra que:

“Na noite do dia 23 de outubro de 2002, por volta das 21h45min, na Rua 3, Bairro Natureza, na cidade de Itá, o denunciado Lauri Schweitzer adentrou, clandestinamente, no terreno onde se situa a residência da vítima Rosa Maria Hoffmann Martini e forçou abrir a porta que dá acesso ao interior da casa, visando entrar no recinto contra a evidente vontade da proprietária, que aos gritos e ameaçando chamar a polícia propiciou a fuga do denunciado, que pretextava invadir o lar alheio.

“De imediato, os policiais militares Germano Provim e Adelar Gomes de Andrade foram acionados para atender a ocorrência e ao procederem a uma busca pela redondeza localizaram o denunciado, questionando-o sobre os fatos, mas este os desacatou, ofendendo a integridade física do policial Germano Provim, conforme comprovam as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo de delito de fl. 7” (fls. 2 e 3).

Requeru o recebimento da acusação e, após processada, a condenação do réu nas penas concernentes aos delitos perpetrados, arrolando testemunhas.

Citado e interrogado o acusado (fl. 37), adveio aos autos a defesa prévia.

Procedeu-se à instrução do feito, colhendo-se o depoimento de duas das testemunhas arroladas pela acusação, desistindo a Dra. Promotora de Justiça da oitiva da remanescente.

A seguir, a ilustre membro do *Parquet* apresentou suas alegações finais, propugnando pela condenação do réu nas penas dos arts. 150, § 1º, e 331, ambos do Código Penal, invocando, para tanto, o conjunto probatório.

A defesa, por sua vez, em deradeiras alegações, requereu fosse rejeitada a acusação, argumentando que o crime do art. 150, § 1º, da Lei Penal, não ficou caracterizado por não haver o acusado entrado ou permanecido na residência da vítima sem seu consentimento, tendo, apenas, batido na porta. No que pertine ao delito tipificado pelo art. 331 do Código Penal, alega que o ilícito não ocorreu, tendo o réu tão-somente se defendido da abordagem violenta realizada pelos policiais, esclarecendo que o hematoma verificado na vítima resultou de um esbarrão no momento dos fatos. Finalizou sustentando que faltou dolo nas condutas do agente, motivo pelo qual pugnou pela sua absolvição.

Antecedentes certificados às fls. 27 a 32.

Após, vieram os autos conclusos para sentença.

Decido

Trata-se de ação penal pública incondicionada proposta pela representante do Ministério Público contra Lauri Schweitzer, atribuindo-lhe a autoria dos delitos previstos no art. 150, § 1º, e nos arts. 331, c/c art. 69, todos do Código Penal, pela prática dos fatos narrados na inicial.

A peça de acusação narra dois atos distintos, cumprindo examiná-los separadamente.

Do crime previsto no art. 150, § 1º, do Código Penal — Violação de domicílio

Acerca da tipicidade da infração, tenho que a objetividade jurídica, embora seja tema de divergências doutrinárias, reside na liberdade individual, na tranqüilidade doméstica bem como na inviolabilidade da casa, lembrando que a Constituição da República, em seu art. 5º, XI, garante que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

O sujeito ativo e o passivo podem ser qualquer pessoa e o núcleo do tipo é a conduta de entrar ou permanecer na residência em dissenso com a vontade do morador.

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de entrar ou permanecer no local sem o consentimento de seu habitante. É essencial que o agente conheça a vontade contrária do morador ao seu comportamento.

Trata-se de crime *comum* quanto ao sujeito — pode ser executado por qualquer pessoa; *simples* (enquadra-se num único tipo legal, ao contrário do latrocínio, por exemplo, em que são duas as condutas); *doloso*; *de forma alternativa* (basta a prática de

uma ou outra ação típica: entrar ou permanecer); para alguns doutrinadores é *subsidiário*, só sobrevivendo quando a entrada ou permanência do agente for o próprio fim de sua conduta, não usando ele de tal comportamento para cometer crime diverso, e para outros autores é *crime consunto*, isto é, ante o princípio da consunção, fica absorvido por outro delito, de maior gravidade, para o qual a violação de domicílio servirá como meio de execução ou normal fase de realização; *de mera conduta* (o tipo contém apenas a definição da ação, não prevendo o resultado); *instantâneo* no verbo tipo de entrar (consuma-se num determinado momento, sem continuidade no tempo) e *permanente* no de permanecer.

Dissecando o crime, o consagrado Nelson Hungria ensina que:

“Segundo se vê do art. 150, o crime de violação de domicílio (*Hausfriedensbruch*, *violazione di domicilio*, *allanamiento de morada*) consiste no fato de ‘entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências’. Adverte o § 4º do mesmo artigo que a expressão *casa* compreende: a) qualquer compartimento habitado; b) aposento ocupado de habitação coletiva; e c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. O termo *domicílio*, que figura na rubrica lateral do art. 150, designa, portanto, não somente a casa ou cômodo de habitação propriamente dita,

como também qualquer lugar reservado ao exercício da atividade privada. Cumpre notar que a entrada ou permanência arbitrária no domicílio alheio só constitui ilícito penal quando efetuada *non jure*, isto é, fora dos casos em que a lei permite. *Ex positis*, podemos assim decompor nos seus elementos o conteúdo do crime de violação do domicílio: a) entrada ou permanência; b) clandestinidade, emprego de astúcia ou franca oposição à vontade contrária, expressa ou tácita, de quem de direito; c) domicílio alheio; d) ilegitimidade da conduta do agente; e) dolo” (Comentários ao Código Penal. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, vol. 6: arts. 137 a 154, p. 211).

Tecidas as considerações acerca da infração penal em tela, resta saber se esta efetivamente foi praticada pelo denunciado, passando, então, ao exame das provas produzidas no processo.

Os depoimentos colhidos na fase judicial são dos policiais militares que atenderam a ocorrência, os quais, ao chegarem à sede do domicílio que teria sido violado, não encontraram o agente. Assim, não presenciaram o delito, tendo apenas relatado os fatos que lhes foram narrados.

A vítima só foi ouvida na fase extrajudicial, não tendo sido colhido seu depoimento em juízo, ocasião na qual suas palavras estariam sob o crivo do contraditório, capazes, portanto, de apoiar condenação.

É sabido e consabido que o inquérito policial constitui procedimen-

to — e não processo — despido de caráter contraditório, assumindo, por isso, natureza inquisitorial. Destina-se, pois, a oferecer subsídios ao legitimado ativo da ação penal para deflagrar a acusação judicial.

Ante sua feição, doutrina e jurisprudência pontificaram que a prova produzida na etapa policial, à exceção da pericial, se não confirmada na fase judicial — ocasião em que seria submetida ao crivo do contraditório —, não pode, por si só, amparar decreto condenatório.

Acerca do tema, esclarecedor é o escólio de Julio Fabbrini Mirabete:

“Como instrução provisória, de caráter inquisitivo, o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal. Entretanto, nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado, contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extraju-

dicial. Como bem assinala Silvio Di Filippo, de acordo com o princípio do livre convencimento que informa o sistema processual penal, as circunstâncias indicadas nas informações da polícia podem constituir elementos válidos para a formação do convencimento do magistrado. Certamente, o inquérito serve para colheita de dados circunstanciais que podem ser comprovados ou corroborados pela prova judicial e de elementos subsidiários para reforçar o que for apurado em juízo. *Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório.* Essa conclusão ficou reforçada com as garantias processuais estabelecidas pela Constituição de 1988, embora já presente na jurisprudência” (Processo Penal, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 81 e 82) (grifei).

Ainda que se considerasse a prova produzida na fase policial, restou demonstrado que, no dia dos fatos, o réu dirigiu-se à casa da Sra. Rosa Maria Hoffmann Martini e lá chegando bateu na porta da área de serviço da residência. Perguntado sobre quem era, respondeu prontamente, indicando o cognome pelo qual era conhecido na região — “Belo”. Questionado sobre o que desejava, nada respondeu, insistindo, no entanto, para que abrisse a porta e, ao ouvir a moradora dizer que não tinha a chave, afirmou que “quem não tinha a chave era ele” (fl. 13). Diante de tal comportamento, a Sra. Rosa Maria, entendendo que o réu usava um tom ameaça-

dor e temendo que ele arrombasse a porta, acionou a Polícia Militar, que se dirigiu ao local.

Em momento algum restou demonstrada a intenção do agente de arrombar a porta e ingressar na residência. Apenas bateu, identificou-se, pediu para entrar, insistiu e, não sendo atendido, saiu do local, tanto que a Polícia Militar não o encontrou.

Ademais, lembrando o escólio do mestre Hungria:

“Tão lesiva da liberdade doméstica é a entrada no domicílio alheio, *invito domino*, quanto a arbitrária permanência nele. É justo, portanto, que ambas as hipóteses sejam equiparadas e sujeitas ao mesmo tratamento penal. A entrada ou permanência são momentos consumativos da violação do domicílio. Na primeira hipótese, o crime é instantâneo, na segunda, protrai-se no tempo o *summatum opus*, apresentando-se um crime permanente.

“A entrada deve ser efetiva, isto é, o agente deve transpor, com toda a sua pessoa, o limite que separa o domicílio alheio do mundo exterior. Se não há uma passagem integral, como quando, por exemplo, o agente é surpreendido e preso no momento em que está galgando a janela para entrar na casa, o que ocorre é simples tentativa do crime. E nenhum crime se pode identificar no mero fato de por-se alguém à escuta junto à casa, ou devassar-lhe com a vista interior.

“A permanência pressupõe a anterior entrada lícita ou permitida, e

consiste no fato de deixar de sair da casa, não obstante a cessação da justa causa ou subsequente dissenso de quem de direito. Assim, comete o crime de violação de domicílio o empregado que persiste em ficar na casa, contra a vontade do ex-patrão. Não basta, para configurar-se a permanência arbitrária, uma momentânea hesitação no atender à injunção de sair: é necessária uma certa duração, a demonstrar uma positiva recalcitrância. Se a esta precedeu entrada igualmente arbitrária, não há reconhecer-se concurso de crimes, mas um crime único” (*op. cit.*, p. 211).

No caso em apreço, repousa com tranqüilidade no arcaibouço probatório que a entrada do indivíduo não ocorreu, consoante se extrai do depoimento da própria vítima. Verifico, outrossim, que nem sequer houve tentativa, não tendo o denunciado iniciado a execução do delito. Destaco que nenhum dos atos praticados pelo acusado revelou que pretendia ingressar no imóvel sem o consentimento, tanto que, após receber a negativa, não cogitou de arrombar a porta.

Registro que nenhuma atitude do réu reflete eventual desejo de entrar na residência com a discordância da ofendida, faltando-lhe, assim, o elemento subjetivo do crime, sem o qual a infração não se caracteriza.

Oportuno invocar, novamente, os ensinamentos de Nelson Hungria:

“A violação de domicílio só é punível a título de dolo. O indivíduo que, negligentemente, entra na casa

do vizinho, confundindo-se com a sua, não incorre na sanção penal. O dolo na espécie é a vontade consciente de entrar ou permanecer no domicílio alheio ilegítimamente e contra a vontade de quem de direito. ‘O agente’, como diz Hafter (ob. cit., p. 111), ‘deve ter conhecido, ou presumido das circunstâncias, a vontade contrária do titular do direito’ (*‘Der Täter muss den entgegenstehenden Willen des Berechtigten gekannt oder nach den Umständen vermutet haben’*). Se, por erro de fato, o agente supõe legítima (descriminantes putativas) ou permitida pelo *dominus* a entrada ou a permanência, fica isento de pena, por ausência de dolo. Como sempre, a falta de consciência da injuridicidade, aqui, exclui o dolo: o indivíduo que, *jocandi animo*, penetra na casa do vizinho para passar-lhe um susto, pode ser um leviano ou indiscreto, mas não um agente doloso de violação de domicílio” (op. cit., p. 218).

Dessarte, resta claro que o comportamento do réu não se enquadra em nenhum tipo penal do ordenamento jurídico pátrio, constituindo conduta atípica, inaplicável, por isso, qualquer sanção.

Da infração tipificada pelo art. 331 do Código Penal — Desacato

Vale lembrar a letra da lei:

“Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

“Pena — detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

Do apurado estudo da tipicidade do delito, verifico que a objetividade jurídica imediata é assegurar o normal funcionamento da Administração Pública, especialmente o respeito à função pública, dado o prestígio que a Administração tem e deve ter na comunidade.

O sujeito ativo do crime de desacato pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público, apesar de tratar-se de questão controvertida, entendendo os defensores desta corrente que deverá o ofensor estar despedido desta condição, mas também há controvérsia. O sujeito passivo, por sua vez, será o Estado e, secundariamente, o funcionário ofendido, aplicando-se para tanto o conceito na acepção abrangente do art. 327 do Código Penal.

O núcleo do tipo é “desacatar”, que expressa a ação de menosprezar, menoscar, desprezar, profanar etc. O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar a conduta descrita, acrescida do elemento subjetivo do injusto, representado pelo fim especial de humilhar, de menosprezar a função pública exercida pelo ofendido e de expô-la ao descrédito dos cidadãos.

Trata-se, portanto, de crime *de mera conduta* (o tipo contém apenas a definição da ação, não prevendo o resultado); *instantâneo* (consuma-se num determinado momento, sem continuidade no tempo); *comissivo ou de ação* (cometido por uma conduta positiva); *comum* (pode ser executado por qualquer pessoa); *unissubjetivo*

(cometido apenas por uma pessoa); *de subjetividade passiva única* (o tipo legal prevê a existência de uma única vítima); *simples* (enquadra-se num único tipo legal, ao contrário do latrocínio, por exemplo, em que são duas as condutas); *monoofensivos* (atinge apenas um bem jurídico); *unissubsistente* (exterioriza-se com um único ato executório); *de forma livre*, admite inúmeros meios de execução; *principal e independente* (tem existência autônoma); e *transeunte* (não deixa vestígio de ordem material).

Feitas essas considerações relativamente à conduta típica, resta saber se esta efetivamente foi praticada pelo representado, pelo que passo ao exame das provas produzidas no processo.

Observando o comportamento do acusado que motivou a presente acusação, verifico que sua intenção, segundo revelado nos autos, não era a de desrespeitar ou desprezar os policiais militares que o abordaram, mas, unicamente, de livrar-se da prisão iminente.

Assim, a ação descrita na peça inicial não se enquadra na conduta penalizada pelo art. 331 do Digesto Penalista, por faltar-lhe o dolo de desacatar, tornando-se atípica em relação a este dispositivo.

Anoto que a conduta do réu não se subsume a nenhum outro delito, hipótese em que seria possível a desclassificação ou a reclassificação do enquadramento constante na denúncia, por força do que professa o art.

383 do Código de Processo Penal. Isto porque não há falar, sequer, em crime de resistência, a teor do que positiva o art. 329 do Estatuto Repressivo, já que, para tanto, a prisão a que se opõe o agente haveria de ser legítima, o que, no caso presente, não ocorreu, pois o fato que a motivou — a possível violação de domicílio — não aconteceu, consoante já explicitado alhures.

Ressalto que a legalidade é elemento do tipo previsto no citado art. 329, de modo que a atitude do preso assume caráter de legítima defesa, consoante se extrai de precedentes pretorianos:

“Resistência a prisão ilegal: crime não caracterizado — TJAL: ‘Não caracterizada a ordem legal, a resistência à prisão não pode se enquadrar na figura típica prevista no art. 329 do CP. Sentença reformada para absolver o réu. Decisão unânime’ (RT 717/433). TACrimSP: ‘Quem procura desvencilhar-se de uma prisão injusta não resiste, porque o elemento caracterizador do crime de resistência é a legalidade do ato contra o qual se opõe o acusado’ (RT 697/317). TJSP: ‘Não há falar em crime de resistência na conduta de quem, vendo-se vítima de prisão ilegal, reage fisicamente contra a autoridade policial, que atenta contra sua liberdade de locomoção e incolumidade’ (RT 518/331). TACrimSP: ‘Resistência. Prisão sem a prática de qualquer delito. Oposição do agente. Ação legítima. Apelo provido. [...] Não constitui resistência a busca de evasão das mãos de poli-

ciais que caçam, sem razão, o agente dentro de sua casa para prenderem-no' (JTACrim 66/256)" (Mirabete, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 1999, p. 1.761).

Desse modo, a absolvição do réu da segunda acusação apontada na denúncia é inevitável.

Ante o exposto,

Julgo improcedente a acusação e, em conseqüência, absolvo o réu Lauri Schweitzer da imputação de haver praticado os crimes tipificados pelos arts. 150, § 1º, e 331, c/c art. 36,

todos do Código Penal, o que faço com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Sem custas processuais.

Fixo a remuneração do defensor dativo em 15 URHs.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Itá, 12 de maio de 2004.

Viviane Isabel Daniel,
Juíza de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE ITAPIRANGA PROCESSO N. 034.04.000203-2

JUIZ DE DIREITO: DR. RODRIGO PEREIRA ANTUNES

Autor: Ministério Público

Réu: Marcelo Cechin Pereira

Vistos, os autos.

Inicialmente, corrija-se o nome do réu no cadastro e autuação, devendo constar Marcelo *Cechin* Pereira.

O Órgão do Ministério Público, com base no APF n. 034.04.000203-2, oriundo da Delegacia de Polícia Civil de Itapiranga, ofereceu denúncia contra Marcelo Cechin Pereira, brasileiro, solteiro, médico, nascido em 16-5-1971, com 32 anos de idade, natural de Curitiba/PR, filho de Rubem Pereira e Clotilde Cechin Pereira, residente na Rua Venceslau Brás, Centro, Belmonte/SC, atualmente recolhi-

do no Ergástulo Público da cidade de Itapiranga/SC dando-o como incurso nas sanções dos arts. 306 da Lei n. 9.503/97 e 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, pela prática dos seguintes fatos delituosos (fls. 2 e 3, *verbis*):

“Compulsando os Autos de Prisão em Flagrante n. 034.04.000203-2, oriundos da Delegacia de Polícia de Itapiranga, denota-se que, aos 21 dias do mês de fevereiro do ano em curso (2004), por volta de 00h15min, o denunciado, sob o manifesto efeito de substância entorpecente, conduzia o veículo Mitsubishi Galant ES, de cor branca, placa MAL 7017, pelos

logradouros do centro do município de Itapiranga, em velocidade incompatível para o local, realizando manobras perigosas consistentes em freadas bruscas com derrapagens, expondo a dano potencial a incolumidade das pessoas que se encontravam nas adjacências. Ato contínuo, o denunciado, no afã de esquivar-se da Guarnição da Polícia Militar que vinha motorizada ao seu encaço, acionada por municípios locais para fazer cessar aquelas irregularidades, empreendeu fuga em alta velocidade, vindo somente a interromper o movimento de seu automóvel mediante a intervenção brusca do veículo militar, que se pôs de frente a sua direção após a perseguição.

“Procedida, momentos após, vistoria pessoal e no respectivo veículo, inferiu-se que o denunciado trazia consigo aproximadamente 225,2 (duzentos e vinte cinco vírgula dois) gramas da substância entorpecente vulgarmente conhecida como maconha, parte em torrões prensados e outra parte esfarelada, a qual estava dividida e acondicionada em diversos recipientes, de plástico e de metal, em cujos interiores igualmente guardavam papérolas de seda destinados ao consumo, tesoura de tamanho pequeno e fita adesiva recoberta com fita plástica, consoante termo de apreensão de fl. 17, instrumentos estes sabidamente utilizados para fracionamento e distribuição de entorpecente entre terceiras pessoas, o que efetivamente ocorria, seja de maneira gratuita ou mediante pagamento. Além disso, o denunciado portava a quantia

de R\$ 1.226,00 (um mil, duzentos e vinte e seis reais) em moeda corrente, distribuída em 21 cédulas de R\$ 50,00, quatro de R\$ 20,00, onze de R\$ 10,00, uma de R\$ 5,00 e duas de R\$ 1,00, o que reforça a suspeita de sua ligação com a narcotráfica. Depreende-se, assim, que a substância entorpecente apreendida era destinada à distribuição entre terceiros, de maneira gratuita ou onerosa.

“Inferiu-se, outrossim, que o denunciado, momentos antes à perpetração dos atos acima narrados, forneceu gratuitamente a Adriano Justen um cigarro formado com substância da mesma natureza da apreendida”.

O réu foi preso em flagrante, devidamente homologado (fl. 43).

A denúncia foi recebida em 8-3-2004 (fl. 77).

O réu foi citado (fl. 80) e interrogado (fls. 82 a 84). Em sua defesa pessoal, reconheceu o porte da substância entorpecente, alegando, no entanto, que era tão-somente para consumo próprio. Quanto ao crime do art. 306 da Lei n. 9.503/97, negou que estivesse dirigindo de forma perigosa.

Constituiu defensor na pessoa do Dr. Nilton José Barbosa Motta, o qual apresentou a defesa prévia, com rol de testemunhas (fls. 98 a 102).

Foi deferida a liberação do veículo apreendido (fl. 95).

O réu teve negados durante a tramitação do processo dois pedidos de liberdade provisória.

Durante a instrução foram inquiridas quatro testemunhas da acusação

(fls. 122 a 129) e outras cinco de defesa (fls. 148 a 150), sendo três por precatória (fls. 160, 164 e 165 e 170). A defesa desistiu da inquirição de uma testemunha, com o que concordou o Ministério Público.

O Ministério Público, em memoriais substitutivos aos debates orais, pugnou pela condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 173 a 181).

A defesa, por seu turno, alegando não haver prova da traficância, postulou a desclassificação do crime do art. 12 da Lei de Tóxicos para o art. 16 do mesmo diploma legal, com aplicação de pena mínima para o delito. Em relação ao crime do art. 306 da Lei n. 9.503/97, pediu a aplicação do apenamento mínimo (fls. 182 a 190).

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

Passo a fundamentar.

O feito teve curso normal, não havendo quaisquer irregularidades a sanar.

Do crime do art. 12 caput da Lei n. 6.368/76

A materialidade, incontroversa, está perfeitamente demonstrada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 21, pelo laudo de constatação da natureza da substância de fl. 31 e pelo laudo toxicológico definitivo de fls. 138 a 143, os quais comprovam a apreensão de 166,8g (cento e sessenta e seis vírgula oito gramas) de "*Cannabis*

sativa Linneu", substância vulgarmente conhecida como "*maconha*", contendo o princípio ativo tetrahidrocannabinol.

Saliento que eventual diferença da pesagem da droga não possui o condão de invalidar a apreensão, pois, conforme esclarecido ao final do item "Dos Exames" do laudo de constatação de fl. 31, num primeiro momento a pesagem foi realizada juntamente com as embalagens nas quais a droga estava acondicionada, sendo totalizado naquela oportunidade o peso de 225,2g (duzentos e vinte e cinco vírgula dois gramas).

A autoria não foi negada pelo réu em seu interrogatório, no qual afirmou, todavia, que a substância era destinada para consumo próprio.

Destacam-se os seguintes trechos de seu interrogatório (fls. 82 a 84):

"[...] que efetivamente estava dirigindo o veículo Mitsubishi no dia dos fatos; que veio para Itapiranga em razão do feriado de Carnaval, para visitar o sogro e sogra; que naquele dia saiu de Belmonte indo para São Miguel do Oeste, retornando a Belmonte para deixar sua companheira, vindo após para Itapiranga; que antes de apanhar sua companheira, pegou seu veículo, o qual foi apreendido, que estava numa oficina; que estava acompanhado por Fredi Sausen e Adriano Justen, ambos amigos; que sua atual companheira viria para Itapiranga no dia seguinte; que quando a Polícia Militar parou o seu veí-

culo, estava sozinho; [...] que não fugiu ou resistiu à prisão; que não sabe o nome dessas pessoas, pois não as conhecia e estava bêbado e sob o efeito de entorpecentes; que somente poderia reconhecer quem lhe desferiu o soco, por fotos ou pessoalmente; que estava sob o efeito de maconha e tinha bebido cerveja e um pouco de *whisky*; que efetivamente trazia consigo a droga apreendida, a qual foi adquirida em São Miguel do Oeste, duas semanas antes, próximo ao Cemitério, onde costuma adquirir a droga; que sempre comprava maior volume pois tem menor preço e para não se expor; que adquiria de ‘mensageiros’ diferentes, afirmando que deixava o dinheiro com eles, pagando adiantado, e depois retornava para pegar a droga, sendo o lapso de tempo entre a compra e a entrega da droga variável; que pagou pela droga R\$ 150,00, afirmando que devia valer entre R\$ 150,00 e R\$ 200,00; que nunca comprou um cigarro pronto, porém informa que sai por R\$ 5,00 a R\$ 10,00; que em razão da qualidade o preço diferencia; que quando comprava a droga não sabia qual era sua qualidade, afirmando que ‘não era passado para trás’ pois era um bom freguês; que já adquire a droga em São Miguel do Oeste há seis meses; que na Faculdade chegou a usar maconha, passando por um longo período de abstinência; que não possui o costume de fumar maconha dirigindo; que esteve com Adriano Justen na casa de uma paciente, Cristiane Konopatski, a qual sofre de insuficiência renal e costuma visitar; que somente conversou com

eles, não fumando maconha; que Cristiane nunca andou em seu veículo; que Adriano Justen disse que naquele local havia pessoas que não podia ‘se meter’; que parou naquele local pois teria visto Adriano nas imediações; que fumou maconha naquele dia uma ou duas horas antes, na saída para Capela, na beira da estrada, sozinho; que fumou um cigarro, o qual aprontou na hora; que os resquícios de maconha encontrados no chão do carro foram em razão disso; que as pontas de cigarro guardava para reaproveitá-las; que acumula as pontas de cigarro numa bolsa, servindo como local para quebrar a droga; que a tesourinha encontrada é muito pequena para cortar a droga, servindo para raspar o torrão e depois cortar unhas e limpá-las; que a maconha prensada é extremamente dura; que a fita encontrada estava envolvendo o tijolo de maconha, tendo maconha na sua parte colante, sendo impossibilitado que fosse reutilizada; que essa fita tem o ‘formato da pedra de maconha’, pois a envolvia, não sendo um rolo; que nenhuma das sacolas foi fragmentada ou vazada para distribuição da droga, estando uma dentro da outra; que a sacola com a droga foi encontrada no chão do carona do motorista, estando com o fecho de cima aberto; que a sacola antes esteve no banco traseiro, quando estava dando carona a seus amigos; que o dinheiro encontrado estava em parte dentro da bolsa que tinha maconha, sendo pequenos valores, e a maior parte, fruto de seu trabalho em plantões, que recebeu do Hospital e Ma-

ternidade Vitória T. Missen, de São Miguel do Oeste, em espécie, não se recordando quanto, porém há recibo dos valores; que tais valores seriam destinados ao pagamento da pensão de um dos filhos; que recebeu naquele mês cerca de R\$ 11.000,00, de todos os empregos que possui; que nega que ofereceu, emprestou ou deu droga a Adriano naquele dia, reiterando que não fumou maconha no carro quando ele estava junto; que não é traficante; que demoraria cerca de duas semanas para consumir a maconha apreendida, se fumasse bastante, o que certamente aconteceria; que para ele maconha era igual a cigarro; que se considera usuário de drogas, clinicamente, não sendo viciado; que conhece Adriano Justen desde quando morou em Itapiranga, há cerca de dois anos, sendo que o conheceu por intermédio de Cristiane; que o apelido de Adriano é 'tucano'; que trouxe toda a droga para Itapiranga e a trazia consigo pois não queria deixar em outro local para não comprometer outras pessoas; que sua companheira sabia que fumava maconha, em razão do cheiro e do fato de saber que ele foi usuário; que havia pressão por parte dela no sentido de parar de fumar, porém continuou o uso, escondido; que quando foi preso disse que a droga era para seu consumo; que não possui qualquer inimizada com os policiais que o prenderam, não sendo agredido fisicamente, somente verbalmente; que tentou jogar a droga fora na Delegacia pois ficaria com menos droga, podendo ser autuado por posse de drogas, considerando isto um ato de desespero [...].”

O flagrante foi efetivado por policiais militares em virtude de o réu estar conduzindo seu veículo em alta velocidade e ter-se envolvido anteriormente em discussão num bar da cidade, sendo a apreensão da droga ocasional, não tendo sido o réu Marcelo flagrado em conduta de venda ou abordado em razão de denúncia nesse sentido.

Os policiais militares Valdomiro Buss e Valdair Pereira confirmam essa tese.

Buss, às fls. 127 e 128, afirmou:

“[...] que foram acionados por uma pessoa que estava no Bar do Campana; que foi dito que um veículo estaria fazendo manobras perigosas, quase atropelando um cliente, além de ter ocorrido uma ameaça, no sentido de que o condutor voltaria ao local para fazer algo, não sabendo exatamente o quê; que o veículo foi indicado como sendo branco, com indicação exata da placa, qual seja, MAL, não sabendo indicar neste momento o número exato; que fazendo buscas do veículo, foi localizado em frente à Livraria Konopaski [...]; que quando parado, o réu saiu do carro e não reagiu, sendo procedida uma revista pessoal naquele momento; que foi encontrado farelo de entorpecentes nos bancos do veículo, tendo sido levado o veículo até a Delegacia, onde foi feita a revista; que também foram até a Delegacia duas pessoas que estavam no Bar, sendo um deles o dono, Valdir Campana; que na revista do veículo na Delegacia foram encontradas ‘pedrinhas de maconha’, farelos

da maconha por todo o veículo, fitas já utilizadas, tesourinha, papel pequeno (não sabendo se era 'seda'); a maior parte da maconha estava na forma de pedra (duas ou três), além de parte 'meio verde' em um saco de supermercado, com dinheiro, em pouco valor; que essa maconha 'meio verde' estava úmida, cortada em tirinhas (picada), não esfarelada, não sabendo se podia ser consumida; que a droga, com exceção do farelo, estava dentro de uma sacola, em cima do banco dianteiro do carona; que não presenciaram venda da droga por parte do réu; que quando a droga foi encontrada o réu disse 'como é que a droga estava ali dentro?', ficando quieto, não falando mais nada; que dentro da Delegacia Marcelo mexeu na droga, tendo o réu pegado uma pedra e a jogado no vaso sanitário, não conseguindo dar descarga, jogando outra porção (a que estava úmida), pela janela, droga esta que não foi perdida; que o depoente estava dentro da Delegacia neste momento, porém não presenciou a ação do réu; que quem pegou a droga dentro do vaso sanitário foi o soldado Sandro; que havia suspeita de que Marcelo era consumidor de entorpecentes; que não havia nenhuma notícia de que Marcelo vendesse entorpecentes; que não ouviu o réu dizer que era usuário de drogas, o que também não perguntou para o réu; que o réu não disse para o depoente com quem estivera naquele dia ou o que estava fazendo em Itapiranga; [...] que no momento da abordagem era perceptível que o réu estava sob o efeito de substância entorpecente, não sabendo se maconha,

álcool ou outra, em razão de seu comportamento, que 'não era de uma pessoa sã'; que o réu não estava cambaleando, estando com os olhos avermelhados; que na primeira abordagem o réu não falou nada; que em relação à droga, aos objetos e ao dinheiro, o réu não falou nada a respeito, quando da vistoria na Delegacia; [...] que na hora da abordagem notou-se que pelo cheiro do veículo e os farelos a substância entorpecente seria maconha; que não sabe a utilidade dos papéis pequenos, que estavam espalhados pelo carro; que não sabe o valor de comercialização da maconha”.

Pereira, às fls. 128 e 129, disse:

“[...] que a Polícia Militar foi chamada pois em frente ao Bar Campana estaria um carro branco em alta velocidade, igualmente fazendo ameaças a pessoas que ali estavam; que foi fornecida a cor do veículo e sua placa; que após ronda, na Rua São Jacó, foi visto o veículo estacionado em frente à Livraria Konopaski; [...] que logo em seguida uma viatura se postou em frente ao veículo do réu, parando-o; que o réu foi convidado a se retirar do carro, o que ocorreu sem resistência; que foi feita uma revista pessoal no réu, tendo o depoente entrado no carro para segurá-lo, pois era uma descida e o carro não estava parando; que o cheiro exalado pelo carro era de entorpecente, havendo farelo pelo veículo e duas sacolas, uma aberta, no lado do carona e no banco traseiro; que não se recorda se foi pergun-

tado ao réu sobre a droga; que quando o depoente chegou na abordagem, o réu chegou a dizer, 'Dá uma mão, Valdair'; que o veículo foi imediatamente levado para a Delegacia de Polícia, sendo confirmada a presença de droga naquele local; que não sabe exatamente se a droga era maconha, pois não conhece muito bem; *que a maior parte da droga estava esfarelada, havendo muitos resíduos no fundo da sacola e nos bancos; que a fita estava inutilizada; que não sabe precisar se havia dois ou três pedaços da droga na sacola, porém confirma a droga estava assim fracionada; que não se lembra se havia baseado pronto para consumo; que havia restos 'tocos' de baseado; que não se recorda da tesoura e papelotes encontrados;* que o réu acompanhou a revista no veículo calmo, quieto; que o réu estava deitado, dormindo, estando a droga dentro da sacola, na mesma sala; que naquele momento não havia ninguém na sala; que quando retornaram viram que parte da droga tinha sido jogada pelo réu (única pessoa que estava na sala) no vaso sanitário (uma pedra) e na janela (restos, folhas murchas), o que foi recuperado; que não se lembra se o réu disse porque fez isto; que foi o depoente quem recolheu a droga no vaso sanitário; que a droga estava boiando; que após o réu foi levado até outra sala; que o réu não disse com quem estivera naquele dia ou o que estava fazendo em Itapiranga naquele dia; *que o réu não disse onde conseguiu a droga, dizendo que era para consumo, tendo esse problema desde a facul-*

dade, pois era viciado; que não sabe se o réu fumou dentro do carro, sendo que o cheiro era forte; que o réu tem o sogro que reside em Itapiranga, o qual mora no Centro, na Rua do Comércio; que o dinheiro encontrado seria proveniente de umas consultas, do trabalho dele; que não se recorda se dentro de um saco plástico que continha droga havia dinheiro; que não sabe o preço de mercado da maconha; *que havia suspeitas no sentido de que Marcelo usava drogas, nunca tendo sido o réu flagrado consumindo;* que conhece Adriano Justen, não sabendo se possui alguma relação de amizade com o réu; [...] *que o réu não estava em seu estado normal (diferente) quando abordado, parecendo estar sob o efeito de substância entorpecente, não sabendo qual".*

Com o réu, anteriormente à sua prisão, estiveram naquela noite Adriano Justen e Fredi Sausen, ambos testemunhas.

Adriano, às fls. 122 e 123, asseverou:

"[...] que estava na rua, indo para a casa de uma amiga Leonida Konopatski, quando pegou uma carona com Marcelo; que só tinha falado como o réu uma vez, no Bar Kolmann, na época em que Marcelo era médico na cidade; que Marcelo parou o carro e pediu por fogo, pois o depoente estava fumando um cigarro; que então o depoente pediu uma carona até a casa de sua amiga, o que ocorreu; que dentro do carro percebeu que Marcelo estava com um baseado pronto para consumo, o qual acendeu com o is-

queiro do depoente; que fumaram o baseado juntos, tendo o depoente pedido ao réu para fumar junto; que após fumarem o baseado, jogaram-no fora do veículo, na rua; que quando pediu para fumar o réu disse 'quer fumar, fuma', não resistindo a fumar junto com o depoente; [...] que o réu aparentava estar um pouco bêbado”.

Fredi, por seu turno, às fls. 148 e 149, alegou:

“[...] que já conhecia o réu, há 4 anos; que o réu chegou de São Miguel do Oeste no dia dos fatos por volta das 18h30min; que encontrou o réu na rua e ficaram juntos até próxima de 0 horas; que chegou a andar no carro do réu naquele dia; que beberam juntos no Kolmann, dentro do carro também; que beberam cerveja, não em pouca quantidade; que não chegaram a ficar embriagados, afirmando que Marcelo pode ter ficado 'um pouco alto, talvez'; que viu algumas pastas do réu dentro do carro, não sabendo o que continham, pois não lhe interessava; que em certo momento, quando o depoente dirigia o veículo, o réu fez um cigarro de maconha e fumou dentro do carro, não tendo o depoente fumado; que o réu não ofereceu o cigarro ao depoente, nem 'para fumar junto'; [...] que não percebeu de onde tirou a droga para fazer o cigarro; que o réu é usuário de drogas; que quando conheceu o réu ele já era usuário, assim como o depoente; que o réu não comentou com o depoente naquele dia onde teria comprado droga ou a quantidade que estava em sua posse no carro; que quando foi pegar um CD

no banco traseiro encontrou o dinheiro, tendo o réu lhe dito que era proveniente de 'plantão' em São Miguel do Oeste; que o réu não comentou se recebeu aqueles valores em dinheiro ou cheque; que o réu lhe disse que estava em Itapiranga pois trouxe o filho dele para cá, não sabendo se ele iria passar o feriado do Carnaval nesta cidade”.

Ambos, como se verifica, não indicaram qualquer ato de mercancia de substância entorpecente pelo réu.

Embora a apreensão de considerável quantidade de maconha (166,8 gramas), sabe-se que a quantidade, por si só, consideradas as demais circunstâncias do art. 37, *caput*, da Lei n. 6.368/76, não é suficiente ao reconhecimento da traficância.

Neste sentido:

“*Apelação — Entorpecentes — Quantidade de droga — Acondicionamento — Desclassificação — Artigo 16 da Lei n. 6.368/76.*

“*Se é verdade que se não mostra pouca a porção de droga apreendida (190g de maconha e 20 g de cocaína), não menos certo é que apenas esse dado é insuficiente, por si só, para configurar a prática da traficância. Importa ver se a droga se fazia acompanhar de outros apetrechos utilizados para prepará-la para comercialização, se os réus tinham condições econômicas para adquiri-la para consumo, se viciados, dependentes e, não só isso, em que situação foram flagrados e se alguma informação pretérita dava conta da prática de traficância.*

Inexistindo elementos probatórios consistentes a confirmar que a droga se destinava à venda, fica mantida a desclassificação para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

“2. As formas de ‘guardar, ter em depósito’ substância entorpecente tanto se adequam ao artigo 12 como ao artigo 16. A distinção evidencia-se quanto ao destino. No primeiro, o tóxico é para comércio e, no segundo, para uso próprio. Daí decorre a frontal diferença em termos de apenamento, não ferindo nenhum direito dos réus, tampouco afronta à lei processual (*emendatio libelli*, art. 383, CPP) a desclassificação operada.

“Apelo improvido” (Ap. Crim. n. 70003423605, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça/RS, rela. Desa. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgada em 2-5-2002).

“Tóxicos. Tráfico. Prova. Insuficiência. Desclassificação para uso próprio. *A quantidade e o acondicionamento da droga apreendida, sem qualquer outro elemento a demonstrar a mercancia, não são elementos seguros a ensejar uma condenação pelo delito de tráfico. A afirmação do réu sobre o fato de ser usuário e a insuficiência de prova autoriza a desclassificação para o delito do artigo 16 da Lei n. 6.368/76. Fornecer gratuitamente. A simples afirmação do réu de que a droga se destinava para uso próprio e de sua namorada, sem qualquer outro elemento probatório, não conduz à condenação pelo delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos.* Apelo Ministerial desprovido” (fl. 5) (Ap. Crim. n.

70000321836, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres, julgada em 19-4-2000).

Feita essa consideração, impende uma análise dos elementos fixados no art. 37, *caput*, da Lei n. 6.368/76 para a classificação do delito imputado ao réu.

O referido artigo estatui:

“Art. 37. Para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

O réu Marcelo Cecchin Pereira é médico, ganhando aproximadamente R\$ 11.000,00 (onze mil reais) ao mês, possuindo plenas condições de adquirir a droga, cujo valor não é elevado.

Sobre a condição financeira do réu, a prova testemunhal é esclarecedora nesse sentido:

Fernando Otone Girardi, também médico, à fl. 150 declinou:

“[...] que o réu possui uma boa clientela e bom relacionamento com os pacientes; que o réu tinha bastante serviço; que entende que na área liberal as pessoas surpreendem pela capacidade que têm de trabalhar além do horário de trabalho, sendo possível o exercício de atividades paralelas dependendo da disposição da pes-

soa para o trabalho, sendo difícil em função do tempo; que o depoente possui carga horária de trabalho extensa; que inicia suas funções às 6 horas, terminando às 20 horas, não possuindo condições de exercer atividade paralela; que o réu Marcelo trabalhava como PSF (Programa Saúde Família), sendo sua atividade-base; que a partir desta atividade são geradas outras, como internações, cirurgias, procedimentos ambulatoriais e plantões”.

Roberto Nazai, às fls. 164 e 165, disse:

“[...] Marcelo é médico da família. [...] O denunciado é proprietário de um Gol e de um Mitsubishi Galant. [...] O réu ganhava relativamente bem como médico [...]”.

Neiva Salete Meneguzzi Lanferdini, à fl. 160, afirmou:

“[...] que a depoente trabalha na prefeitura, contratada como Secretária da Saúde do município de Belmonte, que nessa condição tinha contato profissional com o acusado; que o acusado trabalhava na Prefeitura todos os dias; [...] que a depoente pode afirmar que o acusado tem ótima conduta profissional tendo fama de excelente médico na cidade onde trabalha; que o acusado ficava a disposição do município mesmo após o expediente normal; que tem conhecimento que o acusado cumpria plantões em São Miguel do Oeste [...]”.

Igualmente, o dinheiro apreendido — R\$ 1.226,00 (mil duzentos e vinte e seis reais) —, que poderia ser

indicativo de comércio de entorpecentes, teve sua origem comprovada.

O réu, como já noticiado anteriormente, informou que o dinheiro era fruto de seu trabalho em plantões que fez no Hospital e Maternidade Vitória T. Missen, de São Miguel do Oeste, tendo recebido em espécie, havendo recibo desses valores.

Foi juntado recibo à fl. 75 dos autos, demonstrando o recebimento em 20-2-2004, um dia antes do fato, de R\$ 1.188,00 (mil cento e oitenta e oito reais), valor um pouco inferior ao apreendido. Além disso, foram juntadas declarações pelo Hospital e Maternidade Vitória T. Missen, às fls. 107 e 110, no mesmo sentido.

Tal quantia, como confirmada pelo depoimento de Alexandre Grieson Spessato, também médico, foi recebida em espécie, sendo o recibo verdadeiro.

No seu depoimento, Alexandre asseverou a respeito (fl. 170):

“[...] que o acusado fez vários plantões no hospital Missen; [...] que os plantões são pagos em dinheiro, diretamente ao plantonista; que o acusado recebeu pagamento por plantão, provavelmente na quinta ou sexta-feira anterior a sua prisão; que reconhece cópia de recibo apresentada neste ato pelo defensor do acusado, que afirmou fazer parte dos autos principais, como sendo emitido pelo hospital Missen por valores pagos ao acusado; que reconhece as assinaturas em duas declarações apresentadas pelo defensor do acusado, cujas cópias são

juntadas aos autos neste ato, como sendo de Arlete Missen e Cláudio Missen, ambos os diretores do Hospital Missen; que pelo que tem conhecimento o acusado era médico do programa de saúde familiar no município de Belmonte [...]”.

Importante também para o deslinde do feito a forma de acondicionamento da droga.

Nesse tópico, as fotos de fls. 33 e 34 e 143, assim como o auto de exibição e apreensão de fl. 21 são imprescindíveis para uma melhor apreensão da questão.

É consabido que a maconha para ser comercializada é acondicionada em pequenas quantidades, pois o fracionamento facilita a mercancia.

Pode-se concluir com exatidão que a droga não estava fracionada em baseados ou trouxinhas. Pelo contrário, estava solta, dentro de uma sacola. Igualmente, as fitas adesivas já estavam utilizadas, não se podendo reutilizá-las, indicando que a droga estava anteriormente numa porção maior. Chama atenção a existência de pontas de cigarro já consumidas, as quais, segundo o réu, guardava para reaproveitá-las, acumulando-as na bolsa, a qual servia como local para quebrar a droga. Estas pontas de cigarro, certamente, não serviriam para o comércio, indicativo de que foram consumidas pelo réu ou por outros usuários. Em relação à tesoura encontrada, o réu afirmou que é muito pequena para cortar a droga, servindo para raspar o torrão e depois cortar

unhas e limpá-las, o que não é ilógico. Os papéis encontrados, em quantidade não substancial, são típicos para a formação de baseados.

A perícia realizada no automóvel (fls. 60 a 73), somada às declarações dos policiais militares de que o interior do veículo do réu apresentava cheiro forte, possivelmente de maconha, são apenas indicativos de que alguém fumou o entorpecente naquele local.

Quanto ao fato de na Delegacia de Polícia Civil, já preso, o réu ter tentado se desvencilhar de parte da droga, a qual já tinha sido descoberta, realmente é estranho.

Porém, não se pode olvidar de que Marcelo estava sob o efeito de álcool e entorpecente, havendo comprovação técnica de que havia consumido maconha naquele dia (fl. 76), além das palavras dos policiais no sentido de que “estava sob o efeito de substância entorpecente, não sabendo se maconha, álcool ou outra, em razão de seu comportamento; que ‘não era de uma pessoa sã’ (fl. 127) e ‘não estava em seu estado normal (diferente) quando abordado, parecendo estar sob o efeito de substância entorpecente” (fl. 129).

Flagrado após essa tentativa frustrada de desaparecimento da droga, não houve notícia de que reagiu, sendo crível que tenha agido assim num “ato de desespero”, como afirmou.

O fato de uma testemunha, Marcos Rogério Campana, à fl. 124,

ter afirmado que o réu Marcelo esteve em seu bar dizendo que “tinha marcado um encontro com um rapaz, cujo nome e descrição física não foram indicados pelo réu, na esquina”, estando muito revoltado, “reiterando que queria se encontrar com essa pessoa” não pode conduzir à conclusão que seu desiderato era de entregar a totalidade da droga apreendida àquela pessoa. Com a vênua de entendimento diverso, somente com a descoberta de quem seria esta pessoa e a intenção dela poderia esse fato ser tido como indício de trespasse posterior da droga, o que não ocorreu no caso.

O que resta evidente dos autos é a confirmação de que Adriano Justen fumou um baseado de maconha juntamente com o réu, não obstante a negativa de Marcelo.

Adriano, já na fase policial, indicou que (fl. 40):

“[...] Que ao entrar no automóvel, notou que Marcelo havia aceso um cigarro de ‘maconha’, popularmente conhecido como ‘baseado’; que Marcelo ofereceu o ‘baseado’ para o depoente, tendo este ajudado a fumar o cigarro; que pouco antes de chegarem até a residência de Leonida, jogaram o toco do ‘baseado’ para fora do veículo; que anteriormente Marcelo nunca havia oferecido ‘maconha’ ao depoente”.

Em Juízo, com pequenas divergências, a história foi confirmada (fl. 122):

“[...] que dentro do carro percebeu que Marcelo estava com um ba-

seado pronto para consumo, o qual acendeu com o isqueiro do depoente; que fumaram o baseado juntos, tendo o depoente pedido ao réu para fumar junto; que após fumarem o baseado, jogaram-no fora do veículo, na rua; que quando pediu para fumar o réu disse ‘quer fumar, fuma’, não resistindo a fumar junto com o depoente [...]”.

Certo é, assim, apenas o fornecimento de pequena quantidade de maconha a Adriano Justen, não ocorrendo, porém, induzimento e persuasão para o consumo da droga.

Tal ato não pode ser considerado ato de traficância, sob pena de extrema desproporcionalidade, que não pode ser admitida por um Direito Penal, conforme a Constituição.

A simples cessão de entorpecente entre amigos ou companheiros, ato de companherismo de um usuário a outros, não pode ser considerado como ato de consciente traficância.

Nesse sentido:

“Tóxico. Uso próprio. Desclassificação de crime. Cessão eventual de pequena porção. Inaplicabilidade do art. 18 da Lei n. 6.368/76. É de desclassificar-se o delito do art. 12 para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76 se o acusado trazia consigo para uso próprio substância comprovadamente entorpecente, embora não importe, para a configuração do crime de tóxico, a pequena quantidade apreendida bem como desnecessária a prova de qualquer dano físico ou psíquico, eis que a tipicidade da infração vincula-se às propriedades da droga ao risco

social e de saúde pública e não à lesividade comprovada em cada caso concreto. *A esporádica e eventual cessão de pequena porção de substância tóxica de um usuário a outro tanto ou mais do que ele comprometido com o vício de entorpecente não caracteriza o delito do art. 12 da Lei de Tóxicos. Não se aplica ao usuário de substância entorpecente a regra do art. 18 da Lei n. 6.368/76* (Ap. n. 20.704, 2ª C., TJMG, j. 11-2-88, rel. Des. Edelberto Santiago).

“[...] convite para fumar em conjunto maconha que fora adquirida para uso próprio, sem induzimento e persuasão para o consumo, em ação esporádica, não acarreta a punição como traficante” (RJTJRS 102/17).

Nada há que indique, como visto, o envolvimento do réu com comércio de entorpecentes, sendo que a própria Polícia não tinha esse prévio conhecimento. Por outro lado, a vida pregressa do réu não é comum para um traficante, pois, além de não registrar antecedentes, há comprovação de atividade lícita.

O que se tem, ao contrário, é farta notícia de que o autor Marcelo é usuário de substância entorpecente.

Vejam-se os seguintes depoimentos:

Valdomiro Buss (fl. 127):

“[...] que havia suspeita de que Marcelo era consumidor de entorpecentes; que não havia nenhuma suspeita de que Marcelo vendesse entorpecentes [...]”.

Valdair Pereira (fl. 129):

“[...] que havia suspeitas no sentido de que Marcelo usava drogas, nunca tendo sido o réu flagrado consumindo [...]”.

Fredi Sausen (fl. 148):

“[...] que o réu é usuário de drogas; que quando conheceu o réu ele já era usuário, assim como o depoente [...]”.

Norberto Nazai (fls. 164 e 165):

“[...] No ano 2000, durante um encontro de final de ano, o denunciado disse que se sentia envergonhado, diante da pessoa do depoente, pelo fato de estar fazendo uso de substância entorpecente. O declarante foi seminarista e o réu tinha respeito em face da pessoa do depoente. Por isso, ele disse que estava envergonhado, de estar diante do depoente e ser usuário de droga. Na ocasião, ele disse que já estava procurando ‘sair disso’. [...] Depois do ano 2000 (depois que o réu contou que estava usando drogas) a mãe do acusado falou com o depoente em algumas ocasiões, dizendo que o denunciado ‘continuava com aquilo’ e que era para o depoente rezar para auxiliá-lo [...]”.

Comparar a ação concretizada pelo réu com a ação de um traficante constituir-se-ia em injustiça. Tudo leva a crer que o ocorrido não passou, além de porte de maconha para consumo, de um fornecimento esporádico e eventual da droga para terceira pessoa.

A expressão “fornecer” insere no tipo penal do art. 12 da Lei n. 6.368/

76 deve ser interpretada como tendo conotação mais forte, no sentido de abastecimento ou provisão com certa habitualidade, o que não se verifica no caso em tela.

Nesse sentido:

“Muito diferente do fornecimento, caracterizado pela habitualidade, houve mera cessão, sem qualquer outra vinculação que não a momentânea transferência de insignificante parcela de vegetal tóxico” (cf. Ap. Crim. n. 25.845-3, de São Paulo, 3ª C., Crim., Lex 88/399).

Aplicando-se a letra fria da lei, a qual estabelece punição de condutas que podem ser praticadas por outros que não verdadeiros traficantes, estar-se-iam cometendo injustiças quase que diariamente. Isso porque a não exigência de propósito de comércio ou o fim de lucro pelo legislador dá margem a punições que serão desproporcionais e, por isso, injustas se não aplicada a lei com prudência neste particular.

O objetivo do art. 12 da Lei de Tóxicos é alcançar o traficante, aquele que usualmente distribui a droga e, com isso, tende a induzir a influenciar as pessoas a entrar para este submundo que é o da dependência das drogas. É esse traficante que merece a alta reprimenda do art. 12, com todas as graves implicações constantes na chamada Lei dos Crimes Hediondos, e não aquele que, num episódio ocasional, num comprovado compartilhamento de um baseado com outro usuário de droga, fornece maconha,

sem qualquer evidência de que se trate de uma mercancia habitual por parte do réu.

Nesses termos, evidenciadas estão nos autos a materialidade e a autoria do delito objeto do presente feito, sendo que a conduta, porém, não pode ser enquadrada no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, devendo ser desclassificada para o art. 16 do mesmo diploma legal.

Do art. 306 da Lei n. 9.503/97

Damásio E. de Jesus, *in* Crimes de Trânsito, Anotações à parte criminal do Código de Trânsito (Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997), Editora Saraiva, 5ª edição, 2002, às p. 153 e 154, leciona sobre o crime de embriaguez ao volante, arrolando seus elementos:

“1º) condução de veículo automotor em via pública; 2º) ingestão anterior ou concomitante de substância alcoólica ou de efeitos análogos; 3º) alteração, por estimulação ou depressão, do sistema nervoso central, com redução ou modificação da capacidade da função motora, da percepção ou do comportamento; 4º) afetação da capacidade de dirigir veículo automotor (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição) em razão da alteração mencionada no item anterior; 5º) condução anormal, de acordo com as regras de circulação viária (alteração do comportamento na direção do veículo), expondo, assim, a incolumidade coletiva a perigo de dano; 6º) nexos de causalidade entre a condução anormal e

a ingestão de substância alcoólica ou de efeito análogo” (Ramón Maciá Gómez, *Delitos y faltas relacionadas con la circulación de vehículos a motor en el Código Penal de 1995*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p. 29).

Resta incontroverso nos autos que o réu conduzia seu veículo, Mitsubishi Galant, placa MAL 7017, em via pública, na cidade de Itapiranga.

Igualmente não há a menor dúvida de que o réu estava sob o efeito de substância entorpecente (maconha), naquele dia.

Além da prova pericial (fl. 76), o próprio Marcelo Cecchin Pereira e as pessoas que tiveram contato com ele afirmaram que ele fez uso de drogas e de álcool.

Veja-se:

O réu, à fl. 83, disse:

“[...] estava bêbado e sob o efeito de entorpecentes; [...] que estava sob o efeito de maconha e tinha bebido cerveja e um pouco de *whisky*”.

Adriano Justen, às fls. 122 e 123, alegou:

“[...] que o réu somente fumou um baseado, quando estava dirigindo e dando a carona ao depoente; [...] que Marcelo aparentava estar bêbado desde que pegou a carona com ele; [...] que o réu aparentava estar um pouco bêbado [...]”.

Fredi Sausen, às fls. 148 e 149, asseverou:

“[...] que encontrou o réu na rua e ficaram juntos até próximo de 0 horas; que chegou a andar no carro do réu naquele dia; que beberam juntos no Kolmann, dentro do carro também; que beberam cerveja, não em pouca quantidade; que não chegaram a ficar embriagados, afirmando que Marcelo pode ter ficado ‘um pouco alto, talvez’; [...] o réu fez um cigarro de maconha e fumou dentro do carro [...]”.

Os policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante de Marcelo igualmente confirmaram o estado de embriaguez e a sua alteração psíquica.

Valdair Pereira, às fls. 128 e 129, informou:

“[...] que o réu não estava em seu estado normal (diferente) quando abordado, parecendo estar sob o efeito de substância entorpecente, não sabendo qual”.

Valdomiro Buss, às fls. 126 e 127, reiterou:

“[...] que no momento da abordagem era perceptível que o réu estava sob o efeito de substância entorpecente, não sabendo se maconha, álcool ou outra, em razão de seu comportamento, que ‘não era de uma pessoa sã’; que o réu não estava cambaleando, estando com os olhos avermelhados; que na primeira abordagem o réu não falou nada [...]”.

A conduta de dirigir de forma anormal o veículo também ficou comprovada, não obstante a negativa do réu, o qual sustentou que não realizou manobras perigosas.

A pessoa que chamou a Polícia Militar, Marcos Rogério Campana, indicou a condução anormal do veículo pelo réu (fls. 124 e 125):

“[...] que cerca de 20 minutos depois, percebeu um veículo branco, o qual era do réu, passando em alta velocidade na rua em frente ao bar, parando bem próximo, em frente à Oficina do Gentil; [...] que o réu, então, entrou no carro e ‘saiu ligeiro, cantando pneu’; que nesta hora as duas outras pessoas que estavam no bar saíram; que o réu saiu em alta velocidade, voltando de ré por cerca de 3 vezes, fazendo menção de atropelá-los, pois sempre andava em alta velocidade; que numa dessas vezes um dos rapazes, Gessing, desequilibrou-se e caiu na rua, quase sendo atropelado; que esse rapaz fez menção de pegar um tijolo e jogar contra o carro, não o fazendo em razão do depoente ter dito para não fazer ‘folia’; que o réu, finalmente, saiu em alta velocidade pela rua, tendo o depoente visto que em frente ao Ginásio Municipal deu um cavalo-de-pau; que a Polícia foi chamada; que após tal fato percebeu o carro do réu vindo rápido na direção Centro-Bairro do Parque (Recanto) por duas vezes, sempre em alta velocidade; que em certo momento o réu parou o carro, quando vinha do Recanto, próximo ao Bar, não chegando a sair do carro; que o depoente naquele momento estava na calçada, com seu pai e os outros dois clientes; [...] que a rua em frente ao bar do depoente é de paralelepípedo; que em frente ao Posto de Saúde há uma pequena depressão, tendo o réu desviado do buraco

quando estava naquele sentido, passando rápido; que quando a polícia estava atrás do réu ele andava entre 60 e 70 km/h; que no momento anterior ele estava bem mais rápido; que para o depoente andar acima da velocidade estabelecida por placas indicativas é ligeiro, andando bem mais acima é em alta velocidade”.

Os policiais militares confirmaram o fato:

Valdomiro Buss depôs nos seguintes termos a respeito (fls. 126 e 127):

“[...] que foram acionados por uma pessoa que estava no Bar do Campana; que foi dito que um veículo estaria fazendo manobras perigosas, quase atropelando um cliente, além de ter ocorrido uma ameaça, no sentido de que o condutor voltaria ao local para fazer algo, não sabendo exatamente o que; que o veículo foi indicado como sendo branco, com indicação exata da placa, qual seja, MAL, não sabendo indicar neste momento o número exato; [...] que o condutor, que estava sozinho, dirigiu-se pela Rua da Comércio, subindo a Rua da Matriz em direção ao Bairro Recanto, a caminho do Bar do Campana; que resolveram segui-lo, em duas viaturas, pois estava indo em direção ao bar em que tinha feito ameaças; que o automóvel do réu estava indo em velocidade um pouco acima do normal; que o ‘giroflex’ foi ligado e não a sirene, em razão do horário; que após o ‘giroflex’ ter sido ligado, o automóvel conduzido pelo réu aumentou a velocidade; que o réu não parava nas

esquinas, chegando praticamente a parar perto do bar do Campana, tendo populares na frente do bar; que após o Bar a Polícia chegou bem próximo ao veículo conduzido pelo réu, indo os carros mais em frente e na esquina posterior já ocorreu a abordagem, tendo uma das viaturas cruzado com o veículo do réu e interrompido sua marcha [...]”.

Valdair Pereira, às fls. 128 e 129, de forma semelhante disse:

[...] que a Polícia Militar foi chamada pois em frente ao Bar Campana estaria um carro branco em alta velocidade, igualmente fazendo ameaças a pessoas que ali estavam; que foi fornecida a cor do veículo e sua placa; que após ronda, na Rua São Jacó, foi visto o veículo estacionado em frente à Livraria Konopaski; que em seguida o carro saiu do local, subindo pela Rua da Matriz, em direção ao Bar do Campana; que a viatura seguiu o veículo à distância; que a velocidade do veículo não era alta, percebendo o depoente que próximo ao bar o carro reduziu a velocidade; que em razão da chamada (ameaças dirigidas contra pessoas que estavam no bar) a Polícia decidiu chegar mais perto do veículo conduzido pelo réu; que o ‘giroflex’ foi ligado e o carro do réu andou mais rápido, não sabendo se em razão da chegada da polícia ou não, o que não foi indagado ao réu; que neste momento o réu não ‘cantou pneu’ ou fez manobra perigosa; que logo em seguida uma viatura se pôs em frente ao veículo do réu, parando-o [...]”.

Não há notícia de que o réu era inimigo de Marcos Rogério Campana, não sendo lícito deduzir que uma pessoa faria uma denúncia por telefone, tarde da noite, somente por trote, inventando que um veículo estaria em alta velocidade na via pública.

Ademais, Adriano Justen, que pegou uma carona com o réu, noticiou em seu depoimento que havia um veículo na sua rua em alta velocidade, quando aduziu, à fl. 122, “que quando estava tomando banho, antes de sair de casa, percebeu um carro branco passando na rua, ‘ligeiro’, não sabendo ao certo se era o do réu”.

Nesses termos, comprovada a ingestão de substância entorpecente (maconha) e de álcool pelo réu, antes e durante a direção de veículo automotor, conduzido em via pública de forma anormal (em velocidade acima da permitida e mediante realização de manobras perigosas), impõe-se a condenação de Marcelo Cecchin Pereira como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97.

Da aplicação do art. 69 do Código Penal

Os crimes praticados pelo réu não o foram mediante somente uma ação ou omissão, sendo autônomos e de espécies distintas, devendo-se aplicar a regra do concurso material de crimes, estabelecida no art. 69 do Código Penal, com o somatório das penas.

Dos apenamentos

Passo a aplicação das penas.

Do art. 16 da Lei n. 6.368/76

O réu possuía ao tempo do fato plena capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar de acordo com esse entendimento, sendo-lhe exigível conduta diversa. O grau de sua culpabilidade é normal. É primário, conforme certidões de fls. 45 e 162. Sua conduta social foi abonada por testemunhas. Sem dados quanto à personalidade do réu. Os motivos são os normais do tipo, assim como as conseqüências. As circunstâncias do fato não são excepcionais. Não há falar em colaboração da vítima em crimes desse jaez.

Fixo a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais acima sopesadas, no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) meses de detenção.

A pena provisória, em face da inexistência de atenuantes e agravantes, resta mantida em 6 (seis) meses de detenção.

Em razão da ausência de majorantes ou minorantes, a pena resta definida em 6 (seis) meses de detenção.

O regime será o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

A pena de multa cumulativa, atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, já analisado, vai fixada em 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), corrigidos monetariamente desde a vigência da Lei n. 6.368/76, em face da boa condição

econômica do réu, proprietário de veículo próprio e médico.

Do art. 306 da Lei n. 9.503/97

O réu possuía ao tempo do fato plena capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se determinar de acordo com esse entendimento, sendo-lhe exigível conduta diversa. O grau de sua culpabilidade é grave, pois estava sob o efeito de álcool e também de substância entorpecente (maconha). É primário, conforme certidões de fls. 45 e 162. Sua conduta social foi abonada por testemunhas. Sem dados quanto à personalidade do réu. Os motivos são os normais do tipo, assim como as conseqüências. As circunstâncias do fato são relevantes, pois há notícia de que com a direção perigosa quase uma pessoa foi atropelada. Não há falar em colaboração da vítima em crimes deste jaez.

Fixo a pena-base, atendendo às circunstâncias judiciais acima sopesadas, acima do mínimo legal, em 8 (oito) meses de detenção.

A pena provisória, em face da inexistência de atenuantes e agravantes, resta mantida em 8 (oito) meses de detenção.

Em razão da ausência de majorantes ou minorantes, a pena resta definida em 8 (oito) meses de detenção.

O regime será o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal.

A pena de multa cumulativa, atendendo ao disposto no art. 59 do

Código Penal, já analisado, vai fixada em 40 (quarenta) dias-multa, à razão unitária de 1/10 (um décimo) de um salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, em face da boa condição econômica do réu, proprietário de veículo próprio e médico.

A pena acessória cumulativa de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor, atendendo ao disposto no art. 293 da Lei n. 9.503/97 e aos mesmos critérios para definição da pena privativa de liberdade, será de 4 (quatro) meses.

Da aplicação do art. 69 do Código Penal

As penas privativas de liberdade, fixadas em 6 (seis) meses e em 8 (oito) meses de detenção, devem ser somadas, totalizando 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção.

As penas de multa também são cumuladas, assim como a pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor.

Da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos

Entendo aplicável, *in casu*, o artigo 44 do Código Penal, em sua redação dada pela Lei n. 9.714/98, porque presentes os requisitos autorizadores. Desse modo, substituo a pena privativa de liberdade aplicada — 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção — por duas penas restritivas de direitos, sem prejuízo das penas cumulativas de multa e de sus-

pensão da habilitação para dirigir veículo, as quais consistirão em: a) prestação de serviço à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, do Código Penal), em local a ser determinado pelo Juízo da Execução; b) prestação pecuniária consistente no pagamento de 5 (cinco) salários mínimos à Apae de Itapiranga/SC e de 5 (cinco) salários mínimos à Delegacia de Polícia Civil de Itapiranga/SC, em no máximo 5 parcelas, com vencimento até o dia 10 de cada mês.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia para:

a) Condenar o réu Marcelo Cechin Pereira, já qualificado, como incurso nas sanções do art. 16 da Lei n. 6.368/76, à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, mais 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), atualizados monetariamente desde a vigência da Lei n. 6.368/76;

b) condenar o réu Marcelo Cechin Pereira, já qualificado, como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97, à pena de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto, mais 40 (quarenta) dias-multa, à razão unitária de 1/10 (um décimo) de um salário mínimo vigente à época do fato, corrigido monetariamente, mais a pena cumulativa de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 4 (quatro) meses.

A pena privativa de liberdade — 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção — é substituída por duas penas

restritivas de direitos, sem prejuízo das penas cumulativas de multa e de suspensão da habilitação para dirigir veículo, as quais consistirão em: a) prestação de serviço à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação (art. 46, § 3º, do Código Penal), em local a ser determinado pelo Juízo da Execução; b) prestação pecuniária consistente no pagamento de 5 (cinco) salários mínimos à Apae de Itapiranga/SC e de 5 (cinco) salários mínimos à Delegacia de Polícia Civil de Itapiranga/SC, em no máximo 5 parcelas, com vencimento até o dia 10 de cada mês.

Caso não aceite a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o regime de cumprimento da pena será o aberto (art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal).

Condeno o réu ao pagamento de 50% das custas processuais.

Após o trânsito em julgado da sentença, caso mantida a condenação:

a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados;

b) comuniquem-se a Corregedoria-Geral de Justiça e a Justiça Eleitoral (art. 15, inciso III, da CF/88);

c) devolva-se o dinheiro apreendido ao réu (fl. 54), expedindo-se alvará para tal fim;

d) dê-se a destinação de praxe ao entorpecente apreendido (arts. 40 da Lei n. 6.368/76 e 292 do CNCGJ-SC);

e) comunique-se ao Contran e ao órgão de trânsito do Estado no qual o réu for domiciliado ou residente da aplicação da pena cumulativa de suspensão para dirigir veículo automotor (art. 295 da Lei n. 9.503/97);

f) expeça-se PEC definitivo e arquivem-se os presentes autos.

Em razão do apenamento aplicado e da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos operada, concedo ao réu o direito de apelar em liberdade, devendo comunicar ao Juízo qualquer mudança de endereço. Expeça-se alvará de soltura, se por *a*/o réu não estiver preso.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Itapiranga, 10 de maio de 2004.

Rodrigo Pereira Antunes,
Juiz de Direito.

**JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE JOINVILLE
PROCESSO N. 038.96.029317-4/0000**

JUIZ DE DIREITO: DR. JULIANO RAFAEL BOGO

Ação: Indenizatória/Ordinário

Requerente: Eliana de Fátima Rosa Ricken

Requerido: Empresa Brasileira de Compressores S.A.

Vistos etc.

1 — Relatório

Eliana de Fátima Rosa Ricken ajuizou “ação decorrente de ato ilícito” contra Empresa Brasileira de Compressores S.A., alegando, em síntese, que: manteve contrato de trabalho com a ré desde 17-1-89 até 10-9-96; durante este período passou a sofrer de LER, consistente em tenossinovite e síndrome do túnel do carpo; em novembro de 1992 fez uma cirurgia no braço, mas o problema não foi resolvido; as lesões foram causadas por culpa da ré, que não cumpriu adequadamente as normas de segurança e medicina do trabalho, impondo jornadas extensas, com esforços repetitivos, sem intervalos e revezamento de função; sofreu danos materiais decorrentes da perda do emprego e interrupção do tratamento médico, por falta de condições financeiras; sofreu, também, dano moral. Requereu a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal, das despesas necessárias ao tratamento da doença e de indenização por dano moral.

Citada, a ré apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, incompetência absoluta do juízo e prescrição. No mérito, argumentou, em suma, que: sempre possibilitou adequadas condições de trabalho aos seus empregados; as atividades desenvolvidas pela autora não poderiam gerar moléstia laboral; a autora não está incapacitada para o trabalho; a empresa não teve nenhuma responsabilidade pelas doenças que acometeram a autora; não são devidos os pleitos indenizatórios formulados.

Houve réplica, oportunidade em que a autora rebateu os termos da contestação, reiterando os pedidos iniciais.

Em decisão saneadora, foram afastadas as preliminares argüidas e deferida a produção de prova pericial e oral.

Houve agravo retido contra o *decisum* que rejeitou as preliminares.

Foi concluída a prova pericial, com a entrega do laudo oficial (fl. 114) e o do assistente técnico da ré (fls. 132 a 134).

Realizou-se audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvi-

das três testemunhas da autora e foi colhido o depoimento pessoal desta.

Em nova data, deu-se continuidade à audiência, com a ouvida de cinco testemunhas da ré. Foi, nessa ocasião, indeferido o pleito de nova prova pericial, tendo a ré interposto agravo retido contra esta decisão (fls. 174 a 183).

Apenas a ré apresentou alegações finais, reiterando os termos da contestação, amparada nas conclusões do laudo do assistente técnico e nas testemunhas ouvidas, destacando a imprecisão e a falta de fundamentação do laudo oficial.

Vieram os autos conclusos.

2 — Fundamentação

2.1 — Preliminares

As preliminares de incompetência absoluta e prescrição já foram afastadas na decisão de fl. 81, contra a qual foi interposto agravo retido. Assim, a matéria poderá ser analisada pelo Tribunal por ocasião do julgamento de eventual apelação.

De qualquer forma, ratifica-se aquele *decisum*, pois está pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça catarinense que é da Justiça Comum estadual a competência para processar e julgar as demandas indenizatórias decorrentes de acidente/doença do trabalho. Por outro lado, tratando-se de direito pessoal, a prescrição é vintenária, não se aplicando o prazo prescricional das prestações alimentícias.

A impugnação da ré aos documentos juntados pela autora, por ausência de autenticação, não merece acolhida. É cediço, a não autenticação dos documentos adquire relevância quando contestadas, justificadamente, a sua origem e a veracidade das informações neles contidas. Do contrário, não passa de mera irregularidade.

Nesse sentido:

“Para impugnação de documentos não basta a simples alegação de que a cópia está sem autenticação, sendo necessária a demonstração de alguma irregularidade” (TJSC — Ap. Cív. n. 1999.016581-7, de Criciúma, rel. Des. Cercato Padilha).

Outrossim, as assertivas da ré, em suas alegações finais, apontando vícios no laudo pericial oficial, são, agora, descabidas. Isso porque, após a perícia, a ré manifestou-se sobre o laudo, sem argüir nenhum defeito ou nulidade na prova produzida (fls. 118 a 120). Trata-se, pois, de questão que ficou prejudicada diante da preclusão.

Quanto à produção de nova prova pericial, é de causar estranheza a insurgência da ré, pois, antes da realização da perícia, protocolou petição afirmando que não havia requerido “a produção de prova médico pericial”, asseverando que não poderia ser compelida “a depositar honorários periciais se não partiu dela o pedido de realização da prova” (fl. 84). Ora, no momento processual oportuno, a autora deixou claro que não havia requerido prova pericial. Ademais, ao se

manifestar sobre o laudo do perito do Juízo, não requereu nenhum esclarecimento ou realização de nova perícia. Destarte, é inaceitável (diante da preclusão) que venha a reclamar a realização de nova perícia, sobretudo ao término da audiência de instrução e julgamento (fl. 166).

Afastam-se, portanto, todas as preliminares acima mencionadas.

2.2 — Mérito

Ao lado do benefício previdenciário, a Constituição Federal, no art. 7º, XXVIII, assegura ao trabalhador o direito à indenização pelos danos decorrentes de acidente/doença do trabalho, nos casos de dolo ou culpa do empregador.

Dispõe o citado diploma legal:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

“XXVIII — seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa [...]”.

O art. 159 do Código Civil de 1916, por sua vez, preceitua que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Leciona Rui Stoco:

“O art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe

ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais o ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa’. A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou na culpa. *O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições plenas de trabalho, no que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto. Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente perante aquele*” (grifou-se) (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 235).

In casu, consta da inicial ser a autora portadora de tenossinovite e síndrome do túnel do carpo, em decorrência das atividades laborativas exercidas na empresa-ré.

É fato incontroverso que a autora trabalhou na empresa-ré de 17-1-89 a 10-9-96.

Analisando a prova documental acostada aos autos, verifica-se que, em 13-9-95, a autora “sentiu dor nos MMSS ao realizar Movimentos de Repetição em seu posto de trabalho”, informação esta que consta de Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), preenchida pela ré (fl. 59).

Em 24-11-95, nova CAT, reaberta pela ré, registrou que a autora “sofreu dor no MMSS após movimentos de repetição em seu posto de trabalho” (fl. 31).

Novamente, em 30-11-95, foi reaberta CAT com a informação de que a autora “sofreu dores nos MMSS após movimentos de repetição em seu posto de trabalho” (fl. 32 verso).

No diagnóstico provável do laudo de exame médico, feito em 13-9-95 (fl. 59 verso), ficou registrada a ocorrência de tenossinovite. Igualmente, no laudo datado de 24-11-95 constou como diagnóstico provável LER — tenossinovite bilateral.

À fl. 33 dos autos consta documento timbrado da empresa-ré, intitulado “reaproveitamento de mão-de-obra”, no qual foi feita a seguinte recomendação de trabalho para a autora: 60 dias, “em serviços burocráticos ou que não precisam fazer movimento repetitivo com os antebraços e punhos ou elevação de pesos com as mãos”.

A prova pericial produzida em Juízo veio a confirmar a existência daquela moléstia. Quesitou a ré: “1. A autora apresenta algum quadro clínico incapacitante para o trabalho?” (fl. 85). Respondeu o perito: “1) Sim” (fl. 114). Outro quesito da ré: “2. Em caso positivo, descrever detalhadamente o quadro clínico diagnosticado”. A resposta do perito: “2) *Tenossinovite em ambas as mãos e punhos* com múltiplas formações císticas” (grifou-se) (fl. 114). Além disso, relatou o perito que

“a patologia apresentada no momento *impede atividades laborais forçadas em membros superiores*” (fl. 114). Aduziu que a autora “apresenta incapacidade parcial de trabalho em membros superiores de 50%. Não se pode concluir que a patologia atual tenha vindo de atividades exercidas anteriormente” (fl. 114).

O laudo pericial do assistente técnico é divergente quanto à moléstia da autora e sua repercussão na capacidade laborativa. Entretanto, como é cediço, o trabalho do assistente técnico não é isento de parcialidade, por ser indicado pela parte. Por isso, é pacífico, divergindo o laudo oficial do apresentado pelo assistente técnico, prevalecem as conclusões daquele.

Convém citar:

“A divergência entre o laudo pericial do *expert* do Juízo e o do assistente técnico da parte deve ser resolvida em favor das conclusões do primeiro, porquanto é presumivelmente imparcial à solução da demanda e equidistante do interesse particular dos litigantes” (TJSC — Ap. Cív. n. 2002.010208-9, de Joinville, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“Na ocorrência de laudos divergentes tem maior força probante aquele de feitura do perito nomeado pelo juízo” (TJSC — Ap. Cív. n. 2000.013689-1, de Araranguá, rel. Des. José Volpato de Souza).

“Divergindo os laudos periciais, devem prevalecer as conclusões do perito judicial, pois este, diversamen-

te do assistente técnico, presume-se equidistante das partes e alheio aos interesses destas” (TJSC — Ap. Cív. n. 1999.020568-1, de Criciúma, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Ademais, verifica-se que a conclusão do perito, quanto à existência da *tenossinovite*, é condizente com o histórico da autora retratado pelas CAT's antes mencionadas.

Assim, a par da presença de formações císticas, restou comprovado que a autora é portadora de *tenossinovite*, moléstia causadora de incapacidade parcial dos membros superiores.

O perito do Juízo não soube precisar a origem da doença. Contudo, a prova carreada aos autos demonstra, claramente, que a moléstia é decorrente do exercício laboral na empresa-ré.

A prova documental, mormente as CAT's, provou que, por várias vezes, a autora sentiu dores nos membros superiores devido à execução de movimentos repetitivos na sua atividade laboral, ficando afastada das funções por algum tempo, e tendo sido até mesmo remanejada para outras atividades dentro da empresa (fl. 33). No entanto, as dores persistiram.

Os depoimentos das testemunhas da autora demonstram que, ao tempo dos fatos articulados na exordial: a jornada de trabalho na empresa-ré tinha um único intervalo para refeição; não havia sistema de rodízio entre os empregados, os quais exerciam sempre a mesma função;

apenas após várias pessoas reclamarem de problemas nas mãos, em razão de movimentos repetitivos, é que a empresa-ré passou a implantar programas de orientação e exercícios físicos, em intervalos determinados (fls. 160 a 165).

Afirmou a testemunha Salete Hames, que laborou com a autora na empresa ré: “Várias pessoas que faziam o mesmo trabalho que a depoente e a autora tiveram problemas com as mãos, sendo que a empresa nunca advertiu ou orientou os funcionários em relação aos problemas decorrentes dos movimentos repetitivos realizados pelos funcionários” (fl. 160).

Por outro lado, consoante a testemunha da ré Renato César Kaminski: “a partir de 1995 iniciou-se um processo com a implementação de ginástica, pausas para alongamento e rodízio” (grifou-se) (fl. 173). No mesmo sentido, afirmou a testemunha da ré Mário Domingos: “no ano de 1995 a empresa iniciou uma ação, quando foram instituídos programas de prevenção e procura de mais conforto para que o funcionário exerça as suas funções, consistindo em pausas, exercícios e rodízios” (grifou-se) (fl. 171).

Esses depoimentos revelam que durante a maior parte do tempo em que a autora laborou na empresa-ré não havia programa de orientação e prevenção de Dort, tais como rodízios, exercícios físicos, pausas, uso de equipamentos de proteção etc. Ou seja, as medidas preventivas passaram a ser implementadas apenas nos dois últimos anos em que a autora tra-

balhou na empresa-ré, quando esta, certamente, já sofria da moléstia incapacitante.

Das considerações até aqui colocadas, infere-se que: a autora sofreu um dano a sua saúde, pois contraiu tenossinovite; este dano foi causado pelas condições inadequadas e insalubres em que exerceu sua atividade laboral na empresa-ré; que o exercício da atividade laboral de forma nociva à saúde da autora decorreu da negligência da ré, a qual se omitiu, durante muito tempo, de tomar as medidas necessárias a impedir que seus empregados sofressem lesões por esforços repetitivos. Estão presentes, pois, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva do empregador: a) conduta antijurídica (omissão); b) dano; c) nexó de causalidade entre a conduta e o dano; d) culpa.

Dessa forma, torna-se inarredável o dever da ré de indenizar a autora pelo dano sofrido.

A propósito, cite-se:

“Indenização — LER — Lesão por esforço repetitivo (Dort) — Doença do trabalho — Funções de caixa — Responsabilidade civil — Danos materiais e morais — Negligência do estabelecimento bancário — Falta de prevenção — Dever de indenizar a partir da perícia do INSS — Inexistência de julgamento *extra petita* — Pensão vitalícia a partir da perícia médica — Recurso provido parcialmente.

“A responsabilidade por negligência do banco não pode ser afastada,

quando não oferece aos seus funcionários qualquer tipo de prevenção às doenças denominadas atualmente como ‘Distúrbios Osteomoleculares Relacionados ao Trabalho’ (Dort), tais como exames periódicos, intervalo de tempo para descanso, horário especial e móveis adequados às necessidades dos empregados. Com maior culpa age naqueles casos já confirmados ou de reabilitação, pelos quais o pagamento da pensão indenizatória deve ser a partir da perícia médica que reconheceu a inaptidão total e irreversível para o trabalho que exige movimentos repetitivos com os membros superiores” (TJSC — Ap. Cív. n. 2001.023105-0, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza).

“Apelação cível — Ação de indenização — Doença laboral — *Patologia desenvolvida pelo empregado no exercício de sua atividade — Função de movimento repetitivo — Omissão da empresa — Exercício e rodízio não realizados — Prova testemunhal uníssona* — Perícia médica — O juiz não está adstrito ao laudo pericial — Exegese do art. 436 do CPC — Indenização por dano moral — Dor e sofrimento experimentado demonstrados — Pensão mensal — Descabimento — Extensão da lesão não comprovada — Sentença reformada — Recurso provido.

“*Resta caracterizada a culpa da empresa que impõe atividade repetitiva ao seu funcionário, sem observar as medidas necessárias para minorar as seqüelas oriundas da função praticada, vindo aquele a desenvolver pato-*

logia de origem laboral [...]” (grifou-se) (TJSC — Ap. Cív. n. 2003.029466-0, de Chapecó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Quanto aos danos materiais, postulados na petição inicial, não há acolher o pleito da autora. Consta da exordial que o dano material, sob um aspecto, decorre da perda do emprego, que deixou a autora impossibilitada de auferir renda, mormente diante da dificuldade de reingresso no mercado de trabalho, prejudicando, ainda, a assistência no INSS, ante a perda do vínculo empregatício. Ademais, em razão da demissão, teria perdido o plano de saúde. Por conta disso, a autora requereu a condenação da ré ao pagamento de uma pensão mensal equivalente a sua remuneração ao tempo da demissão, até a cura da moléstia.

O pleito, contudo, é improcedente. A dispensa da autora e a conseqüente perda dos rendimentos e do plano de saúde não constituem fato antijurídico, capaz de gerar responsabilidade civil. Ou seja, a demissão, por si só, não é hábil a gerar dano, exceto quanto aos direitos trabalhistas, matéria que não é de competência deste Juízo.

Registra-se que em nenhum momento a autora fez alusão ao art. 1.539 do CC/1916, nem fundamentou sua pretensão na perda/redução da capacidade laborativa, o que é comum nas ações indenizatórias de acidente de trabalho. Assim, considerando que a reparação do dano decorrente da incapacidade laboral não consta da

causa de pedir nem do pedido da autora, é vedado apreciar esta matéria, sob pena de decisão *extra petita* (art. 460 do CPC).

No tocante ao pagamento das despesas com tratamento da doença, melhor sorte não assiste à autora. Primeiro, porque não há prova de despesas já efetuadas a este título. Segundo, porque a perícia não logrou êxito em demonstrar a necessidade/possibilidade (muito menos o tipo) de tratamento destinado à cura da doença da autora. Aliás, nenhum quesito foi formulado nesse sentido. Destarte, não demonstrado o dano (dano emergente e lucros cessantes), não pode haver condenação a repará-lo.

Nesse sentido:

“A indenização das despesas de tratamento da vítima, inclusive as referentes àquelas necessárias à total recuperação do ofendido, deve ter por base os gastos efetivamente despendidos e comprovados, podendo essa comprovação ser feita na fase de liquidação de sentença, abrangendo, igualmente, aqueles que se fizerem indispensáveis no futuro e ressarcíveis quando efetivamente feitos. Não pode, entretanto, essa indenização ter como base orçamentos aleatórios, advindos de tratamentos recomendados, mas não realizados ainda e aos quais não se pode garantir vá a vítima submeter-se” (TJSC — Ap. Cív. n. 1997.000033-2, de Caçador, rel. Des. Trindade dos Santos).

Quanto aos danos morais, convém, inicialmente, citar a lição de Yussef Said Cahali:

“[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se *na dor, na angústia, no sofrimento*, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou *no desgaste psicológico*, nas situações de constrangimento moral” (grifou-se) (Dano Moral. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20 e 21).

A saúde é o maior patrimônio do ser humano. Com higidez física e mental pode-se executar regularmente as atividades laborais, os afazeres normais do dia-a-dia e aproveitar o tempo de lazer. As limitações funcionais do corpo humano e os problemas de saúde, em geral, acompanhados de constante dor física, certamente trazem como conseqüência a dor da alma, a angústia, o desgaste psicológico.

A propósito, cite-se:

“1. Exsurge a responsabilidade civil subjetiva por ato ilícito quando provada a culpa do agente (CC/16, art. 159).

“Restando demonstrado que o trabalhador, laborando em minas de

carvão, contraiu pneumoconiose e que, ainda assim, foi mantido em condições insalubres, levando ao agravamento da doença a ponto de resultar na redução da sua capacidade laboral, verifica-se, a toda evidência, a culpabilidade da empregadora pelos danos materiais e morais decorrentes” (TJSC — Ap. Cív. n. 1999.017010-1, de Criciúma, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

“Estando o obreiro acometido de pneumoconiose, doença típica dos que laboram nos subsolos das minas de carvão, devido é, pela empresa, o pagamento de indenização por danos morais [...]” (Ap. Cív. n. 1999.008807-3, de Criciúma, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Considerando as condições econômicas das partes (a autora é hipossuficiente, ao passo que a ré, notoriamente, é uma empresa de grande porte), a média gravidade da lesão, a intensidade e a duração da dor suportada pela autora, bem como o grau de culpa da ré, arbitra-se a indenização pelo dano moral em R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Assim, deve ser acolhida, em parte, a pretensão da autora.

3 — Dispositivo

Ante o exposto, julgam-se parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, e, em conseqüência, condena-se a ré a pagar à autora, a título de indenização por dano moral, a quantia de R\$ 26.000,00 (vinte

e seis mil reais), com juros de mora a partir da citação (6% ao ano até a entrada em vigor do CC/2002, e 12% ao ano a partir de então) e correção monetária, pelo INPC, a contar desta decisão, até o efetivo pagamento.

Havendo sucumbência recíproca, condena-se a autora e a ré, na proporção de 30% e 60%, respectivamente, ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quin-

ze por cento) sobre o valor da condenação. A obrigação da autora fica, entretanto, suspensa, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50, por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 30 de julho de 2004.

Juliano Rafael Bogo,
Juiz Substituto.

**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE MONDAÍ
PROCESSO N. 043.00.000089-5**

JUIZ DE DIREITO: DR. RAFAEL FLECK ARNT

Espécie: Indenização por Desapropriação Indireta

Autores: Jacó Aloísio Barth e outros

Réu: Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária de indenização por desapropriação indireta proposta por Jacó Aloísio Barth e Maria Barth, Beno Konrad e Jurema Agnis Konrad, Egon Weiss e Rosa Maria Weiss, Osvino Hofstetter e Célia Ursula Hofstetter e Elmo Klamt e Zenaide Maria Klamt contra o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER, todos já qualificados.

Alegam os autores que são proprietários dos imóveis individualizados na inicial, sobre os quais a autarquia requerida implantou a Rodovia SC

386, mediante apossamento administrativo de área equivalente a 36.210m². Até a presente data não houve indenização, o que caracteriza confisco pela desapropriação indireta. Pugnaram por julgamento pela procedência do pedido para o fim de condenar o DER a pagar indenização pela desapropriação dos imóveis e suas benfeitorias, acrescida de juros compensatórios, a partir do apossamento, e moratórios, além de honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência, e a AJG. Valoraram a causa e juntaram documentos (fls. 2 a 33).

Por despacho, foi indeferida a AJG (fl. 34).

Citada, a autarquia apresentou contestação, na qual alegou, preliminarmente, a ocorrência de: a) prescrição vintenária, uma vez que a estrada Mondai-Iporã do Oeste já existe há mais de 20 (vinte) anos, sendo realizado somente o capeamento asfáltico em 1993, sem danificação de benfeitorias, as quais, acaso existentes, foram construídas irregularmente, e b) prescrição quinquenária, conforme os termos da Medida Provisória n. 2.027-4/2000. No mérito, sustentou que, no caso de procedência do pedido, os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado, os juros compensatórios destinam-se a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário, a correção monetária incide a partir da data do laudo e sobre a data do ajuizamento, e que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 6% (seis) por cento sobre o valor final. Postulou o acolhimento da preliminar, a produção de provas e a condenação dos autores nos ônus de sucumbência. Juntou documentos (fls. 58 a 65).

Em réplica, os autores ratificaram os termos da inicial (fls. 71 e 72).

O Ministério Público opinou pelo oficiamento ao DER, no sentido da obtenção de informações sobre a questão (fl. 73), o que foi deferido (fl. 74), mas descumprido, embora ratificado (certidão de fl. 85 verso).

Em audiência de conciliação, o acordo resultou inexitoso, sendo designada prova pericial (fl. 92), a qual foi realizada e juntada (fls. 105 a 134),

após a apresentação de quesitos (fls. 93 e 95) e de avaliações extrajudiciais (fls. 101 a 104).

Intimadas, as partes não se manifestaram sobre o conteúdo do laudo (fl. 143 verso).

Em alegações finais, os autores não se manifestaram, enquanto que a ré postulou julgamento pela improcedência, e o Ministério Público opinou pela procedência (fls. 147 a 158).

Vieram os autos conclusos

É o relatório. Fundamento e decido.

1. Inicialmente, tem-se que as *preliminares de prescrição vintenária e quinquenal* (as quais deveriam ter sido alegadas como *prejudiciais de mérito*) devem ser rejeitadas.

Isso porque, segundo os *laudos periciais* de fls. 105 a 134, não há coincidência entre a antiga estrada municipal “indicada na escritura desde o ano de 1978”, construída entre os municípios de Mondai e Iporã do Oeste para fins de colonização, e a nova Rodovia SC 386 (quesito *k*), edificada pelo Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER a partir de meados de 1994 (quesito *a*).

Assim, tendo como marco inicial da construção da SC-386 em meados do ano de 1994, e considerando que o ajuizamento da demanda se deu em 11-2-2000 (capa), que o despacho de citação se deu aos 4-8-00 (fl. 48), efetivando-se aos 9-10-2000 (certidão

de fl. 54), verifica-se que não se implementou a *prescrição* (CC revogado, artigo 172, inciso I, e CC vigente, artigo 202, inciso I).

É que, tratando-se de ação que diz respeito a *direito real*, aplicável à *prescrição vintenária*, consoante o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, Ed. Atlas, 14^a ed., SP, p. 178:

“Em termos de prescrição, entendia-se que na desapropriação indireta o prazo não é o quinquenal, previsto pelo Decreto-Lei n. 20.910, de 6-1-32, para as ações contra a Fazenda Pública, e sim o prazo de 20 anos que o Código Civil estabeleceu para o usucapião extraordinário”.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ, a qual gerou a edição da Súmula 119, *verbis*:

“Tratando-se de ação indenizatória por desapropriação indireta, o prazo prescricional de vinte anos tem início a partir da ocupação indevida do imóvel, interrompendo a sua contagem o decreto declaratório de utilidade pública reconhecendo o domínio da área ilegítimamente ocupada” (STJ, REsp n. 30.656-9/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU n. 208, de 30-10-95).

[...]

“A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos”.

Ademais, inaplicável a Medida Provisória n. 2.027-4/2000, a qual estabeleceu redução do prazo prescricional para o direito à *indenização por*

desapropriação indireta para 5 (cinco) anos, uma vez que: a) é *inconstitucional formalmente*, por não contemplar hipótese de *relevância* e *urgência* a justificar a edição da norma (CRFB, artigo 62), e b) o fato gerador do direito à indenização — a *desapropriação indireta* pelo *esbulho* — deu-se antes da entrada em vigor do ato legislativo (MP com força de lei), prevalecendo o “direito adquirido”.

2. Já no mérito propriamente dito (questão de fundo), verifica-se que a desapropriação indireta significa o *esbulho* de imóveis particulares, via desapossamento ilegal e abusivo por parte do Poder Público, o qual o incorpora ao erário sem os devidos procedimentos expropriatórios, ensejando aos prejudicados o direito à indenização, conforme o artigo 5^o, incisos XXII e XXIV, da CRFB.

Pois que, no caso concreto, tem-se que o *esbulho* efetuado com as partes das propriedades dos autores e a *ausência de indenizações* são *fatos incontroversos* (CPC, artigo 334, inciso III) — independentemente, pois, de prova.

Assim, a *res in judicio deducta* diz tão-só com o *quantum* indenizatório e com os demais consectários, inclusive legais, porquanto os autores fazem jus à *indenização* pela *desapropriação indireta*, via *esbulho possessório* efetuado pelo Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER a partir de meados (julho) do ano de 1994 nas terras de suas propriedades, para fins

de construção da SC-386, objetivando *reparação* baseada no princípio do *restitutio in integrum*, voltando-se ao *status quo ante*.

O direito à indenização encontra respaldo nos artigos 159 do CC revogado e 186 do CC vigente, sem falar no artigo 5º, inciso XXIV, da CRFB, o qual pode ser aplicado analogicamente, *in verbis*:

“A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, *mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*” — grifo nosso.

Ainda, segundo a doutrina e a jurisprudência atinentes à desapropriação indireta, a indenização cabível deve ser *justa, real e atual*.

José Cretella Júnior, *in* Comentários à Lei da Desapropriação, Ed. Forense, 1991, Rio de Janeiro, p. 553, preleciona que:

“Justa é a indenização que consiste em quantia equivalente ao preço que a coisa alcançaria caso tivesse sido objeto de contrato normal (não compulsório) de compra e venda”.

Para José Carlos de Moisés Salles, *in* A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 2ª ed., SP, p. 493, o melhor critério para avaliar o imóvel desapropriado:

“[...] é o do perito que, buscando informações junto à própria imobiliária que vem vendendo imóveis circunvizinhos, alcança um preço que

se presume seja capaz de traduzir o valor venal e este, isto é fora de dúvida, é o que corresponde à justa indenização reclamada pela regra constitucional inicialmente referida”.

A jurisprudência entende que:

“Justo preço seria o *quantum* que, a juízo dos peritos, teria alcançado o imóvel num livre contrato de compra e venda, já que ‘a justiça da indenização é a idéia fundamental que deve inspirar a interpretação e a aplicação de leis sobre desapropriações’ (TASP, em RDA 121/285).

Pois, segundo os *laudos periciais* de fls. 110 a 139, as áreas desapossadas dos autores pelo DER, a partir de meados/94 para fins da construção da SC-386, as respectivas avaliações do m² e, por consequência, o valor a ser indenizado remontam em:

1. Beno Konrad e Jurema Agnise Konrad (fls. 105 a 110) = 11.330,00m² X R\$ 0,40 o m² = R\$ 4.512,00;

2. Osvino Hofstetter e Célia Ursula Hofstetter (fls. 111 a 116) = 4.235,00m² X — R\$ 0,50 o m² = R\$ 2.117,50;

3. Elmo Klamt e Zenaide Maria Klamt (fls. 117 a 123) = 1.870,00m² X R\$ 0,48 o m² = R\$ 897,60;

4. Jacó Aloísio Barth e Maria Barth (fls. 124 a 128) = 4.077,00 m² X R\$ 0,28 o m² = R\$ 1.141,56;

5. Egon Weiss e Rosa Maria Weiss (fls. 129 a 134) = 1.430,00m² X R\$ 2,00 o m² = R\$ 2.860,00.

Ocorre que, à vista do conteúdo dos laudos, extrai-se que as avaliações dos valores dos m² (metros quadrados) dos imóveis apossados não se deram em consideração a *todas as suas circunstâncias* — tendo sido levadas em conta especialmente a *situação topográfica e a localização geográfica*, conforme se depreende das respostas aos quesitos das letras *f* e *g*, efetuadas sucessivamente.

Isso porque não foi sopesado o acréscimo do valor venal dos bens pela pavimentação asfáltica, no *quantum* equivalente a 30% (trinta por cento) — item *f* (fls. 105, 111, 117, 124 e 129), o qual também deveria ter sido considerado para fins de elaboração dos laudos, ante a necessidade da estipulação de *indenização real, justa e atual*, sendo descabido impor ao Estado de Santa Catarina a cobrança do crédito relativo à valorização via *contribuição de melhoria*, até porque o tributo já poderia ter *caducado* em face da decadência, sob pena de *locupletamento ilícito* do contribuinte.

Assim, a jurisprudência, *in litteris*:

“A justa indenização, no processo expropriatório, *encontra maior peso e credibilidade quando baseada em laudo técnico de perito oficial, que aponta estimativa razoável e desinteressada, observando-se o valor real e do momento da avaliação no mercado imobiliário*, a fim de que seja assegurada a justiça e a imparcialidade necessárias à prestação jurisdicional” (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.017131-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Volnei Carlin, j. 16-11-00) — grifo nosso.

Portanto, e conforme o parecer ministerial de fls. 150 a 158, devem ser consideradas *todas as circunstâncias* dos imóveis, sendo que as *avaliações* juntadas às fls. 101 a 103 são sobremaneira vagas, não açambarcando as peculiaridades específicas de cada local, variando o m² (metro quadrado) entre R\$ 0,30 (trinta centavos) e R\$ 0,60 (sessenta centavos), o que impõe sejam descartadas, até mesmo porque produzidas pelos autores.

Nesse sentido, e considerando-se o desconto de 30% (trinta por cento) a título de valorização, as indenizações equivalem a:

1. Beno Konrad e Jurema Agnis Konrad (fls. 105 a 110) = 11.330,00m² X R\$ 0,40 o m² = R\$ 4.512,00 — 30% = R\$ 3.158,40 (três mil cento e cinquenta e oito reais e quarenta centavos);

2. Osvino Hofstetter e Célia Ursula Hofstetter (fls. 111 a 116) = 4.235,00m² X R\$ 0,50 o m² = R\$ 2.117,50 — 30% = R\$ 1.482,25 (mil quatrocentos e oitenta e dois reais e vinte e cinco centavos);

3. Elmo Klamt e Zenaide Maria Klamt (fls. 117 a 123) = 1.870,00m² X R\$ 0,48 o m² = R\$ 897,60 — 30% = R\$ 628,32 (seiscentos e vinte e oito reais e trinta e dois centavos);

4. Jacó Aloísio Barth e Maria Barth (fls. 124 a 128) = 4.077,00 m² X R\$ 0,28 = R\$ 1.141,56 — 30% = R\$ 799,10 (setecentos e noventa e nove reais e dez centavos);

5. Egon Weiss e Rosa Maria Weiss (fls. 129 a 134) = 1.430,00m² X

R\$ 2,00 = R\$ 2.860,00 — 30% = R\$ 2.002,00 (dois mil e dois reais).

Sobre o *valor do principal* devem ser acrescidos:

a) a *correção monetária*, que representa *minus* em relação à desvalorização da moeda pela corrosão inflacionária (*prius*), e os *juros compensatórios*, que se constituem em reparação pelos prejuízos causados pelo ilegal desapossamento (e que, segundo as Súmulas 69 e 114 do STJ, deveriam correr a partir da ocupação) — *ambos a partir da data da elaboração dos laudos* — 17-2-03, os quais já trazem em seu bojo o valor *real* do imóvel, mediante cálculo *atual* e não *retroativo* à data do esbulho, ensejando *quantum justo* de indenizações, respectivamente pelos índices do INPC/IBGE e na ordem de 12% (doze por cento) ao ano, conforme a Súmula 618 do STF.

Assim, a lição do eminente Des. Luiz Cezar Medeiros¹:

“A imposição dos juros compensatórios de 12% ao ano, a contar da data da imissão do expropriante na posse do imóvel expropriado, ou da ocupação, no caso de desapropriação indireta, faz-se justa quando o valor considerado no laudo foi o correspondente à data da ocupação. No caso em apreço, observa-se dos autos que o *expert* avaliou o imóvel com base nos valores vigentes à época da feitura

do laudo, o que faz com que os juros compensatórios passem a incidir a partir daí, ou seja, a contar da data do laudo que levou em consideração o valor atual do imóvel com a respectiva valorização. A não ser assim, o proprietário estaria ganhando duas vezes pelo mesmo fato. Exemplificando: se à época da ocupação o imóvel valia R\$ 90.000,00 e até a avaliação houve uma valorização de R\$ 10.000,00, seria esta a importância que os juros compensatórios teria a função de reparar. No entanto, se o perito em seu laudo encampou esse valor, nada há que ser compensado em relação ao período pretérito.

[...]

“Já Carlos Alberto Dabus Maluf os conceitua da seguinte maneira:

‘Portanto, os juros compensatórios representam os frutos civis, evitando-se assim o locupletamento ilícito ou enriquecimento sem causa em favor do expropriante’ (Teoria e prática da desapropriação. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 194).

“No entendimento de Sílvio Rodrigues ‘juro é o preço do uso do capital. Vale dizer, é o fruto produzido pelo dinheiro, pois é como fruto civil que a doutrina o define. Ele a um tempo remunera o credor por ficar privado de seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de o não receber de volta’. Mais adiante especifica que os juros compensatórios ‘são frutos do capital empregado, e nesse sentido é que melhor se assenta o conceito acima formulado’ (Direito civil: parte ge-

1 TJSC, Apelação Cível n. 2002.002158-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cezar Medeiros, j. 17-6-02.

ral das obrigações. 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 2, p. 2.570).

“Outra definição a ser explorada é a de Sílvio Venosa, o qual afirma, preliminarmente, que ‘o conceito de juros não se apresenta na lei. Juros são a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro’. E segue afirmando que eles ‘retribuem o capital paulatinamente, dependendo do prazo de duração da obrigação’.

“Mais adiante, o autor distingue os juros compensatórios dos moratórios, caracterizando aqueles como os que ‘se pagam como compensação pelo fato de o credor estar privado da disponibilidade de um capital’, e esclarece que é preciso ‘ter em mira é que os juros compensatórios surgem afastados de qualquer noção de culpa ou descumprimento da obrigação’ (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, vol. 2. p. 157 e 158)”.

b) os juros moratórios, na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do *trânsito em julgado* (Súmula 70 do STJ), em caso de inadimplemento, podendo ser cumulados com os compensatórios, conforme a Súmula 12 do STJ.

Como efeito da *sucumbência*, os *honorários advocatícios* e *periciais* serão suportados pela autarquia ré, com exceção das *despesas processuais*, ante a *isenção* estatuída nas LC ns. 156/97 e 161/97.

Em que pese se reconheça o trabalho efetuado pelo *expert*, tem-se

que a proposta sugerida na petição de fl. 96 destoa da *complexidade da causa*, inclusive pelo *quantum indenizatório* concedido aos autores, motivo pelo qual os *honorários periciais* devem ser arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Posto isso, rejeito as *preliminares* de *prescrição* e, no mérito, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por desapropriação indireta para condenar o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER ou eventual sucessor a pagar a Beno Konrad e Jurema Agnis Konrad a importância de R\$ 3.158,40 (três mil cento e cinquenta e oito reais e quarenta centavos), a Osvino Hofstetter e Célia Ursula Hofstetter a importância de R\$ 1.482,25 (mil quatrocentos e oitenta e dois reais e vinte e cinco centavos), a Elmo Klamt e Zenaide Maria Klamt a importância de R\$ 628,32 (seiscentos e vinte e oito reais e trinta e dois centavos), a Jacó Aloísio Barth e Maria Barth a importância de R\$ 799,10 (setecentos e noventa e nove reais e dez centavos) e a Egon Weiss e Rosa Maria Weiss a importância de R\$ 2.002,00 (dois mil e dois reais), acrescidas de *juros compensatórios*, na ordem de 12% (doze por cento) ao ano, e *correção monetária*, pelos índices do INPC/IBGE, a contar de 17-2-03, além de *juros moratórios*, na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir do *trânsito em julgado*, tudo com fundamento nos artigos 5º, incisos XXII e XXIV, da CRFB, Súmulas 12, 70, 114 e 119 do STJ, 159 do CC revogado, 186 do CC vigente e 269, inciso I, do CPC.

Em face de os autores terem decaído da parte mínima do pedido, condeno o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER nos *ônus de sucumbência* — *honorários advocatícios*, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e *honorários periciais*, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), ficando a autarquia *isenta* das *despesas processuais*, por se tratar de pessoa jurídica de direito público interno, forte no artigo 35, letra *h*, da LC n. 156/97, com a redação dada pela LC n. 161/97, tudo com fundamento nos ar-

tigo 20, §§ 3º a 5º, e 21, ambos do CPC.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Sem *reexame necessário*, ante a nova redação do artigo 475, inciso II, e § 2º, do CPC.

Após o trânsito em julgado, arquite-se.

Mondaí, 29 de julho de 2004.

Rafael Fleck Arnt,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE QUILOMBO PROCESSO N. 053.02.000719-4

JUIZ DE DIREITO: DR. RUDSON MARCOS

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público, com atribuições neste Juízo, ofereceu denúncia contra Renaldino Pereira da Silva, vulgarmente conhecido como “Arnaldo Decal”, brasileiro, casado, filho de Decal Pereira da Silva e Iracema Silvério da Silva, agricultor, residente e domiciliado na localidade de Linha São Judas, neste Município e Comarca, estando atualmente em local incerto e não sabido, imputando-lhe a prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, inciso II, c/c o artigo 69, todos do Código Penal, por-

que: “Inferre-se do presente auto de inquérito policial que, no dia 23 de

dezembro de 2002, na localidade denominada Linha Salto Saudades, nesta Comarca, o denunciado Renaldino Pereira da Silva, conhecido vulgarmente por ‘Arnaldo Decal’, portando um revólver — não apreendido —, e agindo com manifesto *animus necandi* e sem qualquer motivo que pudesse justificar tamanha violência, disparou dois tiros contra o corpo da vítima Cacemiro Rosato Smaniotto, e mais dois tiros contra o corpo da vítima Sirlei Smaniotto, causando a morte de ambas.

“Segundo se apurou, a companheira extraconjugal do denunciado, Sra. Fátima Pelizzari, por ser vizinha das vítimas, estaria tendo problemas

com estas em relação à divisa de terras.

“Assim, avisado dessa pequena desavença, foi que, no dia e local acima mencionado, o denunciado ingressou na residência das vítimas e, dando azo ao seu bestial intento, sacou do revólver que portava e disparou dois tiros contra cada vítima.

“Esta hedionda agressão praticada pelo denunciado produziu na vítima Cacemiro Rosato Smaniotto um ‘ferimento perfurocontundente compatível com o orifício de entrada no hemitórax esquerdo, com área de tatuagem — tiro encostado’ [...] e outro ‘ferimento perfurocontundente transfixante no antebraço esquerdo com orifício de entrada na região dorsal e orifício de saída na região ventral’, e na vítima Sirlei Smaniotto um ‘ferimento perfurocontundente transfixante compatível com o orifício de entrada na face dorsal do antebraço direito, atingindo o hemitórax direito e orifício de saída na região axilar posterior direito’, lesões estas descritas nos Laudos de Exame Cadavérico de fls. 73 e 74 e 75 e 76, respectivamente, e que foram a causa eficiente da morte de ambas as vítimas”.

A autoridade policial, no curso das investigações, representou pela prisão preventiva do acusado, a qual foi decretada pela autoridade jurisdicional, para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, conforme decisão de fls. 124 a 128.

Antecedentes criminais do acusado aportaram às fls. 134 e 135.

O acusado, por intermédio de seu defensor constituído, postulou a revogação da prisão preventiva, a qual lhe foi negada, após manifestação desfavorável do representante do Ministério Público.

A denúncia foi recebida no dia 9-5-2003, ocasião em que se designou o interrogatório.

Apesar de o mandado prisional ter sido expedido no dia 22 de janeiro de 2003, com a ciência de diversas autoridades em Segurança Pública, contudo, até a presente, data o acusado encontra-se foragido e consequentemente não compareceu ao interrogatório, determinando a autoridade jurisdicional a citação editalícia, sendo que o acusado novamente não atendeu ao chamado judicial, acarretando a decretação da revelia.

A defesa, instada para tanto, apresentou defesa prévia, na qual relegou para a instrução a prova à absolução do réu. Arrolou testemunhas.

No curso da instrução, foram inquiridas as oito testemunhas arroladas na denúncia, além das sete testemunhas arroladas pela defesa, das quais três haviam sido deprecadas às suas oitivas na comarca de Xaxim/SC, porém, atendendo ao pleito defensivo, foram trazidas pela defesa para inquirição neste Juízo.

Encerrada a instrução, o representante do Ministério Público apresentou alegações finais, nas quais pugnou pela admissão da acusação inicial para o fim de pronunciar o acusado, submetendo-o ao julgamen-

to pelo eg. Tribunal do Júri nesta Comarca pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso II, combinado com o art. 69 do Código Penal, pelos motivos constantes da denúncia.

A defesa, em suas derradeiras alegações, ao seu turno, pugnou pela impronúncia do acusado, alegando absoluta falta de provas quanto à autoria delitiva.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Fundamento e decido.

Cuida-se de ação penal pública incondicionada, em que o representante do Ministério Público move contra Renaldino Pereira da Silva, acima qualificado, imputando-lhe a prática do crime de duplo homicídio praticado por motivo fútil, descrito no artigo 121, § 2º, inciso II, c/c o artigo 69 (por duas vezes), todos do Código Penal, submetido ao procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a teor do disposto nos artigos 406 e seguintes do Código de Processo Penal e artigo 5º, inciso XXXVII, alínea d, da Constituição Federal.

Para os crimes apurados mediante o procedimento em foco, findada a instrução criminal, o provimento jurisdicional pode ser: a) pronúncia, quando o juiz entender presentes a materialidade e os indícios de autoria; b) impronúncia, quando não for verificadas provas de materialidade, tampouco de indícios de autoria delituosa ou c) desclassificação, quando entender que o delito praticado foi

diverso do descrito na denúncia, o qual refoge da competência do Tribunal do Júri ou, por fim, d) absolvição sumária, se entender manifestamente presentes causas de excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.

Da análise acurada das provas e indícios carreados ao feito, a decisão de pronúncia é medida que se impõe.

Estatui o artigo 408 do Código de Processo Penal:

“Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronúncia-lo-á, dando os motivos de seu convencimento”.

No caso dos autos, a materialidade delitiva desponta como estreme de dúvidas, conforme evidencia o laudo pericial de exame em local do crime e laudos de exames cadavéricos, acostados às fls. 47 a 65 e 79 a 81, respectivamente.

Em se tratando de autoria, algumas considerações iniciais merecem ser tecidas.

Nessa etapa do procedimento, não é dado ao magistrado togado efetuar profunda análise das provas imputadas contra o acusado, haja vista ser esta a atribuição do Conselho de Sentença, ao qual o acusado será submetido ao julgamento em plenário do Tribunal do Júri. Aqui, o legislador determina que, havendo apenas indícios de autoria delituosa, deve o acusado ser pronunciado, posto serem os jurados os juízes naturais para aprecia-

rem profundamente as provas inseridas nos autos, para os casos em que se apura crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

Como bem observa José Frederico Marques, “a pronúncia é sentença processual de conteúdo declaratório em que o Juiz proclama admissível a acusação, para que seja decidida no Plenário do Júri” (*in* Elementos de direito processual penal, vol. 3, p. 198).

Julio Fabbrini Mirabete não desoja desse entendimento, ao afirmar que, “por encerrar mero juízo de admissibilidade, cujo objetivo é submeter o acusado a julgamento popular, tem natureza processual, não produzindo *res judicata*, e sim preclusão *pro judicata*, podendo o Tribunal do Júri decidir contra aquilo que ficou assentado na pronúncia” (*in* Processo penal. São Paulo: Atlas, 1991, p. 461).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem apontado nessa mesma direção:

“Os Juízes e Tribunais devem submeter-se ao ensejo do ato culminante do *judicium accusationis* (pronúncia), à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença.

“A Jurisprudência desta Corte tem claramente advertido que ‘a sentença de pronúncia deve ser sucinta, precisamente para evitar sugestiva influência ao Júri’ (RF 169/342)” (STF,

HC 68.606-1/DF, 1ª t., j. 18-6-91, rel. Min. Celso de Mello, DJU 21-2-92, RT 682/394).

Nessa linha, é a orientação do nosso Tribunal de Justiça estadual:

“A sentença de pronúncia tem de ser fundamentada em termos sóbrios e comedidos, como ensinam a jurisprudência e a doutrina, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados. Não pode, porém, o Juiz, se recusar a indicar quais os fatos em que se esteou, pois o réu tem direito de saber os motivos que conduziram a sua incriminação. Inteligência do artigo 408, *in fine*, do Código de Processo Penal” (JC 45/390 e 50/352).

E mais:

“[...] Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta a prova da existência de crime e indícios de que o réu seja seu autor; mínima que seja a hesitação da prova a respeito de qualquer destes elementos, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida e a quem compete apreciar e sopesar o conjunto probatório” (Recurso Criminal n. 2003.012982-0, da comarca de Videira, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

Para se perquirir o sentido dos indícios de autoria, necessários à pronúncia, impõe-se a análise do artigo 239 do Código de Processo Penal, que assim estatui:

“Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada

que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

No caso em tela, há veementes indícios a apontar a participação do acusado na prática da atividade delituosa, conforme consta dos depoimentos das testemunhas coletados durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório.

Com efeito, dentre os vários depoimentos, colhe-se principalmente das declarações das testemunhas Fladimir Giovani da Silva e Vilmo Marinello, prestadas em Juízo e acostadas às fls. 179 e 180 e 185 e 186, respectivamente, que, na data dos fatos, por volta das 11h às 11h30min ambas ouviram os disparos com arma de fogo; que logo em seguida, presenciaram o veículo Monza, de cor acinzentada, trafegar na Linha Salto Saudades em alta velocidade.

O citado veículo foi confirmado por diversos testemunhos como sendo o utilizado pelo acusado, constando até mesmo do depoimento de Sílvio Prestes que, por volta das 10h30min na data dos fatos, encontrava-se num bar na citada localidade, quando lá compareceu o acusado dirigindo o citado veículo, conforme depoimento de fls. 194 e 195.

Dessa forma, não restam dúvidas da presença de indícios de autoria do delito imputado ao acusado, sendo plenamente possível que este tenha praticado o crime em foco, o que permite, a teor do conjunto probatório, ensejar a sua pronúncia, sem a necessidade de ser efetuada uma análise profunda dos elementos de convicção, a este particular, relegando-se tal

desiderato para o Conselho de Sentença, o qual é o órgão jurisdicional naturalmente competente para apreciar exaustivamente as provas amealhadas aos autos, no caso vertente.

Quanto à qualificadora do homicídio imputado ao réu, qual seja, o motivo fútil, restou subsistente, merecendo ser admitida, também, para ser apreciada em plenário na sessão do Tribunal do Júri.

O doutrinador Damásio de Jesus, ao debruçar sobre a figura qualificadora do motivo fútil, leciona que “é o motivo insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral” (*in* Direito Penal. 2º volume, 5ª ed., p. 72).

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

“Configura a qualificadora do motivo fútil a desproporção entre a razão e a reação homicida do agente” (Ap. Crim. n. 2003.005811-7, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 20-5-2003).

No caso em apreço, há prova testemunhal suficiente apta a embasar a admissão da figura qualificada citada.

Com efeito, diversos depoimentos carreados aos autos, notadamente de Fladimir Giovani da Silva, de fls. 17 a 180, indicam que o acusado mantinha relacionamento extraconjugal com Fátima Pelissari, a qual, por sua vez, era vizinha mais próxima das vítimas. Consta que, dias antes dos fatos criminosos, aquela envolveu-se em desentendimentos com as vítimas, em razão de invasão de gado em sua propriedade.

Decorre daí a possibilidade de se apresentar o motivo fútil, apto a embasar a qualificadora do homicídio, o que, estando presente a possibilidade em um mínimo lastro probatório, a admissão da figura penal derivada em foco é consequência lógica, posto que para o afastamento desta exige-se a dissolução total dos elementos de convicção insertos no feito, o que não ocorre no presente caso.

A propósito, a jurisprudência a este particular tem-se manifestado assim:

“As qualificadoras do homicídio só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, pois também vigora quanto a elas o princípio do *in dubio pro societate*” (RC n. 2001.003080-9, de Chapecó, rel. Des. Solon d’Eça Neves, julgado em 24-4-2001).

Ante o exposto, julgo integralmente admissível a denúncia de fls. 2 a 4, para pronunciar o acusado Renaldino Pereira da Silva, já qualificado aos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 69 (por duas vezes), todos do Código Penal, determinando seu julgamento perante o Tribunal do Júri, com supedâneo no artigo 408 do Código de Processo Penal.

Mantenho a prisão preventiva ao acusado, por persistirem os motivos ensejadores da custódia cautelar, insertos na decisão de fls. 124 a 128, encontrando-se presentes, ainda, os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, notadamente por ter o acusado se evadido durante toda a instrução criminal, encontrando-se em local incerto e não

sabido, com fundamento no artigo 408, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em face de o acusado encontrar-se foragido, caso não seja localizado para intimação pessoal da presente decisão, os autos deverão aguardar em cartório até sua efetiva localização, haja vista que se trata de crime inafiançável, por ser enquadrado na definição legal de crime hediondo (art. 1º, I, da Lei n. 8.072/90), a teor do disposto no art. 2º, II, deste Diploma Legal.

A este respeito, colhe-se da jurisprudência:

“Júri — Crime inafiançável — Processo que somente poderá prosseguir após a cientificação do réu da decisão de pronúncia — Inteligência do art. 414 do CPP’. [...] Na ação penal de competência do Tribunal do Júri, o processo somente poderá prosseguir após a cientificação pessoal do réu da decisão de pronúncia, mormente em se tratando de crime inafiançável, conforme o disposto no art. 414 do CPP’ (RT 771/702)” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado, 8ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2001, p. 1.129).

Custas ao final.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Quilombo, 12 de julho de 2004.

*Rudson Marcos,
Juiz de Direito.*

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

FÓRUM DA COMARCA DE ABELARDO LUZ

Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 445-4207

FÓRUM DA COMARCA DE ANCHIETA

Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 653-3000

FÓRUM DA COMARCA DE ANITA GARIBALDI

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 543-5301

FÓRUM DA COMARCA DE ARAQUARI

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 447-7503

FÓRUM DA COMARCA DE ARARANGUÁ

Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 522-0204

FÓRUM DA COMARCA DE ARMAZÉM

Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 645-4200

FÓRUM DA COMARCA DE ASCURRA

Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 383-3300

FÓRUM DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 261-1700

FÓRUM DA COMARCA DE BARRA VELHA

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 446-7500

FÓRUM DA COMARCA DE BIGUAÇU

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BLUMENAU

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 321-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BOM RETIRO

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 277-3000

FÓRUM DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Róher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 658-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BRUSQUE

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 251-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CAÇADOR

Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 561-2500

FÓRUM DA COMARCA DE CAMBORIÚ

Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 365-2440

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO BELO DO SUL

Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 249-3300

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO ERÊ

Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 655-1185

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPOS NOVOS

Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 551-0400

FÓRUM DA COMARCA DE CANOINHAS

Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 621-5600

FÓRUM DA COMARCA DE CAPINZAL

Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 555-8000

FÓRUM DA COMARCA DA CAPITAL (CENTRAL)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 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) 623-0567

FÓRUM DA COMARCA DE CATANDUVAS

Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 525-1019

FÓRUM DA COMARCA DE CHAPECÓ

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 321-9400

FÓRUM DA COMARCA DE CONCÓRDIA

Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 441-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CORONEL FREITAS

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 347-0522

FÓRUM DA COMARCA DE CORREIA PINTO

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 243-1000

FÓRUM DA COMARCA DE CRICIÚMA

Av. Santos Dumont, s/n — Milanese
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 431-5331

FÓRUM DA COMARCA DE CUNHA PORÃ

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porã
 Telefone: (49) 646-3000

FÓRUM DA COMARCA DE CURITIBANOS

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 221-0500

FÓRUM DA COMARCA DE DESCANSO

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 623-0378

FÓRUM DA COMARCA DE DIONÍSIO CERQUEIRA

Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 644-1254

FÓRUM DA COMARCA DE FORQUILHINHA

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
 CEP: 88850-000 — Forquilha
 Telefone: (48) 463-8300

FÓRUM DA COMARCA DE FRAIBURGO

Av. Curitibaanos, 375 — Centro
 CEP: 89580-000 — Fraiburgo
 Telefone: (49) 251-2100

FÓRUM DA COMARCA DE GAROPABA

Rua Santa Rita, 100 — Centro
 CEP: 88495-000 — Garopaba
 Telefone: (48) 254-8300

FÓRUM DA COMARCA DE GARUVA

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro
 CEP: 89248-000 — Garuva
 Telefone: (47) 445-8000

FÓRUM DA COMARCA DE GASPAR

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro
 CEP: 89110-000 — Gaspar
 Telefone: (47) 331-6100

FÓRUM DA COMARCA DE GUARAMIRIM

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro
 CEP: 89270-000 — Guaramirim
 Telefone: (47) 373-9500

FÓRUM DA COMARCA DE HERVAL DO OESTE

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
 CEP: 89610-000 — Herval do Oeste
 Telefone: (49) 551-4400

FÓRUM DA COMARCA DE IBIRAMA

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
 CEP: 89140-000 — Ibirama
 Telefone: (47) 357-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IÇARA

Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
 CEP: 88820-000 — Içara
 Telefone: (48) 432-3466

FÓRUM DA COMARCA DE IMARUÍ

Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
 CEP: 88770-000 — ImaruÍ
 Telefone: (48) 643-8000

FÓRUM DA COMARCA DE IMBITUBA

Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
 CEP: 88780-000 — Imbituba
 Telefone: (48) 355-8000

FÓRUM DA COMARCA DE INDAIAL

Rua Tiradentes, 111 — Centro

CEP: 89130-000 — Indaial

Telefone: (47) 281-5400

FÓRUM DA COMARCA DE IPUMIRIM

Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro

CEP: 89790-000 — Ipumirim

Telefone: (49) 438-3300

FÓRUM DA COMARCA DE ITÁ

Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros

CEP: 89760-000 — Itá

Telefone: (49) 458-9600

FÓRUM DA COMARCA DE ITAIÓPOLIS

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro

CEP: 89340-000 — Itaiópolis

Telefone: (47) 652-6000

FÓRUM DA COMARCA DE ITAJAÍ

Rua Uruguai, 222 — Centro

CEP: 88301-902 — Itajaí

Telefone: (47) 341-0500

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPEMA

Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes

CEP: 88220-000 — Itapema

Telefone: (47) 268-8800

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPIRANGA

Rua São José, 10 — Centro

CEP: 89896-000 — Itapiranga

Telefone: (49) 677-0210

FÓRUM DA COMARCA DE ITAPOÁ

Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte

CEP: 89249-000 — Itapoá

Telefone: (47) 443-8000

FÓRUM DA COMARCA DE ITUPORANGA

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro

CEP: 88400-000 — Ituporanga

Telefone: (47) 533-8100

FÓRUM DA COMARCA DE JAGUARUNA

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei

CEP: 88715-000 — Jaguaruna

Telefone: (48) 624-8000

FÓRUM DA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova

CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 275-7200

FÓRUM DA COMARCA DE JOAÇABA

Rua Salgado Filho, 160 — Centro

CEP: 89600-000 — Joaçaba

Telefone: (49) 551-4100

FÓRUM DA COMARCA DE JOINVILLE

Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguapu

CEP: 89201-900 — Joinville

Telefone: (47) 461-8500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGES

Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro

CEP: 88501-902 — Lages

Telefone: (49) 221-3500

FÓRUM DA COMARCA DE LAGUNA

Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro

CEP: 88790-000 — Laguna

Telefone: (48) 646-0167

FÓRUM DA COMARCA DE LAURO MÜLLER

Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro

CEP: 88880-000 — Lauro Müller

Telefone: (48) 464-3399

FÓRUM DA COMARCA DE LEBON RÉGIS

Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 247-6000

FÓRUM DA COMARCA DE MAFRA

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 642-3055

FÓRUM DA COMARCA DE MARAVILHA

Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 664-0424

FÓRUM DA COMARCA DE MODELO

Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 365-2500

FÓRUM DA COMARCA DE MONDAÍ

Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondai
Telefone: (49) 674-3000

FÓRUM DA COMARCA DE NAVEGANTES

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 342-9100

FÓRUM DA COMARCA DE ORLEANS

Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 466-0119

FÓRUM DA COMARCA DE OTACÍLIO COSTA

Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 275-8000

FÓRUM DA COMARCA DE PALHOÇA

Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

FÓRUM DA COMARCA DE PALMITOS

Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 647-0111

**FÓRUM DA COMARCA DE PAPAN-
DUVA**

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 653-6000

**FÓRUM DA COMARCA DE PINHAL-
ZINHO**

Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 366-1226

FÓRUM DA COMARCA DE POMERODE

Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 387-2204

FÓRUM DA COMARCA DE PIÇARRAS

Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 347-4000

**FÓRUM DA COMARCA DE PONTE SER-
RADA**

Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 435-0151

**FÓRUM DA COMARCA DE PORTO
BELO**

Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 369-4242

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO UNIÃO

Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 521-3700

FÓRUM DA COMARCA DE PRESIDENTE GETÚLIO

Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 352-5000

FÓRUM DA COMARCA DE QUILOMBO

Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 346-2000

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO CAMPO

Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 564-8900

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO OESTE

Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 543-9300

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO SUL

Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 531-4700

FÓRUM DA COMARCA DE RIO NEGRINHO

Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 644-2558

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA CECÍLIA

Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 244-6500

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA ROSA DO SUL

Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 534-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 631-1900

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO CARLOS

Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 325-1000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO DOMINGOS

Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 443-0111

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 444-2053

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOÃO BATISTA

Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 265-6300

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOAQUIM

Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
 CEP: 88600-000 — São Joaquim
 Telefone: (49) 233-6000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
 CEP: 88117-200 — São José
 Telefone: (48) 3271-9600

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO CEDRO

Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
 CEP: 89930-000 — São José do Cedro
 Telefone: (49) 643-0033

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
 CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
 Telefone: (49) 344-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coação
 CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
 Telefone: (49) 631-1500

FÓRUM DA COMARCA DE SEARA

Rua do Comércio, 171 — Centro
 CEP: 89770-000 — Seara
 Telefone: (49) 452-1211

FÓRUM DA COMARCA DE SOMBRIO

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
 CEP: 88960-000 — Sombrio
 Telefone: (48) 533-0645

FÓRUM DA COMARCA DE TAIÓ

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
 CEP: 89190-000 — Taió
 Telefone: (47) 562-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TANGARÁ

Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
 CEP: 89642-000 — Tangará
 Telefone: (49) 532-1240

FÓRUM DA COMARCA DE TIJUCAS

Rua Florianópolis, 130 — Centro
 CEP: 88200-000 — Tijucas
 Telefone: (48) 263-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TIMBÓ

Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
 CEP: 89120-000 — Timbó
 Telefone: (47) 281-1700

FÓRUM DA COMARCA DE TROMBUDO CENTRAL

Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central
 Telefone: (47) 544-8100

FÓRUM DA COMARCA DE TUBARÃO

Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
 CEP: 88701-901 — Tubarão
 Telefone: (48) 621-1500

FÓRUM DA COMARCA DE TURVO

Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
 CEP: 88930-000 — Turvo
 Telefone: (48) 525-8000

FÓRUM DA COMARCA DE URUBICI

Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
 CEP: 88650-000 — Urubici
 Telefone: (49) 278-4182

FÓRUM DA COMARCA DE URUSSANGA

Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
 CEP: 88840-000 — Urussanga
 Telefone: (48) 465-1264

FÓRUM DA COMARCA DE VIDEIRA

Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Áustria — Matriz
 CEP: 89560-000 — Videira
 Telefone: (49) 566-0041

FÓRUM DA COMARCA DE XANXERÊ

Rua Victor Konder, 898 — Centro

CEP: 89820-000 — Xanxerê

Telefone: (49) 441-7100

FÓRUM DA COMARCA DE XAXIM

Rua Rui Barbosa, 385 — Centro

CEP: 89825-000 — Xaxim

Telefone: (49) 353-2391

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.093-5 — Santa Catarina (STF)..... 301

AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2004.020089-7 — Joinville..... 357

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

401.823-3 — Santa Catarina (STF)..... 306

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2003.001902-2 — Tubarão..... 501

2003.004823-5 — Capital 574

2003.029271-3 — Capital 635

2003.030068-6 — Brusque..... 516

2004.000612-8 — Capital 580

2004.008124-3 — Capital 506

2004.010685-8 — Palhoça..... 642

2004.012751-0 — Itajaí..... 486

2004.012819-3 — Lages 492

2004.025736-8 — Joaçaba 645

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2004.014663-9 — Capital 380

2004.019485-4 — Joinville..... 383

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

2002.001102-8 — Descanso 706

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA

004.04.001750-1 — Araranguá	705
-----------------------------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

1.848/2004 — São Miguel do Oeste	741
2.391/2004 — Criciúma	746
2.204/2002 — Blumenau	737
1999.012974-8 — Sombrio	459
2000.002232-2 — Tubarão	390
2000.008304-6 — Porto União	440
2000.012571-7 — Ituporanga	555
2000.012654-3 — Ituporanga	520
2001.022566-2 — Araranguá	410
2002.001105-3 — Cunha Porã	534
2002.003546-7 — Tubarão	416
2002.024751-6 — Chapecó	466
2003.002614-2 — Capital	511
2003.011330-4 — Caçador	402
2003.013838-2 — Santa Cecília	587
2003.015134-6 — São Joaquim	427
2003.015659-3 — Capital	564
2003.016296-8 — Capital	434
2003.018381-7 — Blumenau	610
2003.023080-7 — Capital	540
2003.026801-4 — Capital	482
2004.014590-0 — Porto Belo	453
2004.022592-0 — Araranguá	621

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

2003.014761-6 — Gaspar	624
2004.002238-7 — Joaçaba	626

APELAÇÕES CRIMINAIS

2003.021983-8 — Palhoça	658
2003.026583-0 — Abelardo Luz	669
2004.005410-6 — Campo Erê	663
2004.006419-5 — Criciúma	682

CARTA TESTEMUNHÁVEL

2003.024624-0 — Joinville 690

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

2004.022619-5 — Criciúma 371

2005.003639-2 — Tijucas 375

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES

2003.030127-5 — Biguaçu 388

EMBARGOS INFRINGENTES

2002.018561-8 — Imaruí 513

2002.026357-0 — Capital 596

2004.027585-0 — Timbó 496

HABEAS CORPUS

26/2004 — Joinville 748

83.894-4 — Santa Catarina (STF) 309

84.107-4 — Santa Catarina (STF) 313

MANDADOS DE SEGURANÇA

2002.003843-1 — Capital 366

2002.019580-0 — Capital 606

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR

2004.002844-0 — Joaçaba 723

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2004.015107-1 — Joinville 707

2004.020713-1 — Barra Velha 712

RECLAMAÇÃO

2.576-4 — Santa Catarina (STF) 321

RECURSO CÍVEL

3.892 — Capital 733

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

299 — Curitibaanos 752

RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO EM EMBARGOS INFRINGENTES

2002.025661-2 — Palmitos 730

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM EMBARGOS INFRINGENTES

2002.011440-0 — São Carlos 729

RECURSO INOMINADO

676/2004 — Itajaí 762

RECURSOS CRIMINAIS

2004.006625-2 — Maravilha 697

RECURSOS ESPECIAIS

248.164 — Santa Catarina 327

614.222 — Santa Catarina 331

2002.016879-9 — São João Batista 719

2004.002097-0 — Criciúma 721

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

2000.006411-4 — Capital 727

2003.030247-6 — Capital 722

RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

12.431 — Santa Catarina 335

14.001 — Santa Catarina 340

16.894 — Santa Catarina 345

REVISÃO CRIMINAL

2004.010419-7 — Biguaçu 655

SENTENÇAS

008.04.003863-4 — Blumenau 771

011.03.006353-2 — Brusque 782

015.99.002800-8 — Canoinhas 793

021.03.000990-2 — Cunha Porã 807

024.00.002633-0 — Fraiburgo 829

034.04.000203-2 — Itapiranga 841

038.96.029317-4 — Joinville 861

043.00.000089-5 — Mondaí 869

053.02.000719-4 — Quilombo 876

068.02.001311-3 — Itá 834

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO DE ADOÇÃO

- Família biológica desestruturada — Mãe que se prostituía. Entrega voluntária da criança a família substituta. Arrependimento. Prevalência dos interesses do menor. Adoção deferida. Recurso desprovido. 402

AÇÃO DE COBRANÇA

- Contrato de seguro contra incêndio — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Perda total. Obrigação de indenizar pelo valor da apólice. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. 427
- Instituição de ensino superior — Acadêmica inadimplente. Descumprimento de cláusula contratual. Apelo desprovido. 621

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE

- Sentença que reconhece a dissolução parcial e determina a retirada de sócio e a apuração de seus haveres — Litisconsórcio passivo necessário dos sócios remanescentes e da sociedade. Cerceamento de defesa. Não-configuração. Apelo desprovido. 587

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Construção de hidrelétrica e mortandade de peixes — Nexo causal não evidenciado. Impossibilidade da atividade pesqueira. Pedido de indenização. Improcedência. Preliminares rejeitadas por maioria de votos. Recurso adesivo desprovido. Recurso principal provido. Sentença reformada. 466
- Dano moral — Inscrição, sem notificação, em cadastro restritivo de crédito. Ilegalidade. Obrigação de indenizar. Apelo desprovido. 434
- Responsabilidade civil — Crime de estupro. Inquérito policial. Arquivamento. Exercício regular de direito. Dano moral não caracterizado. Indenização indevida. Recurso desprovido. 482

- Seguro — Cheque nominal aos beneficiários. Endosso do título pelo corretor. Desconto em conta diversa da indicada no cheque. Negligência bancária caracterizada. Indenização devida. Sentença mantida. Recursos desprovidos. 440

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Protesto de cambial quitada — Anotação indevida. Sentença que julgou a ação procedente. Insurgência. Redução do valor indenizatório. Recurso provido parcialmente. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 410

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE ADOÇÃO

- Adoção póstuma — Modalidade não prevista no Código de Menores de 1927. Inexistência de direito a ser resguardado. Pedido inicial improcedente. Sentença cassada. Recurso desprovido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 459

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- *Vide* Possessória.

AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS

- Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito — Dano moral configurado. Procedência em primeiro grau. Inconformismo. *Quantum* exacerbado. Adequação. Recurso provido parcialmente. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 416

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Magistratura — Majoração de vencimentos. Decisão administrativa. Tribunal Regional do Trabalho. Inconstitucionalidade. 301

AÇÃO ORDINÁRIA PARA APURAÇÃO DE HAVERES DOS SÓCIOS EXCLUÍDOS EM SOCIEDADE LIMITADA

- Rescisão contratual — Dissolução da sociedade. Dolo de um dos sócios. Transferência de direitos possessórios. Falta de prova do pagamento do imóvel. Anulabilidade decretada. Restituição do bem. Reconvenção. Indenização devida. Perdas e danos evidenciados. Recurso provido em parte. 540

AÇÃO PAULIANA

- Cerceamento de defesa — Não ocorrência. Cheque emitido anteriormente à alienação fraudulenta. Outros imóveis hipotecados. Estado de insolvibilidade caracterizado. Venda a descendentes. Desnecessidade do intuito de lesar. Recurso desprovido. 564

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Contribuição para o Sebrae — Contribuição de intervenção no domínio econômico. Empresa prestadora de serviços de transporte. Vinculação ao Sest/Senat. Recurso improvido. 306

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 87 606

ATOS REGIMENTAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— N. 41/2000 — Art. 6º, I 375
 — N. 57/2002 — Art. 3º, *caput* 375
 — Art. 10 371

C**CARTA TESTEMUNHÁVEL**

— *Vide* Recurso crime.

COBRANÇA

— Cheque — Prescrição executiva. Recibo quitatório trazido aos autos em razões finais. Incidente de falsidade Instaurado. Procedência. Pleito de cobrança acolhido. Apelo desprovido. 227

CÓDIGO CIVIL

— Art. 11 227
 — Art. 12 227
 — Art. 13 227
 — Art. 14 227
 — Art. 15 227
 — Art. 16 227
 — Art. 18 (1916) 534
 — Art. 19 227
 — Art. 20 227
 — Art. 21 227
 — Art. 21 (1916) 540
 — Art. 45 534
 — Art. 106, parágrafo único (1916) 564

— Art. 159 (1916)	416, 440, 466, 861 e 869
— Art. 160, I (1916)	580
— Art. 178, § 6º, II	427
— Art. 186	227, 596 e 869
— Art. 188, I	580
— Art. 308	741
— Art. 327	741
— Art. 393	793
— Arts. 521 a 528	375
— Art. 547 (1916)	540
— Art. 948, II	596
— Art. 968, II	227
— Art. 995 (1916)	520
— Art. 996 (1916)	520
— Art. 997, I	227
— Art. 1.030	771
— Art. 1.058 (1916)	388
— Art. 1.059 (1916)	440 e 540
— Art. 1.150 (1916)	610
— Art. 1.228	197
— Art. 1.443 (1916)	737
— Art. 1.454 (1916)	737
— Art. 1.456 (1916)	737
— Art. 1.458 (1916)	427
— Art. 1.462 (1916)	427
— Art. 1.537, II (1916)	596
— Art. 1.565, § 1º	227
— Art. 1.591	227
— Art. 1.592	227

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

— Art. 23, 3	540
— Art. 336, 3	540
— Art. 344	540

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 3º, § 2º	427
— Art. 6º	283
— Art. 6º, VIII	793
— Art. 14	793
— Art. 14, § 3º	416
— Art. 27	427
— Art. 42	416
— Art. 43	416
— Art. 43, § 2º	434
— Art. 51, § 2º	511
— Art. 101, I	741

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 128	366
— Art. 141	366
— Art. 213	610
— Art. 356	345

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 17	482
— Art. 18	520
— Art. 20, § 3º	587 e 829
— Art. 20, §§ 3º e 4º	540
— Art. 20, §§ 3º a 5º	869
— Art. 20, § 4º	793
— Art. 21	869
— Art. 21, parágrafo único	440
— Art. 47	534
— Art. 70	793
— Art. 92	540
— Art. 100, IV, <i>d</i>	501 e 741
— Art. 111	501
— Art. 128	466 e 733
— Art. 130	486 e 564
— Art. 131	486
— Art. 147, II	540
— Art. 179	610
— Art. 188	610
— Art. 214, § 2º	416
— Arts. 243 e seguintes	440
— Art. 265, IV, <i>a e c</i>	227
— Art. 267, I e VI	453
— Art. 267, II e VIII	540
— Art. 267, IV	496
— Art. 267, V	459
— Art. 267, X	227
— Art. 267, § 3º	733
— Art. 269, I	782 e 869
— Art. 273	574 e 771
— Art. 292	390
— Art. 295	580
— Art. 330	390
— Art. 330, I	782
— Art. 333	416 e 793
— Art. 333, I	482, 492, 540, 741 e 782
— Art. 333, II	388 e 621
— Art. 334, III	390

— Art. 335	793
— Art. 378	540
— Art. 379	540
— Art. 390	520
— Art. 391	520
— Art. 392	520
— Art. 393	520
— Art. 394	520
— Art. 395	520
— Art. 396	621
— Art. 401	564
— Art. 408	876
— Art. 458	762
— Art. 460	466 e 733
— Art. 462	580
— Art. 467	459
— Art. 475, II e § 2º	869
— Art. 500, III	434
— Art. 508	610
— Art. 511, § 1º	380
— Art. 514, I	466
— Art. 515	762
— Art. 515, § 3º	459 e 555
— Art. 527	506
— Art. 530	496
— Art. 538	321
— Art. 538, parágrafo único	388
— Art. 557, § 1º	380 e 383
— Art. 585, II	496, 511 e 513
— Art. 585, § 1º	580
— Art. 586, <i>caput</i>	496
— Art. 602	793
— Art. 614, II	741
— Art. 620	506
— Art. 649, IV	580
— Art. 655	506
— Art. 656	506
— Art. 656, § 2º	587
— Art. 741, II	496
— Art. 798	453
— Art. 888, VIII	453
— Art. 921	390
— Art. 926	390
— Art. 927	390 e 492
— Art. 927, I	486
— Art. 928	492
— Art. 992, II	390
— Art. 1.071	375

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 40	520
— Art. 41	313
— Art. 239	876
— Art. 312	876
— Art. 383	690
— Art. 386, III	682 e 834
— Arts. 406 e seguintes	876
— Art. 408	107 e 876
— Art. 409	107
— Art. 414	876
— Art. 579	690
— Art. 581, I a XXIV	690
— Art. 589	697
— Art. 593, II	690
— Art. 594	655
— Art. 598, <i>caput</i>	682
— Art. 621, III	655

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 162, I	737
— Art. 295	841
— Art. 306	841

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

—	626
— Art. 2º	642 e 645

CÓDIGO PENAL

— Art. 13, § 1º	793
— Art. 14, II	658 e 697
— Art. 26	807
— Art. 29	690
— Art. 33, § 1º, c	682
— Art. 33, § 2º	663
— Art. 33, §§ 2º, c, e 3º	841
— Art. 36	834
— Art. 44	682
— Art. 59	663
— Art. 61, I	663
— Art. 69	669, 807, 834, 841 e 876
— Art. 71	669
— Art. 107, VIII	655
— Art. 121, § 2º, II	876

— Art. 121, § 2º, II e IV	658
— Art. 138	748
— Art. 139	748
— Art. 140	748
— Art. 142, I	313 e 748
— Art. 150, § 1º	834
— Art. 157, § 2º, I, II e V	807
— Art. 171, <i>caput</i>	697
— Art. 180, <i>caput</i>	690
— Art. 213	655
— Art. 214	655
— Art. 227, § 1º	669
— Art. 228, <i>caput</i>	669
— Art. 229	669
— Art. 230, <i>caput</i>	669
— Art. 230, § 1º	669
— Art. 244, <i>caput</i>	682
— Art. 288, parágrafo único	690 e 807
— Art. 299, <i>caput</i>	663
— Art. 308	669
— Art. 331	834
— Art. 348, <i>caput</i>	807
— Art. 348	690

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Negativo — Busca e apreensão. Compra e venda a crédito com reserva de domínio. Direito obrigacional. Competência das Câmaras de Direito Civil. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.	375
---	-----

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

— Busca e apreensão — Consórcio. Alienação fiduciária. Matéria de direito comercial. Conflito provido.	371
---	-----

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-Lei n. 5.452/1943)

— Art. 449, § 1º	516
------------------------	-----

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

— 1989 — Art. 110, <i>caput</i>	624
---------------------------------------	-----

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— 1988 — Art. 1º	227
— Art. 5º, <i>caput</i>	366
— Art. 5º	227
— Art. 5º, V	410

— Art. 5º, X	227, 540 e 596
— Art. 5º, XXII	283
— Art. 5º, XXII e XXIV	869
— Art. 5º, XXIX	782
— Art. 5º, XXXII	635
— Art. 5º, XXXV	227
— Art. 5º, XXXVI	390 e 459
— Art. 5º, XXXVII, <i>d</i>	876
— Art. 5º, LVII	663
— Art. 5º, LVIII	227
— Art. 6º	227
— Art. 7º	227
— Art. 7º, X	580
— Art. 7º, XXVIII	861
— Art. 22, XXV e parágrafo único	366
— Art. 23, VI e VII	642
— Art. 24	635
— Art. 30, I	624
— Art. 37, <i>caput</i>	606
— Art. 37, II	340 e 366
— Art. 37, VIII	340
— Art. 93, IX	762
— Art. 96, II, <i>b</i>	301
— Art. 105, III, <i>c</i>	331
— Art. 109	690
— Art. 133	748
— Art. 170, <i>caput</i> e parágrafo único	624
— Art. 192	624
— Art. 225	626 e 642
— Art. 225, § 3º	752
— Art. 226, § 3º	390
— Art. 227, § 6º	459
— Art. 236	366

CRIME CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

- Abandono material — Absolvição no juízo *a quo*. Irresignação ministerial. Acusado condenado ao pagamento de alimentos. Subsistência da ex-cônjuge garantida por terceiros. Falta de justa causa para o inadimplemento. Crime caracterizado. Recurso provido. 682

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor e estupro — Pedido de liminar para aguardar o julgamento em liberdade. Falta de amparo legal. Pedido revisional indeferido. 655
- Casa de prostituição — Vítimas menores de dezoito anos. Uso de certidões de nascimento falsas. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação decretada. Recurso ministerial provido. 669

D**DESAPROPRIAÇÃO**

- Desvio de finalidade do bem desapropriado — Retrocessão. Devolução do bem. Impossibilidade. Perdas e danos. Indenização devida. Recurso provido parcialmente. 610

DESPACHO DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Apelação cível em ação de indenização por danos morais — Benefício da assistência judiciária. Concessão. 706
- Apelação cível em ação de inexistência de dívida — Recurso adesivo sem o devido preparo. Deserção. Continuidade do recurso principal. 705
- Pedido de suspensão de liminar — Mandado de segurança. Liminar que concedeu gozo de férias a servidor municipal. Lesão à ordem pública. Deferimento. 712
- Pedido de suspensão de liminar — Mandado de segurança. Sustação da exigibilidade da tarifa de limpeza urbana sobre imóveis. Lesão à economia pública. Pedido deferido parcialmente. 707

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Pedido de reconsideração na medida cautelar no recurso especial — Ação de despejo. Pretensão ao efeito suspensivo do ato desalijatório até julgamento do recurso pelo STJ. Falta de previsão legal. Não conhecimento. 723
- Recurso especial — Acórdão que negou provimento à apelação da ação de reintegração de posse c/c perdas e danos. Violação aos arts. 535, II, do CPC, 1º da Lei n. 6.099/74 e à Resolução n. 1.129 do Banco Central do Brasil. Divergência jurisprudencial. Admissibilidade do recurso com restrições. 719
- Recurso especial — Decisão unânime que confirma sentença em ação de danos morais. Composição extrajudicial entre as partes. Extinção do procedimento recursal. 721
- Recurso extraordinário — Gratificação complementar de vencimento. Decisão que estabelece a utilização do salário mínimo como indexador para cálculo do benefício. Inconstitucionalidade. Recurso admitido. 722

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial e extraordinário em embargos infringentes — Composição extrajudicial. Extinção do recurso. 730
- Recurso extraordinário — Mandado de segurança. Acórdão que isentou aposentados do desconto previdenciário. Alegação de contrariedade e violação a dispositivos constitucionais. Recurso não admitido. 727
- Recurso extraordinário em embargos infringentes — Acórdão que determinou a auto-aplicabilidade da incidência dos juros reais de 12% ao

ano. Alegação de confronto com entendimento do STF. Recurso admitido.	729
--	-----

DOCTRINA

— A dúvida na pronúncia — Antonio Huguen Nunes, Advogado em Santa Catarina.	107
— A fase de verificação de créditos na nova Lei de Falências — Renato Lisboa Altemani, Bacharel em Direito pela UFSC; e Ricardo Alexandre da Silva, Advogado no Paraná.	263
— A propriedade relativizada por sua função social — Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Mestre em Administração e Juiz de Direito em Santa Catarina.	197
— A responsabilidade médica e o dever de informar — Sérgio Cavalieri Filho, Desembargador do TJRJ, Diretor-Geral da Emerj e Professor da Universidade Estácio de Sá.	283
— Aspectos processuais da lei de improbidade administrativa — Ernane Fidelis dos Santos, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.	167
— Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) como instrumento punitivo — Elizete Lanzoni Alves, Mestre em Direito, Professora e Coordenadora do curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá, Santa Catarina. ...	139
— Contribuições para a história da administração do Poder Judiciário no Estado de Santa Catarina — Angela Cristina Pelicioli, Procuradora do Estado de Santa Catarina, Mestre em Direito Processual Civil e Professora da Unisul.	77
— Dos direitos da personalidade — Nagib Slaibi Filho, Magistrado no Rio de Janeiro e Professor da Emerj/Universo.	227
— Dos Juizados Especiais Federais: inovações processuais da Lei n. 10.259/2001 — Pedro Manoel Abreu, Desembargador do TJSC e Mestre em Direito pela UFSC.	251
— Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma — José Isaac Pilati, Doutor em Direito e Professor na graduação e pós-graduação da UFSC.	177
— Inversão do ônus da prova: regra de julgamento ou de procedimento — Domingos Afonso Kriger Filho, Advogado em Santa Catarina, Mestre em Direito e Professor.	121
— O formalismo processual e suas conseqüências na realização do Direito: a prevalência da forma no processo civil em detrimento do direito garantidor do bem da vida — Luiz César Medeiros, Desembargador do TJSC, Mestre em Direito e Professor da Escola da Magistratura de Santa Catarina.	213
— O ilícito tributário. os crimes contra a ordem tributária — Anatórcia Costa, Glauco A. Vieira, Juliana A. Pfau e Larissa F. Franceschi, alunos da Esmesc. Coordenador Professor Desembargador Anselmo Cerello.	55
— Processo administrativo tributário — Adriana C. Caldas, Alberto P. Remor, Ana Cláudia S. Scalabrín e Paulo Henrique H. de Andrade, alunos da Esmesc. Coordenador Professor Desembargador Anselmo Cerello.	19

E**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

— *Vide* Recurso.

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso.

ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 7º, § 2º 748

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 23 402
 — Art. 33, § 1º 402
 — Art. 39 402
 — Art. 40 459
 — Art. 41 459
 — Art. 42, § 5º 459
 — Art. 45 402
 — Art. 47, § 6º 459
 — Art. 52 402
 — Art. 244-A, § 1º 669
 — Art. 266 459
 — Art. 267 459

ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.844/1986)

— Art. 48 606
 — Art. 49 606
 — Art. 219 606

ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

— Art. 36 606
 — Art. 90 335

ESTELIONATO

— Suspensão condicional do processo — Condições cumpridas parcialmente. Extinção da punibilidade em razão do decurso do prazo. Impossibilidade. Anulação da decisão para que o processo prossiga até seus ulteriores termos. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO.** 697

EXECUÇÃO

- Contrato de financiamento — Título apresentado em fotocópia autenticada. Possibilidade. Proposta de crédito que contém os requisitos do título executivo. Vinculação a contrato. Sentença de extinção cassada. Recurso provido. 511

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

- Cooperativa de crédito — Acesso à relação dos nomes e endereços dos sócios cooperados. Acolhimento. Litisconsórcio passivo necessário refeito. Sigilo bancário. Quebra. Inocorrência. Apelo desprovido. 534

F**FALSIDADE IDEOLÓGICA**

- Obtenção de carteira de identidade em nome do irmão — Autoria e dolo comprovados. Desnecessidade de dano efetivo. Fugitivo de colônia penal. Reincidência caracterizada. Apelo parcialmente provido. 663

H**HABEAS CORPUS**

- Ação penal — Prisão preventiva. Decretação. Falta de motivação. Alegação de ilegalidade. Cognição pelo STF em *habeas corpus*. Inadmissibilidade. 309
- Processual penal — Trancamento da ação penal. Calúnia. Advogado. Imunidade. Inexistência. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Recurso indeferido. 313

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Tentativa — Motivo fútil. Recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. Qualificadoras que afrontam a prova dos autos. Apelo provido para novo julgamento. 658

L**LEGISLAÇÃO ESTADUAL****LEIS**

- N. 5.624/1979 — *Vide* Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.

— N. 6.745/1985	— <i>Vide</i> Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.	
— N. 6.844/1986	— <i>Vide</i> Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina.	
— N. 9.899/1995	340
— N. 12.128/2002	635

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 2.181/1997	— Art. 13, XIII	434
— N. 4.680/2003		635

DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969	371
— N. 3.365/1941	— <i>Vide</i> Lei das Desapropriações.	
— N. 4.657/1942	— <i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 5.452/1943	— <i>Vide</i> Consolidação das Leis do Trabalho.	
— N. 7.661/1945	— <i>Vide</i> Lei de Falências.	

LEIS

— N. 556/1850	— <i>Vide</i> Código Comercial.		
— N. 1.060/1950	— <i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.		
— N. 4.348/1964	— Art. 4º	357
— N. 4.595/1964	— Art. 4º, VIII	624
— N. 4.729/1965		55
— N. 4.771/1965	— <i>Vide</i> Código Florestal.		
— N. 5.764/1971	— Art. 15, <i>caput</i> e II	534
— N. 5.772/1971	— Art. 59	782
	— Art. 65, § 5º	782
— N. 6.015/1973	— <i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.		
— N. 6.368/1976	— <i>Vide</i> Lei Antitóxicos.		
— N. 6.830/1980	— <i>Vide</i> Lei de Execução Fiscal.		
— N. 6.938/1981		626
— N. 7.210/1984	— <i>Vide</i> Lei de Execução Penal.		
— N. 7.357/1985	— <i>Vide</i> Lei do Cheque.		
— N. 7.679/1988	— Art. 1º, I	466
— N. 8.069/1990	— <i>Vide</i> Estatuto de Criança e do Adolescente.		
— N. 8.072/1990	— <i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.		
— N. 8.078/1990	— <i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.		
— N. 8.137/1990		55
— N. 8.429/1992		167
— N. 8.906/1994	— <i>Vide</i> Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.		

— N. 8.934/1994 — Art. 34	782
— N. 8.935/1994 — Art. 18	366
— N. 9.099/1995 — Art. 4º, I e II	741
— Art. 5º	741
— Art. 33	741
— Art. 46	748
— Art. 55, <i>caput</i>	741
— Art. 89	697
— N. 9.278/1996 — <i>Vide</i> Lei da União Estável.	
— N. 9.279/1996	782
— N. 9.437/1997 — Art. 10, § 2º	807
— N. 9.503/1997 — <i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.605/1998 — <i>Vide</i> Lei do Meio Ambiente.	
— N. 9.613/1998 — Art. 1º, § 1º, I e II	690
— Art. 1º, I e IV	309
— N. 9.975/2000	669
— N. 10.259/2001	251
— N. 10.352/2001	459 e 496
— N. 10.820/2003 — Art. 1º	580
— N. 11.101/2005	263

LEI ANTÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12, <i>caput</i>	309 e 841
— Art. 14	309
— Art. 16	841
— Art. 37, <i>caput</i>	841
— Art. 40	841

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 12	466 e 793
-----------------	-----------

LEI DA UNIÃO ESTÁVEL (Lei n. 9.278/1996)

— Art. 5º	390
-----------------	-----

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-Lei n. 3.365/1941)

— Art. 35	610
-----------------	-----

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

— Art. 39	345
-----------------	-----

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 149	682
— Art. 151	682

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

—	263
— Art. 76, § 2º	555
— Art. 77, §§ 3º, 5º e 7º	555
— Art. 78, § 2º	555
— Art. 102	516
— Art. 166	555

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 6º, § 1º	390 e 459
-----------------------	-----------

LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)

— Art. 39	440
— Art. 47	520
— Art. 59	520
— Art. 61	520

LEI DO MEIO AMBIENTE (Lei n. 9.605/1998)

— Art. 3º	752
— Art. 21	752
— Art. 22	752
— Art. 23	752

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 1º, I	876
— Art. 2º, II	876

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 55, parágrafo único	227
— Art. 56	227
— Art. 57	227
— Art. 114	534

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 105/2001 (Federal) — Art. 1º, § 1º, IX	534
— N. 156/1997 (Estadual) — Art. 35, h	869
— N. 161/1997 (Estadual)	869
— N. 183/1999 (Estadual) — Art. 24	366

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Administrativo — Meio ambiente. Área de preservação permanente. Código Florestal. Alvará de construção. Inviabilidade. Recurso provido. Reexame prejudicado. 626
- Concurso público para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro — Movimentação de uma classe para outra. Impossibilidade. Ordem denegada. 366
- Professor — Gratificação de regência de classe. Readaptação. Supressão da benesse. Impossibilidade. Concessão da ordem. 606

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

- Horário bancário para atendimento ao público — Lei municipal. Impossibilidade. Competência da União. Apelo provido. 624

MEDIDA CAUTELAR

- Ausência dos requisitos do inciso VIII do art. 888 do CPC — Indeferimento da inicial. Impossibilidade. Poder geral de cautela. Suspensão da obra até apreciação da liminar pelo juízo de primeiro grau. Recurso provido. 453

N**NOTICIÁRIO**

- Discurso de posse no cargo de Desembargadora da Dra. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 293
- Discurso proferido pelo Des. Cesar Abreu por ocasião da posse da Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. 295

P**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE MERCADORIAS**

- Venda a crédito na quinzena precedente ao pedido de concordata preventiva — Sentença terminativa. Cassação. Transformação e alienação das mercadorias. Pedido procedente. Devolução em dinheiro. 555

POSSESSÓRIA

- Reintegração de posse cumulada com perdas e danos — Concubinato. Morte do companheiro antes de promulgada a CF/88. Contribuição indireta para aquisição dos bens. Direito à meação. Reintegração e indenização devidas. Recursos desprovidos. 390

R

RECLAMAÇÃO

- Ação direta de inconstitucionalidade — Embargos de declaração. Cumprimento da decisão. Desnecessário o trânsito em julgado. Procedência. 321

RECURSO

- Agravo de instrumento — Ação civil pública. Concessão da liminar. Proibição de comercialização de produtos geneticamente modificados sem informação no rótulo. Direito e proteção à saúde do consumidor. Recurso desprovido. 635
- Agravo de instrumento — Ação civil pública. Dano ambiental. Responsabilidade solidária do poder público municipal e particular. Litisconsórcio passivo facultativo. Restrição. Recurso provido. 642
- Agravo de instrumento — Ação civil pública. Embargo de edificação. Código Florestal. Exigências satisfeitas. Recurso provido. 645
- Agravo de instrumento — Exceção de incompetência. Prevalência do art. 100, IV, *d*, do CPC. Contrato de franquia. Aplicação do CDC. Foro de eleição. Prejuízo demonstrado. Recurso desprovido. 501
- Agravo de instrumento — Execução. Bens nomeados pelo devedor (300 lotes em cemitério). Impugnação intempestiva. Imóvel de difícil comercialização. Reconhecimento *ex officio*. Possibilidade. Recurso desprovido. 506
- Agravo de instrumento — Falência. Habilitação de créditos trabalhistas. Arrematação de bens sem depósito do lanço. Impossibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. 516
- Agravo de instrumento — Liminar que sustou desconto de parcelas em folha de pagamento. Contrato de mútuo bancário. Inocorrência de abusividade. Recurso parcialmente provido. 580
- Agravo de instrumento — Protocolo unificado. Dever do recorrente de fiscalizar a regularidade formal do recurso. Seguimento negado. Agravo sucessivo desprovido. 383
- Agravo de instrumento — Reintegração de posse. Audiência de justificação prévia. Indeferimento da oitiva de testemunha arrolada pelo réu. Possibilidade. Inexistência de prova de posse anterior da área dita esbulhada. Contraditório e ampla defesa observados. Recurso desprovido. 486
- Agravo de instrumento — Reintegração de posse. Indeferimento da liminar sem audiência de justificação prévia. Cerceamento de defesa. Recurso provido. 492
- Agravo de instrumento — Termo de juntada de mandado de intimação destituído dos princípios da instrumentalidade processual. Imprestabilidade desse documento para verificação da tempestividade do agravo. Seguimento negado. Recurso desprovido. 380

- Agravo do art. 4º da Lei n. 4.348/64 — Pedido de suspensão de liminar que determinou cobrança de tarifa de limpeza urbana. Lesão à economia pública. Efeito multiplicador. Possibilidade de cobrança do serviço por meio de tarifa. Desprovemento. 357
- Cobrança de haveres por sócio excluído — Possibilidade de concessão de tutela antecipada. Presentes os requisitos da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável. Provimento. 574
- Embargos de declaração — Omissão e prequestionamento. Reexame de matéria decidida. Inviabilidade de rediscussão. Rejeição. 388
- Embargos infringentes — Execução de contrato particular de abertura de crédito. Novação não configurada. Ausência do contrato que originou a renegociação. Nulidade da execução. Recurso desprovido. 513
- Embargos infringentes — Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte de criança. Prestação de alimentos aos pais. Descabimento. Dano moral. Recurso provido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO** 596
- Embargos infringentes — Sentença de mérito. Acórdão terminativo. Pressupostos de admissibilidade não preenchidos. Recurso não conhecido. Maioria de votos. **VOTO VENCIDO**. 496

RECURSO CRIME

- Carta testemunhável — Despacho que recebeu parcialmente recurso em sentido estrito contra decisão que desclassificou o crime de lavagem de dinheiro para favorecimento pessoal. Hipótese não contemplada. Aplicação do princípio da fungibilidade. Recurso conhecido por maioria de votos e provido à unanimidade. **VOTO VENCIDO**. 690

RECURSO ESPECIAL

- Administrativo — Membro do Ministério Público de Santa Catarina. Licença-prêmio. Conversão em pecúnia. Falta de lei específica. Aplicação inadequada do Estatuto dos Servidores. Recurso provido. 327
- Previdenciário — Aposentadoria por idade. Tempo de serviço rural. Regime de economia familiar. Início de prova documental. Certidão de casamento. Recurso provido. 331

RECURSO ORDINÁRIO

- Administrativo — Militar. Exercício de cargo em comissão no Poder Executivo. Gratificação. Incorporação. Recurso provido. 335

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- Constitucional e administrativo — Participação de deficientes físicos em concurso público. Art. 37, inciso VIII, da CF. Eficácia limitada e aplicabilidade mediata. Recurso desprovido. 340
- Processual civil — Revogação de portaria. Execução fiscal. Oficial de justiça. Dispensa de adiantamento de custas. Gratificação estabelecida por Lei Estadual. Desnecessidade. Precedentes. Recurso desprovido. ... 345

S**SENTENÇAS**

— Ação de reparação de danos materiais, morais, estéticos e psicológicos — Erro médico. Obrigação de meio. Indenização devida. Ação parcialmente procedente.	793
— Comercial — Resolução da sociedade em relação a um sócio. Separação judicial. Exclusão do sócio minoritário. Concessão de antecipação de tutela e do benefício da gratuidade da justiça. Afastamento do quadro societário enquanto durar a demanda principal.	771
— Desapropriação indireta — Construção de estrada estadual. Indenização. Possibilidade. Ação parcialmente procedente.	869
— Direito comercial — Ação de abstenção de ato c/c pedido de tutela antecipada. Alteração de nome empresarial. Registro no INPI. Siglas comerciais iguais, mas de finalidades diferentes. Tutela revogada. Ação improcedente.	782
— Indenização — Doença desenvolvida pelo empregado no exercício da atividade. Omissão da empresa. Dano moral caracterizado. Ação parcialmente procedente.	861
— Indenização por danos morais — Microempresa. Inclusão no Cadastro de Cheques sem Fundos. Abalo do crédito. Prejuízo caracterizado. Ação procedente.	829
— Penal — Duplo homicídio. Motivo fútil. Pronúncia. Competência do Tribunal do Júri. Denúncia integralmente admissível.	876
— Penal — Formação de quadrilha, roubo, porte ilegal de arma e favorecimento pessoal. Assalto a ônibus cometido por oito elementos. Condenação. Ação parcialmente procedente.	807
— Penal — Tráfico de entorpecentes e direção perigosa de veículo em via pública. Desclassificação para usuário. Possibilidade. Condenação. Ação parcialmente procedente.	841
— Penal — Violação de domicílio e desacato. Condutas atípicas. Ausência de dolo. Absolvição. Ação improcedente.	834

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— N. 7	331
— N. 12	869
— N. 19	624
— N. 43	520
— N. 70	869
— N. 105	335
— N. 114	869
— N. 119	869

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 121	564
----------------	-----

— N. 335	501
— N. 380	390
— N. 491	596
— N. 495	555
— N. 512	335 e 626
— N. 545	357

T

TURMAS DE RECURSOS

— Ação de cobrança — Venda de bois. Pagamento a quem não tinha poderes para receber. Ofensa ao art. 308 do Código Civil. Recurso desprovido.	741
— Ação de indenização — Contrato de seguro de automóvel. Condutor não habilitado. Cláusula excludente de cobertura. Pedido improcedente. Sentença reformada. Recurso provido.	737
— Dano moral — Serviços de fotografia e filmagem. Furto da fita VHS do interior do veículo do contratado. Responsabilidade contratual. Dano caracterizado. Recurso parcialmente provido.	746
— Danos materiais e morais — Queda em escadaria de condomínio. Uso de substância escorregadia. Lesões. Nexo causal. Negligência do preposto do réu. Indenização. Recurso parcialmente provido.	762
— <i>Habeas corpus</i> — Trancamento de ação penal. Queixa-crime. Uso de expressões tidas como caluniosas na contestação de investigação de paternidade. Atipicidade da conduta dos querelados. Concessão da ordem.	748
— Indenização por danos morais — Companhia telefônica. Manutenção indevida em cadastros de inadimplentes. Sentença fundada em causa diversa da pedida. Anulação. Recurso provido.	733
— Recurso crime — Sentido estrito. Crime ambiental. Denúncia contra pessoa jurídica. Rejeição. Princípio da proteção ao meio ambiente. Responsabilidade penal reconhecida. Sentença reformada. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.	752

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

— Adriana Câmara Caldas	19
— Alberto Pizzolatti Remor	19
— Alcides Aguiar	574 e 587
— Amaral e Silva	658 e 663
— Ana Cláudia Salum Scalabrin	19
— Anatórcia Costa	55
— Angela Cristina Pelicioli	77
— Anselmo Cerello	357, 705, 706, 707 e 712
— Antonio Hugem Nunes	107

C

— Carlos Britto	306
— Carlos Velloso	301 e 313
— Cesar Abreu	295, 371, 642 e 645
— Cezar Peluso	309
— Cláudio Valdyr Helfenstein	782

D

— Domingos Afonso Kriger Filho	121
--------------------------------------	-----

E

— Elizete Lanzoni Alves	139
— Ellen Gracie	321
— Ernane Fidelis dos Santos	167

F

- Fernando Carioni 496
- Fernando Speck de Souza 771
- Francisco Oliveira Filho 621 e 624

G

- Gabriela Gorini Martignago Coral 746
- Gastaldi Buzzi 580
- Gilson Dipp 340
- Glauco Augusto Vieira 55

J

- Jaime Luiz Vicari 733
- Jorge Scartezzini 331
- Jorge Schaefer Martins 440 e 453
- José Delgado 345
- José Everaldo Silva 752
- José Isaac Pilati 177
- Juliana Azevedo Pfau 55
- Juliano Rafael Bogo 861

L

- Larissa Francielle Franceschi 55
- Laurita Vaz 327
- Leandro Passig Mendes 793
- Luiz Antônio Zanini Fornerolli 197
- Luiz Carlos Freyesleben 427 e 434
- Luiz César Medeiros 213, 596 e 626
- Luiz Felipe Siegert Schuch 737
- Luiz Henrique Bonatelli 807

M

- Marcio Rocha Cardoso 741

— Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	366
— Marcos Bigolin	829
— Marcus Tulio Sartorato	486 e 492
— Maria do Rocio Luz Santa Ritta	293, 555 e 564
— Monteiro Rocha	410 e 416

N

— Nagib Slaibi Filho	227
— Nicanor da Silveira	610

O

— Orli Rodrigues	388, 727, 729 e 730
— Osvaldo João Ranzi	762
— Otávio José Minatto	748

P

— Paulo Henrique Horn de Andrade	19
— Paulo Medina	335
— Pedro Manoel Abreu	251, 719, 721, 722 e 723

R

— Rafael Fleck Arnt	869
— Renato Lisboa Altemani	263
— Ricardo Alexandre da Silva	263
— Rodrigo Pereira Antunes	841
— Ronaldo Moritz Martins da Silva	380 e 383
— Rudson Marcos	876
— Rui Fortes	606 e 635

S

— Salete Silva Sommariva	390 e 402
— Salim Schead dos Santos	375, 501 e 513

- Sergio Cavalieri Filho 283
- Sérgio Paladino 655, 690 e 697
- Sérgio Roberto Baasch Luz 516 e 540

T

- Torres Marques 669 e 682
- Trindade dos Santos 520 e 534
- Tulio Pinheiro 506 e 511

V

- Viviane Isabel Daniel 834

W

- Wilson Augusto do Nascimento 459, 466 e 482

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Léa dos Santos Sousa

Chefe da Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idalete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Litz Eli de Lima Cunha Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

José Leopoldo Abatti

Editoração eletrônica

José Valmecir de Souza (Atta)