

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 XXIX — 3º trimestre 2003 — N. 103
Florianópolis — SC
2004

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 expandido 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. Antônio do Rêgo Monteiro Rocha – Coordenador

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

CEP 88020-901 — Florianópolis — SC

Encomendas e pedidos:

Telefone/Fax (48) 221-1153

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	9
COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
DOCTRINA	
Alcides Munhoz da Cunha — Os diversos tipos de tutela antecipada	27
Alexandre Pontieri — Estatuto do Idoso — Lei n. 10.741 e transporte interestadual de passageiros	43
Antonio Carlos Facioli Chedid e Antonio Carlos Facioli Chedid Júnior — O formalismo, a lógica do razoável e a tecnologia na efetividade da justiça.....	51
Claudia Gueiros de Freitas Azevedo Maia — Da responsabilidade processual objetiva na execução dos Juizados Especiais Cíveis	75
Ernani Guetten de Almeida — Da impossibilidade de extensão dos efeitos penais da Lei Federal n. 10.684/2003 (Refis Federal) para o caso de parcelamento pelo Revigorar instituído pela Lei Estadual n. 12.646/2003	101
Fábio Ulhoa Coelho — Considerações gerais sobre a recuperação judicial de empresas.....	109
Francisco Luciano Lima Rodrigues — Breve estudo sobre a evolução histórico-conceitual e o conteúdo da propriedade privada.....	125
Hildebrando Campestrini — Desmistificando a ementa.....	153
Juan Augusto Faria de Oliveira — Competência em acidente de trabalho: Exame jurisprudencial	163

Leoberto Baggio Caon — Delito culposo	191
Olavo Rigon Filho — Desconsideração da personalidade jurídica — O perigo de eventual abrandamento na apreciação dos pressupostos específicos do artigo 50 do Código Civil — Análise comparativa	205
Pedro Manoel Abreu — Limites e possibilidades da constituição de uma ciência do Direito na visão epistemológica de Luis Alberto Warat.....	221
Ruy Samuel Espíndola — Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas	243
Sérgio Roberto Baasch Luz — Regulação e serviços públicos	281
Volnei Carlin — Aspectos contemporâneos da intervenção do Ministério Público no Processo Civil.....	289

PARECERES

Ação popular: três aspectos destacados e controvertidos — Péricles Prade, Advogado em Santa Catarina.....	303
Tributação dos inativos e pensionistas - Kiyoshi Harada, Advogado e Professor em São Paulo	313

HISTÓRIA JURÍDICA

A pena de morte no Brasil e na visão do bacharelado Luiz Gallotti, posteriormente Presidente do Supremo Tribunal Federal: uma contribuição no centenário de nascimento do autor — Celso Leal da Veiga Júnior, Professor da Univali/SC.....	327
O justo e a justiça política — Rui Barbosa	343

NOTICIÁRIO

113º Aniversário de instalação do Tribunal de Justiça, com entrega de Medalhas do Mérito Judiciário a ilustres personalidades catarinenses.....	351
Discurso de posse do Desembargador Amaral e Silva	359
Discurso de posse do Desembargador Ricardo Fontes...	366
Discurso de posse do Desembargador Cesar Abreu.....	369
Discurso de posse do Desembargador Marcus Túlio Sartorato.....	372
Discurso de posse do Desembargador Gastaldi Buzzi	373
Discurso de posse do Desembargador Rui Fortes	376
Discurso de posse do Desembargador Luiz Carlos Freyesleben	383
Discurso de posse do Desembargador Torres Marques ..	390

Discurso de posse do Desembargador Fernando Carioni	393
Discurso proferido pelo Des. Anselmo Cerello na sessão solene de posse dos juizes substitutos ocorrida em 16-7-2004 no Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina	396
Discurso proferido na posse dos novos juizes – 16-7-2004 (Conselho aos novos juizes).....	404
O perigo ronda o Judiciário — Des. Eládio Torret Rocha.....	406
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Medida Cautelar.....	411
Recurso Extraordinário.....	417
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recursos Especiais.....	421
Agravos de Instrumento	430
SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	435
JURISPRUDÊNCIA CIVIL	
ÓRGÃO ESPECIAL	
Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível	461
Embargos de Declaração na ADIn.....	496
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL	
Embargos Infringentes	498
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis.....	506
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Agravo de Instrumento	516
Apelações Cíveis.....	521
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	
Apelações Cíveis.....	563
CÂMARA CIVIL ESPECIAL	
Agravos nos Agravos de Instrumento	606
CÂMARA DE FÉRIAS CIVIL	
Agravos nos Agravos de Instrumento	611
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravo de Instrumento	614
Apelações Cíveis.....	619
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravo de Instrumento	633

Apelações Cíveis.....	638
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL	
Agravos de Instrumento	655
Apelações Cíveis.....	660
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Apelações Cíveis.....	692
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Apelação Cível	728
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança.....	733
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO	
Agravos de Instrumento	745
Apelação Cível	749
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS	
Embargos Infringentes	757
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL	
Inquérito	768
Apelações Criminais.....	774
Queixa-Crime	795
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL	
Apelações Criminais.....	802
2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Medida Cautelar	827
Embargos de Declaração	835
3ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Agravos de Instrumento	849
PRIMEIRA INSTÂNCIA	
Sentenças	853
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA	869
ÍNDICE NUMÉRICO	847
ÍNDICE POR ASSUNTO	855
ÍNDICE ONOMÁSTICO	887

APRESENTAÇÃO

À GUISA DE INTRODUÇÃO

Com a edição deste exemplar, chega-se ao n. 103 da consagrada Revista *Jurisprudência Catarinense*, já amadurecida, sem dúvida, para o importante desafio cultural, jurisprudencial e profissional que a cada momento se nos apresenta. Momento histórico em que necessitamos dar uma resposta convincente e concreta às incontáveis críticas, fundadas e infundadas, as quais são uma constante à atividade do Poder Judiciário.

Sob esse prisma, torna-se cada vez mais desafiadora a atividade do profissional, em qualquer área jurídica em que atue, seja como operador na advocacia, na magistratura, no Ministério Público, no magistério jurídico e nos estudos acadêmicos, pela singela razão de que o conhecimento da Ciência Jurídica, não só em seu aspecto formal mas, principalmente, para uma maior compreensão do Direito “ao vivo” e em pleno processo dinâmico, necessita do concurso da jurisprudência.

Diante de tal contexto, os organizadores desta obra tiveram a preocupação de oferecer aos profissionais, estudantes e pesquisadores uma ferramenta essencial para a consulta dos mais variados e intrigados temas jurídicos, e que revela a real personalidade do Tribunal, sua sensibilidade jurídica, poder de pesquisa e senso de justiça.

É perceptível que o presente trabalho procurou ser mais abrangente e diversificado possível, reduzindo o número de acórdãos para um por desembargador, totalizando assim 42 arestos, criteriosamente selecionados, por conterem teses jurídicas de maior interesse social, marcadas pela divergência, revelada pelos votos discrepantes, que também foram consignados, na medida do possível.

Além disso, procurou-se elevar o número de trabalhos doutrinários e de pareceres dos mais categorizados doutrinadores e pareceristas, sem perder de vista a valiosa colaboração dos eminentes integrantes do Judiciário Catarinense e dos demais proeminentes de nossas letras jurídicas.

Dessa forma, temos a satisfação de apresentar 15 excelentes estudos doutrinários e 2 bem-lançados pareceres.

Preocupamo-nos, também, com o direito sumulado. Para tanto, foram catalogadas todas as súmulas do Superior Tribunal de Justiça, que atualmente alcançam o expressivo número de 302.

Por derradeiro, foram carreadas para a obra importantes decisões monocráticas — despachos — prolatadas por eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal, também escolhidas dentre as de maior repercussão no meio jurídico, além de sentenças emanadas dos eméritos juízes de primeiro grau de jurisdição, providas de significativo valor jurídico.

Nesse passo, e com confessado orgulho, somos gratos ao grupo seleta de colaboradores do setor editorial e aos eminentes desembargadores integrantes da comissão da revista, sem o concurso dos quais este trabalho não teria sido materializado.

Des. Anselmo Cerello,

1º Vice-Presidente.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(outubro de 2004)

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. PEDRO MANOEL ABREU

Terceiro Vice- Presidente

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

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. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VONEI 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. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS 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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. JORGE MUSSI – Presidente
Des. ALBERTO Luiz da COSTA – Corregedor-Geral da Justiça
Des. ANSELMO CERELLO – Primeiro Vice- Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. PEDRO MANOEL ABREU – Segundo Vice- Presidente
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI – Terceiro Vice- Presidente
Des. SÉRGIO Torres Paladino
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
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. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
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. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Ruiz Mimoso ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO FONTES
Des. NICANOR DA SILVEIRA
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz DIONÍZIO JENCZAK
(substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)
Juiz TÚLIO José Moura PINHEIRO
(substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz DIONÍZIO JENCZAK (substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)

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. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Juiz TÚLIO José Moura, PINHEIRO
(substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 1

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz DIONÍZIO JENCZAK
(substituindo o Des. CARLOS PRUDÊNCIO)

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras – Horário: 14 horas – Local: *Hall* Superior – Sala 3

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Juiz TÚLIO José Moura PINHEIRO
(substituindo o Des. ELADIO TORRET ROCHA)

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. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

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

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

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NICANOR Calírio da SILVEIRA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'ÊÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ
(substituindo o Des. José Antônio TORRES MARQUES)
Juiz JÂNIO DE SOUZA MACHADO
(substituindo o Des. José GASPAS RUBIK)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. SOLON D’EÇA NEVES
Juiz JÂNIO DE SOUZA MACHADO
(substituindo o Des. José GASPAS RUBIK)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Juíza SÔNIA MARIA SCHMITZ
(substituindo o Des. José Antônio TORRES MARQUES)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI – Presidente
Juíza MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA
Juiz VICTOR José Sebem FERREIRA
Juiz RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

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. Vanderlei Romer
Des. Volnei Ivo Carlin
Des. José Antônio Torres Marques
Des. Salim Schaed dos Santos

Membros suplentes:

Des. Ricardo Orofino da Luz Fontes
Des. Luiz César Medeiros
Des. Rui Francisco Barreiros Fortes

Des. Wilson Augusto do Nascimento
Des. Eládio Torret Rocha
Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Des. Marcus Tulio Sartorato

Representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. Domingos Afonso Krieger Filho, titular
Dr. Mario César Bertocini, 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 VICTOR José Sebem FERREIRA
Juiz LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

**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. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

**COMISSÃO PROVISÓRIA DE CONCURSO PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA
ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO — PORTARIA N. 520/02-GP**

Des. Anselmo Cerello — Presidente
Dr. Jorge Henrique Schaefer Martins
Dr. Jaime Ramos
Des. Sérgio Torres Paladino, suplente
Juízes Substitutos de 2º Grau:
Dr. Túlio José Moura Pinheiro
Dr. José Carlos Cartens Köhler

Representante do Ministério Público:

Dr. André Carvalho, titular

Representante da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Catarinense:

Dr. Giovani Rodrigues Mariot, titular

Representantes do Colégio Notarial:

Dr. Murilo Krobel, titular e

Dra. Maria Alice Costa Silva, suplente

Representantes do Colégio Registral:

Dra. Gleci Palma Robeiro Mello, titular e

Dr. Jordan Fabrício Martins, 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

Juiz ROBERTO RAMOS ALVIM

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Juiz JAIME RAMOS

Juíza MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA

Juiz JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Juiz NEWTON JANKE

Juiz VICTOR José Sebem FERREIRA

Juiz José Carlos CARSTENS KÖHLER

Juiz DIONÍZIO 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

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz PAULO HENRIQUE M. MARTINS DA SILVA

Juiz ROBERTO LUCAS PACHECO

Juíza SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Juiz 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

OS DIVERSOS TIPOS DE TUTELA ANTECIPADA

Alcides Munhoz da Cunha*

Sumário: 1. A revolução no processo civil reformado; 2. Tutela e tutelas; 3. Tutela antecipada e tutelas antecipadas; 4. Ordinariação, sumarização e cautela: a tutela dos direitos certos, presumidos e apenas aparentes (*fumus*); 5. A antecipação da tutela de cognição exauriente: certeza jurídica; 6. A antecipação da tutela de cognição sumária não cautelar: a presunção de certeza jurídica; 7. A antecipação da tutela cautelar (cognição sumária cautelar): a tutela do *fumus boni iuris*.

1. A revolução no processo civil reformado

O Código de Processo Civil de 1973 representou um marco na ciência do direito processual civil. Produziu com fidelidade e apuro técnico um sistema recomendado pela dogmática, segundo o pensamento de Liebman e a inspiração de Busaid. Pode-se até mesmo dizer que o Código de Processo Civil de 1973 é o monumento normativo mais autêntico da dogmática tradicional.

Todavia, o Código já nasceu velho. Nasceu comprometido com um Processo de Conhecimento padrão, ou seja, um modelo

* Professor Doutor de Processo Civil — UFPR

individualista, de cognição exauriente, que não se compadecia com a inserção de liminares, porque estava vocacionado exclusivamente a certificar direito, ou seja, definir direitos com declaração de certeza jurídica.

E já nasceu velho o CPC porque nos anos 70 deste século já se esboçavam e se dinamizavam as transformações sociais caracterizadoras de uma sociedade de massas, que em face do progressivo desenvolvimento dos meios de comunicação e dos meios de transporte passou a interagir intensamente, tomando consciência do fenômeno coletivo, da globalização, da titularidade substancial de direitos e novos direitos, instando o Estado providencialista a assegurar uma tutela jurisdicional mais adequada, mais rápida, mais efetiva e mais abrangente para a solução dos crescentes, inovadores e multifários conflitos que se amontoavam em demandas pelo procedimento ordinário ou comum do processo de conhecimento, perante os órgãos judiciários insuficientes e precariamente estruturados.¹

Como anotou Sálvio de Figueiredo Teixeira, o Código de Processo Civil de 1973 nasceu como um “código de gabinete”, distante da realidade forense, não tendo havido a preocupação, na época de sua elaboração, com a efetividade do processo.²

A excessiva ordinarização do processo civil veio a bater de frente com o fenômeno que Fritz Baur qualificou como a “necessidade exacerbada de segurança” que é peculiar à sociedade

-
- 1 “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10 a 12).
 - 2 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *A reforma processual na perspectiva de uma nova justiça*, *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 887 e 888.

moderna,³ o que culminou por provocar a expansão prodigiosa do processo cautelar e a motivar a reforma do CPC, notadamente a partir de 1994, sob o influxo do movimento instrumentalista, encabeçado por Cappelletti.

Luiz Guilherme Marinoni, discorrendo sobre a crise do processo de condenação, disse certa feita: “Em um determinado momento o processualista acordou e percebeu que a justiça civil era elitista – porque estava afastada da grande maioria da população, que por várias razões evitava recorrer ao Judiciário – e inefetiva, já que não cumpria aquilo que prometia, principalmente em virtude de sua lentidão”.⁴

Realmente o processualista acordou, porque tomou consciência, como disse Dinamarco, da grande necessidade de optar por um método teleológico, em que *os resultados valem mais do que os conceitos* e estruturas internas do sistema, em que a *hermenêutica deve ser encarada com propostas de interpretação da lei substancial segundo critérios finalísticos e axiológicos*; porque se apercebeu que o bom processo é somente aquele que seja capaz de oferecer justiça efetiva ao maior número de pessoas; porque o processualista moderno sabe que muito menos vale a formal satisfação do direito de ação do que a substancial ajuda que o sistema possa oferecer às pessoas; porque o processualista, seguindo a orientação de Mauro Cappelletti, mudou de perspectiva, enfocando o sistema processual a partir da *ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais*, não mais pela ótica dos seus produtores, transformando-se assim em um verdadeiro crítico da dinâmica dos direitos.⁵

Este novo modo de pensar, compreender e aplicar o direito corresponde à fase instrumentalista do processo, da efetividade do direito processual, que vem sendo marcada pelas chamadas ondas renovatórias, como a onda do acesso à justiça e a onda do

3 BAUR, Fritz. *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 15.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

5 DINAMARCO, Cândido R. *Nasce um novo processo civil, Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, coord. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, p. 2 e 3.

reconhecimento dos direitos individuais e da tutela coletiva, a par do movimento da reforma do Poder Judiciário.

As alterações do CPC se inserem no âmbito destas ondas renovatórias, valendo notar que o movimento reformista não se esgotou, tanto que ainda existem anteprojetos e projetos em estudos e em tramitação.

Conquanto se cuide de minirreformas ou de reformas setoriais no Código ainda vigente, o fato é que essas se apresentam mais significativas pelo aspecto ideológico que as acompanha⁶ do que o novo modelo processual trazido pelo Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Código de 1939. Comparando esses textos pela perspectiva de inauguração do terceiro milênio, “vê-se que o Código de 1973 não alterou substancialmente o modelo processual existente, muito embora tivesse revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida, introduzindo alguns progressos substanciais”.⁷ Já as reformas operadas no mesmo Código, a partir de 1992, encerram o compromisso instrumentalista, inclusive o compromisso da própria magistratura que vem apoiando esta nova onda renovatória, afinada com a efetividade dos resultados, com a real utilidade de uma resposta jurisdicional que deve ser ágil no tempo e adequada

-
- 6 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, em seu estudo intitulado *O processo civil e sua recente reforma. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, obra coletiva, coord. TERESA ARRUDA ALVIM. WAMBIER, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 413 a 430) enfatiza a elevada significação do aspecto político que vem inspirando as reformas, donde as tendências de se substituir progressivamente a ordinariade pelo processo interdital, por meio de liminares e sentenças mandamentais ou executivas, inclusive com base em verossimilhança, anotando que estas inspirações se miram na face verdadeiramente pública, estatal, da jurisdição, que vai deixando de ser encarada como uma função neutra, essencialmente declaratória de direitos e reguladora da luta privada entre litigantes, para assumir em sua inteireza a *estatalidade*, o compromisso com a aplicação do direito ético, que se compraz inteiramente com os juízos de verossimilhança, diante da perspectiva, já consagrada pela hermenêutica contemporânea, de que nenhuma lei poderá ter sentido unívoco.
- 7 DINAMARCO, Cândido R. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21 a 23.

em substância às pretensões de direito material.⁸ “A postura da neutralidade deve ser substituída pela postura da aplicação ética do direito”.⁹ Afinal, como há muito tempo vem enfatizando Calmon de Passos, “cometemos um grave erro contra o próprio homem quando nos detemos na compreensão normativa do fato social e chamamos a esse esforço intelectual de direito, quando ele está em verdade no resultado final e fático da operação”. E é ainda o ilustre processualista da Bahia quem arremata: “Toda atividade dogmática intermediária é mero instrumento a serviço da vida e a serviço dos homens, nunca a serviço de categorias, silogismos, esquemas, conceitos. Quanto mais próximos dos homens, mais juristas somos. Quanto mais próximos da lógica, das categorias e dos conceitos, mais rábulas somos nós, se não somos menos que isso”.¹⁰

2. Tutela e tutelas

A dogmática difundiu uns modelos rígidos de ações e processos, cujos conceitos e classificações distanciavam-se o máximo possível de elementos ou valores de direito material, como se fosse possível considerar a eficiência do instrumento sem levar em conta os interesses materiais instrumentalizados.

8 “Depois de longo tempo caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo o que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência. Parece imprescindível, pois, o retorno ao interior do sistema processual, com o objetivo de rever conceitos e princípios, adequando-os à nova visão desse ramo da ciência jurídica. É preciso *revisitar* os institutos processuais, todos concebidos segundo a visão autonomista ou conceitual da ciência processual, a fim de conferir a eles nova feição, a partir das necessidades identificadas na fase instrumentalista” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14 e 15).

9 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 21 a 23.

10 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, p. 16 e 17.

Fugindo dos tecnicismos da dogmática, os processualistas reformistas passaram a difundir cada vez mais a expressão tutela, para designar os mais variados tipos ou métodos de atuação do direito nas vias jurisdicionais.¹¹

Com efeito, a expressão *tutela* apresenta-se mais afinada com a fase da *instrumentalidade do processo*, que vem temperando e atenuando progressivamente os rigores do dogmatismo, para admitir e enfatizar a importância de modelos diversificados de atuação jurisdicional, isto é, de tutelas diferenciadas, que se compeçam com a multiplicidade procedimental, ou seja, com a combinação de técnicas cognitivas, ordinárias ou sumárias, de técnicas executivas e cautelares no mesmo organismo processual, prevendo e adotando-se novas formas de contraditório e de atividade executiva pós-sentencial, com vistas a atingir o ideal de efetividade do processo no menor tempo possível, sem desprezar o princípio basilar da ampla defesa.

Sob essa nova ótica é que se fala em tutela ordinarizada e tutela diferenciada, tutela antecipatória ou tutela antecipada, em tutela cautelar ou em tutela de urgência, em tutela sumária cautelar e em tutela sumária não cautelar, em tutela injuncional e tutela monitoria, tutela da evidência e tutela da aparência, tutela de direitos e tutela de interesses etc., pois a expressão tutela é absolutamente neutra e se presta a designar às mais variadas situações do processo com o variar dos seus adjetivos ou complementos.

11 PROTO PISANI, visualizando o processo civil como a contrapartida que o Estado deve oferecer aos cidadãos diante da proibição da autotutela, sempre enfatizou que esta contrapartida deve-se traduzir na predisposição de meios diferenciados e adequados às necessidades de tutela em particulares situações de conflito (*I rapporti fra diritto sostanziale e processo, Appunti sulla giustizia civile*, p. 42); que “*non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e delle loro variegate combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio [...] perché sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio non basta, non è sufficiente, che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessario che il titolare della situazione de vantaggio violata (o di cui si minaccia da violazione) possa utilizzare un procedimento strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto*” (p. 11). BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 116.

3. Tutela antecipada e tutelas antecipadas

Com as reformas surgiram novas técnicas de antecipação da tutela. As inovações contidas nos artigos 273 e 461 provocaram, indubitavelmente, uma quebra da estrutura do Código, promovendo a relativização da ordinariedade do Processo de Conhecimento do Livro I. Permitiu-se que no curso do processo cognitivo ordinário e, conseqüentemente, em qualquer outro procedimento (artigos 271 e 272 do CPC) ocorresse a incoação de provimentos interinais, antecipando efeitos conservativos ou satisfativos dos interesses em lide, em situações diversas, *motivadas ora pelo perigo de dano irreparável, ora pelo abuso de defesa ou intuito protelatório do réu (incisos I e II do artigo 273)*.

Ora, essa diversidade de fundamento das antecipações não é apenas indicativa de que pode ocorrer antecipação de tutela em três situações distintas (perigo de dano irreparável, intuito protelatório do réu ou abuso de defesa), pois os fundamentos enunciados nos incisos I e II do art. 273 do CPC revelam, na verdade, que as antecipações têm natureza diversa, ou seja, há pelo menos três espécies de antecipações, cujos provimentos se submetem a regimes jurídicos diferentes, à luz da teoria geral do processo civil.¹²

Pode-se dizer que o novo artigo 273 é polivalente, pois além das antecipações de urgência, mediante provimentos cautelares, fundadas no *perigo de dano irreparável*, há a previsão de provimentos que definem direitos por antecipação por meio de uma técnica de presunção de certeza diante do intuito protelatório do réu. Esta a técnica da cognição sumária – não cautelar. E, finalmente, há a técnica de antecipar a própria declaração de direitos, ou seja,

12 O legislador foi hábil ao prever a relativização da ordinarização do processo de conhecimento. Ocorreu todavia uma imperfeição técnica no artigo 273, cujos parágrafos sugerem que as hipóteses dos incisos I e II, que prevêem a possibilidade de medidas interinais para antecipar efeitos relativamente aos interesses em conflito, submetem-se ao mesmo regime jurídico. Essa imperfeição de técnica legislativa não deve comprometer a genialidade das disposições, nem a sua aplicação (MUNHOZ DA CUNHA, Alcides, *in Comentários ao CPC*, vol. 11, ano 2000, Editora RT, p. 469).

de certificar direitos, antes do momento idealmente previsto para o término da cognição em dado processo, quando se está diante de uma situação de abuso de defesa. Isso porque a declaração de certeza se compadece com a ampla defesa, não se afeiçoando, porém, ao abuso de defesa.

4. Ordinarização, sumarização e cautela: a tutela dos direitos certos, presumidos e apenas aparentes (*fumus*)

Os provimentos do artigo 273 do CPC, como se disse, podem representar antecipações de diversas espécies: a) na hipótese de ser motivado o provimento por situação de perigo de dano irreparável, manifestar-se-á uma situação de tutela cautelar ou tutela de urgência, senão de tutela sumária (cautelar); b) na hipótese de ser motivado o provimento por uma situação de intuito protelatório do réu, o provimento corresponderá a uma manifestação de tutela sumária não cautelar; c) na hipótese de ser motivado o provimento por uma situação de abuso de defesa, ocorrerá manifestação de uma tutela declarativa, de cognição exauriente.

Há pois que se procurar assimilar a distinção entre estes diferentes tipos de tutela, que se submetem a regimes jurídicos diversos. É o maior grau ou menor grau de verossimilhança que se pode tecnicamente conferir a um provimento (*notio*) que irá definir a sua natureza e o seu regime jurídico.

Sabe-se que no plano fático, psicológico ou sociológico é praticamente impossível distinguir entre verdade e verossimilhança, ou seja, entre graus diferentes de certeza ou de probabilidade. Não obstante, no mundo jurídico, o direito processual dispõe de mecanismos para atribuir diferentes eficácias aos seus provimentos, que ora encerram certificação de verdade jurídica, ora presunção de verdade jurídica, ora mera verossimilhança ou *fumus boni iuris*.

5. A antecipação da tutela de cognição exauriente: certeza jurídica

O padrão de tutela é o da cognição, vocacionada a definir direitos nos casos concretos. No âmbito da cognição, o padrão é o da cognição exauriente, que possibilita a definição de direitos (*ius discere*) com certeza jurídica.

E há certeza jurídica no provimento de cognição exauriente, porque esta cognição pressupõe que o provimento é formado em procedimento cercado de garantias para propiciar o contraditório, tal como procedimento do Processo de Conhecimento, do Livro I, do CPC. Por isso, esses provimentos de cognição exauriente apresentam-se igualmente aptos a receber a eficácia da coisa julgada material, que torna imutáveis e irretratáveis os efeitos da certificação, impedindo revisão em qualquer outro processo.

Os provimentos de cognição exauriente normalmente encerram o ciclo da cognição em contraditório em dado processo. Ainda assim se poderá falar em antecipação, quando o legislador prevê uma técnica que permite acelerar a formação do provimento de cognição exauriente, em comparação ao *iter* mais longo que teria de ser seguido para a declaração de direitos, se não fosse a previsão da lei.

Nesse sentido é que se fala também em julgamento antecipado da lei, à luz do art. 330 do CPC, pois nesse caso se deve dispensar a fase instrutória (prevista para os demais casos), de modo a se antecipar desde logo a decisão, que sabidamente é de cognição exauriente.

Pois bem, quando o artigo 273, inciso II, admite produção antecipada de provimento em face de abuso de defesa, cogita também de provimento antecipado de cognição exauriente, pois o abuso de defesa é indicativo de que já houve contraditório suficiente para a declaração de direitos (ampla defesa) e que prolongar este contraditório seria incidir na situação odiosa de abuso.

O *abuso de defesa* é realmente indicativo de que se está diante de uma situação em que já se esgotou o ciclo da cognição exauriente sobre determinado objeto (pedido).

É o que pode ocorrer, *v.g.*, no curso da fase instrutória, quando se verifica que questão se tornou incontroversa, antes que se esgotasse a produção de todas as provas anteriormente admitidas.

É o que também se verifica, *v.g.*, quando, após a contestação ou no curso da instrução, verifica-se que parte do pedido ou um dos pedidos tornou-se incontroverso, o que propicia o julgamento parcial e antecipado da lide, por decisão interinal, ou seja, de uma sentença interlocutória como diria Ovídio Baptista da Silva.

O caráter de antecipação, no caso, deve ser encarado diante da possibilidade de se formar um provimento de cognição exauriente, sobre toda a lide ou parte da lide, antes do término inicialmente previsto para a fase instrutória.

6. A antecipação da tutela de cognição sumária não cautelar: a presunção de certeza jurídica

A cognição sumária de direitos, por sua vez, apresenta-se como uma variante da cognição ordinária e destina-se também a definir direitos subjetivos. Essa cognição sumária admite a produção de provimentos com subversão mais ou menos ampla do contraditório. Mas só pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas em lei, porque o padrão, no âmbito das tutelas primárias que tutelam direitos subjetivos, é o da cognição exauriente (ordinarização).

Para que possa ocorrer uma tutela de cognição sumária a regra é a da tipicidade, ou seja, da previsão legislativa autorizadora. Essa previsão há de ter como pressuposto indeclinável, como ensina Proto Pisani, uma situação que a experiência judiciária pode ter como favorável à produção do provimento antes de esgotado o ciclo normal da cognição exauriente. Os provimentos sumários, ao contrário dos provimentos de cognição exauriente, recebem apenas a eficácia da presunção de certeza do direito subjetivo tutelado. Para permitir essa presunção, o legislador prevê situações de sumarização, reportando-se a dados específi-

cos da lide, quando não se reportando a situações genéricas sobre a qualidade da prova ou sobre o comportamento do réu.¹³

Sob este enfoque percebe-se que se qualificam como provimentos sumários, não cautelares (porque estes têm por pressuposto o perigo de dano irreparável como se verá), as liminares nas ações possessórias de força nova ou nas ações de despejo, senão as liminares de busca e apreensão nas causas fundadas em contratos de alienação fiduciária. Pensa-se ainda, considerando que a técnica de sumarização pode se prender a critérios genéricos de natureza processual, na liminar antecipatória fundada no intuito protelatório do réu (art. 273, II), enquanto se entende que esse intuito se evidencia nas situações em que se constata a falta de seriedade da defesa, tal como também entende o direito processual alemão.

O motivo da existência das tutelas sumárias é o de acelerar a produção do provimento, em face da presença da situação favorável à sumarização prevista em lei. A motivação decorre do *periculum in mora* genericamente considerado, ou seja, visualizado apenas em tese, sob a perspectiva da eliminação de eventuais danos marginais se fosse observado o ciclo da cognição exauriente. Não se cogita do pressuposto ou da alegação de dano irreparável ou de difícil reparação, porque esse dano irreparável (que é uma qualificadora do *periculum in mora*) exige uma causa de pedir específica, que se reporta ao fato causador do dano irreparável e que pode surgir nas situações mais imprevisíveis. A alegação de dano irreparável importa na enunciação de uma outra lide, que

13 ANDREA PROTO PISANI indica as condições em que se pode admitir tutela de cognição sumária de direitos, anotando que se tratam de condições objetivas, que podem levar em conta o custo eventualmente desnecessário de um processo de cognição plena, o interesse em privilegiar direitos personalíssimos e ainda o interesse de evitar abuso de defesa, observando que não há margem para liberdade nessas antecipações, que encontram seus pressupostos predeterminados pela lei, de modo a não se constituir em uma variante de tutela que possa comprometer o princípio da igualdade entre as partes, não podendo constituir-se aleatoriamente, discricionariamente, em motivo de privilégio ou repressão aos direitos do autor ou do réu (*La tutela sommaria. Appunti sulla giustizia civile*, Bari: Cacucci, 1982, p. 314 a 317).

se compraz apenas com a tutela cautelar, ou que seja, tutela sumária cautelar, secundária, residual, como se verá.¹⁴

A lei, diante da imprescindível tipicidade, pode prever condições favoráveis para a produção de provimentos sumários interinais (não cautelares), que presumem a certeza do direito no caso concreto até que sobrevenha o provimento de cognição exauriente, eficaz, potencialmente definitivo no mesmo organismo processual sobre a mesma lide. São casos em que se pode dizer que, endo-processualmente, existe uma presunção de certeza relativa, porque no mesmo processo pode sobrevir o provimento de cognição exauriente eficaz, incidente sobre a mesma lide (v.g. liminares nas ações possessórias de força nova, nos embargos de terceiro, nas ações de despejo, de busca e apreensão em alienação fiduciária, enfim, em situações em que se prescinde da alegação de perigo de dano irreparável).

O *intuito protelatório do réu*, que se encontra na dicção do inciso II do art. 273, apresenta-se sem dúvida como um motivo processual, genérico, para a decisão interinal de cognição sumária, incidente sobre a mesma lide que ainda aspira, à luz do pedido imediato, ao juízo de declaração ou certificação do direito.

Por intuito protelatório do réu pode-se compreender, v.g., além de outras situações apontadas pela doutrina, a falta de seriedade da defesa, no todo ou em parte. Vale dizer, a despeito da defesa se reportar a fatos que não são totalmente incontroversos e que podem desencadear uma fase instrutória, ainda assim apresenta-se carente de credibilidade, autorizando a presunção de que o autor tem razão, antes de se consumir o ciclo da cognição exauriente.

14 “A locução *periculum in mora* não é incorreta, mas é ambígua. Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de tutela imediata, poderia sofrer um dano irreparável [...] Como anotamos amplamente em trabalhos anteriores [...] o direito medieval que nos legou o conceito de *periculum in mora* jamais o empregou como sinônimo de tutela de segurança (cautelar), mas, ao contrário, sempre o reservou para os casos de execução provisória, valendo-se do conceito de dano irreparável quando a hipótese corresponde à tutela cautelar” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, vol. 3, p. 42).

Nesse dado processual, pertinente ao intuito protelatório do réu, vislumbra-se, pois, uma carga de elementos suficientes e favoráveis à sumarização.

A satisfatividade ou antecipação fática dos efeitos do provimento que presume a existência do direito se dá na medida da presunção e deve perdurar, em face da previsão legal, até que surja o provimento cognitivo, não mais sujeito a recurso com efeito suspensivo.

Os provimentos sumários (não cautelares) definem direitos sem certificação positiva ou negativa de direitos. Por isso não podem encerrar declaração (pois não se constituem em respostas a pedidos imediatos de mera declaração ou declaração seguida de constituição ou condenação). Todavia, os provimentos de cognição sumária podem consistir em condenação sumária (constituir sumariamente título executivo judicial – *v.g.* o provimento monitório), em provimentos mandamentais ou executivos *lato sensu*.

7. A antecipação da tutela cautelar (cognição sumária cautelar): a tutela do *fumus boni iuris*

Para se entender a antecipação cautelar, antes de mais nada é preciso descartar o conceito absolutamente equivocado, insuficiente e estéril, de que a função cautelar se destina a proteger um processo ou um provimento não cautelar, cujo conceito vinhou enquanto a função cautelar, entendida como tutela de urgência, fundada no perigo de dano irreparável a interesses relevantes (*fumus*), não tinha quase aplicação, em face do caráter elitista e patrimonialista do processo civil, que se compadecia com a operacionalização de uma tutela reparatória.

Na verdade, o objeto da tutela cautelar, como já insinuava Chiovenda e como afirmaram categoricamente Ugo Rocco, Angelo Januzzi, Pontes de Miranda, Ovidio Baptista da Silva, Kazuo Watanabe, dentre outros, é o de atuar autonomamente sobre o *fumus boni iuris* em face do *periculum damnum irrepara-*

bile, pois o *fumus* é um interesse juridicamente protegido pelo ordenamento de forma autônoma.¹⁵

A tutela cautelar não se destina, pois, à definição de direitos subjetivos, primários, nem mesmo mediante cognição sumária (presunção), porque se dá fora das situações favoráveis, previstas ou tipificadas pelo legislador como suficientes para os fins da sumarização. A tutela cautelar pressupõe uma lide específica, na qual se pede (causa de pedir) tutela do *fumus*, enquanto *fumus* (não como direito presumido), em face de uma situação de perigo de dano irreparável, que freqüentemente se reporta a fatos estranhos à lide cognitiva.

Pede-se, *v.g.*, a liberação de valores que estão retidos ou em depósito, alegando que o interesse na liberação se apresenta como *fumus boni iuris* e que a necessidade da liberação se prende ao perigo de dano irreparável de não poder custear ou uma cirurgia, ou um curso superior em entidade privada, ou qualquer outro interesse vital periclitante. Não há necessária coincidência entre o *fumus* que deve ser atuado cautelarmente e o interesse periclitante que se quer preservar da lesão ou do agravamento da lesão.

A regra é a da atipicidade (poder geral de cautela ou de segurança), a despeito da experiência judiciária revelar algumas situações típicas (arresto, seqüestro, exibição). Outra característica é a da fungibilidade entre medidas conservativas ou antecipadas.

15 OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA é o autor que mais se notabilizou pela defesa intransigente que faz de um processo cautelar verdadeiramente autônomo e que não guarda nota de acessoriedade com outro processo dito principal, visto que tem por pressupostos e por objeto uma situação de perigo em que o interesse que legitima a pretensão à segurança deve estar ligado a uma relação de direito material e tem por fundamento um direito substancial de cautela, com o que a função cautelar entra, sem dificuldades, na finalidade da jurisdição, que é a da tutela de direitos (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., vol. XI, Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986, p. 79 a 81).

É ainda Ovídio quem chama crítica a posição da doutrina que se nega a rever o concatenamento para a os fundamentos da cautela: "A facilidade com que a doutrina repele a tese que sustenta a existência de um direito material à segurança, procurando sempre comprometê-la com as teorias defendidas por WACH e ALLORIO, sugere que esses dois escritores hajam amaldiçoado o tema, de modo que a simples alusão a essa suposta origem espúria de tal ponto de vista bastasse para condená-lo, definitivamente, à rejeição pura e simples" (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 64).

tórias, pois caberá ao juiz decretar as medidas adequadas à espécie, como já se insere do artigo 798 do CPC. Não se pode suprimir da cautelaridade a possibilidade de decretação de medidas satisfativas do interesse qualificado como *fumus* e até mesmo de modo irreversível, em face das situações de perigo de dano irreparável, como a emissão de passaporte para que o autor possa doar o rim a um filho que se encontra hospitalizado no exterior e que deverá ser submetido a um transplante. Além do mais, a medida cautelar, seja conservativa ou antecipatória, dar-se-á na medida da necessidade de cautela e não da presunção, pois se trata de tutela residual, subsidiária, que visa a suprimir as deficiências das tutelas normativas primárias (cognitiva, notadamente).

Além da fungibilidade, caracterizam-se os provimentos cautelares pela variabilidade, porque, inexistindo presunção de direitos, o conteúdo dos provimentos pode variar consoante variam as condições de *fumus* e de *periculum*. Um provimento conservativo, tal como a caução, pode transmudar-se em um provimento antecipatório (suspensão do contrato) na causa em que se discute sobre a validade do contrato e os perigos de danos irreparáveis que pode causar.

ESTATUTO DO IDOSO – LEI N. 10.741 — E TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS

Alexandre Pontieri*

Sumário: 1. Introdução. 2. O artigo 40 da Lei n. 10.741/03 e sua regulamentação. 3. Condições atuais dos idosos. 4. Conclusão.

1. Introdução

O Estatuto do Idoso foi publicado no Diário Oficial da União do dia 3 de outubro de 2003, com prazo de *vacatio legis* de 90 (noventa) dias, ressalvado o disposto no *caput* do artigo 36, que passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2004 (artigo 118 da Lei n. 10.741/03).

O Estatuto trouxe em seu texto consideráveis mudanças no que tange a resguardar e regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (artigo 1º). Algumas dessas mudanças dizem respeito à saúde, transportes coletivos, violência e abandono, entidades de atendimento ao idoso, lazer, cultura, esporte, trabalho, habitação etc.

* Advogado em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduação em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Questão das mais importantes e que acredito será uma das mais tormentosas é a que diz respeito ao sistema de transporte coletivo interestadual (artigo 40), recentemente regulamentado pelo Decreto n. 5.130, de 7 de julho de 2004, publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 8 de julho de 2004, página 5.

2. O artigo 40 da Lei n. 10.741/03 e sua regulamentação

O artigo 40 da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) dispõe:

"No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

"I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos;

"II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários mínimos.

"Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II".

O Decreto n. 5.130, de 7 de julho de 2004, estava sendo muito aguardado, quer pela comunidade jurídica, quer pelos idosos, que necessitavam ver regulamentado tão importante artigo de seu Estatuto.

Podemos dizer que o Decreto tem pontos positivos e outros negativos.

Visualizo como positivos os seguintes aspectos:

1 – A definição de Idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos (artigo 2º, I), já anteriormente definido no artigo 1º da Lei n. 10.741/03.

2 – A definição do que vem a ser serviço de transporte interestadual de passageiros: o que transpõe o limite do Estado, do Distrito Federal ou de Território (artigo 2º, II).

3 – Que, no ato da solicitação do "Bilhete de Viagem do Idoso", ou desconto do valor da passagem, o interessado deverá apresentar documento pessoal que faça prova de sua idade e da renda igual ou inferior a dois salários mínimos (artigo 6º).

A comprovação de renda será feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

I – Carteira de Trabalho e Previdência Social com anotações atualizadas;

II – contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador;

III – carnê de contribuição para o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;

IV – extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida pelo INSS ou outro regime de previdência social público ou privado;

V – documento ou carteira emitida pelas Secretarias Estaduais ou Municipais de Assistência Social ou congêneres.

Essa medida é muito importante, pois beneficiará, em muito, aqueles idosos que vivem em condições mais simples e muitas vezes têm parentes residindo em outros Estados da Federação.

Já o grande ponto negativo é o seguinte:

O § 2º do artigo 2º do Decreto n. 5.130, de 7 de junho de 2004, recentemente alterado pelo Decreto n. 5.155, de 7 de julho de 2004, assim dispõe:

"§ 2º – O beneficiário, para fazer uso da reserva prevista no *caput* deste artigo, deverá solicitar um único 'Bilhete de Viagem do Idoso' nos pontos de venda próprios da transportadora, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte, podendo solicitar a emissão do bilhete de viagem de retorno, respeitados os procedimentos da venda de bilhete de passagem, no que couber".

A meu ver, este artigo afronta o artigo 230 da Constituição Federal, que dispõe "Artigo 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida", além de afrontar o próprio Estatuto do Idoso.

Os idosos não foram, de maneira alguma, esquecidos pelo Constituinte Pátrio. A "velhice" ganhou especial atenção de nosso legislador, colocando como dever da família, da sociedade e do

Estado ampará-los, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O Estatuto do Idoso veio para assegurar, de forma explícita, o que a Lei Maior já lhes garantia.

Assim, ao regulamentar o artigo 40 da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso), o Decreto n. 5.130/04, alterado pelo Decreto n. 5.155/04, o Presidente da República excedeu em sua competência legislativa, pois criou, inovou, uma condição ao exercício dos idosos que não estava prevista em seu Estatuto, criando a antecedência mínima de 3 (três) horas para solicitar o referido “Bilhete de Viagem do Idoso”.

O Regulamento, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

E continua o mesmo Professor: “é que os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei. Logo, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito Alienígena como ‘Regulamentos Executivos’. Daí que, em nosso sistema, de direito, a função do regulamento é muito modesta”.

Condicionar o idoso a fazer uso da reserva do “Bilhete de Viagem do Idoso”, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte é o mesmo que colocá-lo em desvantagem, ferindo a absoluta prioridade disciplinada no artigo 3º da Lei n. 10.741/03 – “é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”.

As empresas de transportes interestaduais alegam que tal medida servirá de parâmetro para que saibam com antecedência de pelo menos 3 (três) horas se algum idoso irá ou não embarcar, para que possam comercializar as passagens em não havendo passageiros nestas condições.

Do ponto de vista das empresas, a medida até parece salutar. Agora, imaginemos a seguinte situação hipotética: um idoso, morador da cidade de São Paulo, recebe, por volta das 12 horas, um telefonema de seu filho, morador em Cuiabá, Mato Grosso, para que vá visitá-lo o mais rápido possível, pois encontra-se adoentado e precisa muito da companhia de seu pai. O pai, então sai desesperadamente em direção à rodoviária para adquirir a passagem com destino a Cuiabá. Chegando no guichê da empresa de ônibus, é informado de que o próximo carro sairá às 14 horas, só que, infelizmente, não poderá incluí-lo no benefício, pois aquele não cumpriu a antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida, mesmo que existam vagas, obrigando o idoso a comprar a passagem.

Como deve proceder o idoso nesta situação? Acredito que o idoso estará recebendo tratamento absolutamente prejudicial em relação aos demais adultos.

Mesmo que as empresas montassem toda uma estrutura, como salas de espera, por exemplo, não se estaria dando tratamento adequado aos idosos, pois, mesmo em aeroportos, o *check in* internacional é feito com 2 (duas) horas de antecedência, só que para os passageiros de forma geral, sem distinção de sexo, idade etc.

O artigo 739 do Novo Código Civil dispõe: “o transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem”.

Atualmente as empresas que descumprirem a lei estão sujeitas a multas que variam de R\$ 764,36 a R\$ 2.296,08, no caso da ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres), e de 3 (três) vezes o valor da passagem no caso da Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários). As empresas ainda estão

sujeitas às sanções administrativas (Resolução n. 653, de 27 de julho de 2004, e Resolução n. 260-Antaq, de 27 de julho de 2004).

Só que essas multas dizem respeito ao não-cumprimento por parte das empresas, deixando como está a questão das 3 (três) horas de antecedência.

Apesar de o Estatuto do Idoso ser bem claro, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros conseguiu uma liminar na 14ª Vara da Justiça Federal em Brasília, alegando ser ilegal a medida do Governo e argumentando que não há previsão de fonte para custear o benefício, trazendo desequilíbrio econômico para as empresas do setor.

A estimativa do Ministério dos Transportes é de que 11 (onze) milhões de pessoas tenham direito ao benefício.

As empresas alegam desequilíbrio econômico, mas o artigo 230, § 2º, da Constituição Federal já garante aos maiores de sessenta e cinco anos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, além do metrô, como é o caso de São Paulo, sem afetar o tão discutido lucro das empresas.

3. Condições atuais dos idosos

Em recente pesquisa realizada pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, em parceria com a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas), e apoio da Fapesp, tivemos o seguinte quadro sobre o envelhecimento na cidade de São Paulo:

- 9,3% da população de São Paulo têm 60 anos ou mais;
- a idade média é de 68 anos;
- 58,6% são mulheres;
- para cada 100 homens idosos, São Paulo tem 142 mulheres na terceira idade;
- hoje, 13% vivem sozinhos. Há cinco anos, eram apenas 6%;
- 70% não recebem ajuda de ninguém, ainda que apresentem dificuldade para fazer tarefas diárias;

- até os 15 anos de idade, 63% dos entrevistados viveram no campo por cinco anos ou mais;
- 21% são analfabetos;
- de cada 10 idosos, 8 não trabalham mais;
- 51,9% são aposentados;
- 2/3 dos idosos ganham entre 1 a 5 salários mínimos;
- 35% começaram a trabalhar antes dos 12 anos;
- 75,7% tiveram trabalho predominantemente físico;
- 40% possuem plano de saúde particular;
- 55% consideram sua saúde má ou regular;
- 86,7% necessitam tomar algum remédio;
- 71,7% compram medicamento com dinheiro próprio;
- 17% têm dificuldade para se vestir;
- 51% mal conseguem agachar-se;
- 17% mal podem caminhar uma quadra.

E também em pesquisa da Cepal – Comissão Econômica para América Latina e Caribe, ficou comprovado que ser idoso na América Latina pode ser considerado sinônimo de ser pobre. Segundo o estudo, “a velhice na América Latina se dá num contexto de muita pobreza, persistente desigualdade social e baixa cobertura da seguridade social”, com necessidade crescente de complementar a renda.

E ainda, segundo o estudo, do total de 14,5 milhões de idosos brasileiros, quase 10 (dez) milhões recebem benefícios da previdência. Outros 600 mil recebem um salário mínimo por meio da Lei Orgânica de Assistência Social (Loas), que é rapidamente consumido com a compra de seus caríssimos medicamentos.

4. Conclusão

Muito ainda poderia ser dito, mas a verdade é que ainda veremos muitas discussões e decisões dos Tribunais sobre a polêmica questão do transporte interestadual dos idosos.

Caso o Congresso Nacional entenda que o Poder Executivo exorbitou de seu poder de regulamentar ou dos limites de delega-

ção legislativa, poderá sustar tais atos normativos (artigo 49, V, da Constituição Federal), o que acho ser bem pouco provável.

Esperamos que as arestas destes Decretos sejam aparadas, possibilitando melhorias efetivas e cada vez maiores aos idosos, para que possam ter uma “velhice” digna e com respeito, conforme preceitua nossa Carta Magna.

Infelizmente, ainda estamos muito longe do padrão dos idosos de países desenvolvidos, como os americanos, ingleses, japoneses etc., que, quando atingem a atualmente chamada “melhor idade”, podem efetivamente desfrutar da vida, fazendo cruzeiros pelo mundo ou desfrutando de belos safáris com seus companheiros. No Brasil esta realidade não existe e, a depender da mentalidade da maioria dos empresários, não existirá nunca. Nossos idosos ainda são obrigados a submeterem-se a muitas humilhações e, quando passeiam de barco, é para atravessar a nossa Amazônia, salvo raras exceções.

Oxalá, lutemos pela efetivação dos direitos dos idosos, para que possam gozar com plenitude esta etapa fundamental de suas vidas, trazendo conhecimento e sabedoria para as gerações vindouras.

O FORMALISMO, A LÓGICA DO RAZOÁVEL E A TECNOLOGIA NA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Antonio Carlos Facioli Chedid*
Antonio Carlos Facioli Chedid Junior**

O eminente Cândido Rangel Dimanarco, examinando os novos padrões processuais, deu, a nosso sentir, o caminho a ser almejado por todos, quando, com sua costumeira clarividência, seguindo a conhecida observação de Albert Einstein¹, asseverou “que o tempo dirá a última palavra sobre as excelências ou mazes da inovação [...] mas quem não ousa inovar não se aperfeiçoa” (*in A Reforma do Processo Civil*, 3ª ed., p. 180). Não é mesmo verdade que a efetividade do devido processo legal ou da Justiça não se subsume apenas no direito de ação, decisão e execução, mas também na satisfação efetiva da lesão, ou seja, na posse do bem da vida pretendido, e isto somente se aperfeiçoa à realidade e aos sentimentos do homem lesado, se ocorrer com precisão e celeridade, portanto, de maneira justa, segundo a concepção social.

* *Advogado e professor de Processo Civil e Processo do Trabalho e Direito do Trabalho em Santa Catarina.*

** *Formando da Unisul – julho/2004.*

1 Nos momentos de crise, somente a imaginação supera o conhecimento.

Todos os brasileiros e, em especial, os que militam na Justiça do Trabalho, têm pleno conhecimento dos relevantes serviços públicos que este órgão judicial, dê sua criação, tem prestado à Nação brasileira, mercê da cultura nela implantada, desde os primórdios, de trabalho, presteza, dignidade e respeito ético e moral às partes, sem o servilismo comum e, ainda, às demais instituições, mas fundamentalmente pelo elevado senso jurídico e coragem ímpar de seus magistrados que nunca, temos plena convicção, claudicaram no enfrentamento de ataques interessados do poder econômico e de conjunturas políticas momentâneas, como as deflagradas maliciosamente em recentes pronunciamentos pela sua extinção e que foram repudiados com veemência por todos os homens livres e de bom-senso, sem temor e em defesa dos menos favorecidos, pois são eles (os detentores do poder econômico), agregados ao Poder Público, os réus-clientes contumazes dos processos judiciais, o mais das vezes, como conclui também a AMB e os senadores que participaram da reunião recentemente realizada na CCJ do Senado.

Serviu de modelo nas últimas décadas a Justiça do Trabalho para os demais ramos do Judiciário, em face, fundamentalmente, do instituto da conciliação, da informalidade, ou ausência de formalismo legal e institucional, dispensabilidade do advogado — aqui a nosso pensar um equívoco histórico, perdoem os doutos —, processo e procedimentos simplificados, alçada, gratuidade parcial, poderes amplos do juiz na direção do processo e na sua impulsão oficial, recurso por simples petição ou mesmo tomado a termo, execução de ofício, certeza real em detrimento da mera verdade legal, princípio da primazia da realidade, proximidade nunca vista com a coletividade, publicidade, transparência etc.

Descabe aqui, nos estritos limites desta manifestação, indagar acerca das razões que levaram este ramo do Judiciário, ou melhor, o legislador, à inércia irreverente na implementação de reformas e adequações à realidade e à modernidade desejada pela sociedade e, em especial, pelas partes que a ela acorrem e pelos advogados que exercem seu nobre e indispensável mister, talvez até porque qualquer alteração na legislação trabalhista realce o interesse das categorias profissionais, que congregam a maioria da população

ativa do País. Vale lembrar aqui a tentativa de minimizar o garantismo estatal, em confronto com o novo Código Civil (parte da população brasileira nem sequer sabe ou tomou conhecimento da existência das novas regras de conduta), enquanto a maioria desconhece o CC, de outro lado, conhece de perto a velha CLT, não só pela repercussão na mídia e pelas pressões das categorias (profissionais e econômicas), mas por sofrer a influência de suas regras, resultando oportunamente obstada pela classe operária e pelas associações. A polêmica a respeito da desregulação das relações de trabalho revolveu a Nação inteira, bastando lembrar também as manchetes jornalísticas e o pronunciamento de quase todas as autoridades, sindicatos, centrais, clero, políticos, trabalhadores, desempregados, organismos internacionais etc.

O certo é que a Justiça comum e a Federal comum sofreram profundas reformas e inovações, ora através do instrumento de atuação da jurisdição (o processo), ora pela criação de novos organismos, como o Juizado de Pequenas Causas Cíveis e Criminais, Juizados Especiais, Turmas de Recursos, Mediação e Arbitragem e Conciliadores. A par disso, reformas outras inovaram no peticionamento, na postulação, na prestação jurisdicional, na comunicação dos atos processuais (citações simples, tomada a termo da reclamação, dispensabilidade do advogado – *replay* do equívoco —, antecipação de tutela, conciliação inicial e obrigatória e outros institutos), no recurso (rejeição liminar, na forma do art. 557 do CPC, agravo de instrumento com novos efeitos e ajuizado perante os Tribunais — salvaguarda de conexão indispensável à antecipação de tutela —, autenticidade de documentos declarada por advogado, poderes aos relatores, e mais...) e em inúmeros outros institutos desde 1994, com microrreformas.

Na Justiça do Trabalho atuou com eficiência e, diga-se, visionária e soberanamente o Supremo Tribunal Federal², alargando sua competência, mediante nova e produtiva interpretação

2 Em decisão histórica que tratava de promessa de venda de imóvel aos servidores do Banco do Brasil S.A., no CJ 6.959-6 DF/1990, em Acórdão pioneiro e da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, decidiu o Tribunal que “À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feito em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho”.

da Constituição Federal, que vinha sendo rejeitada, de regra, pela própria Justiça Trabalhista, a par da competência tributária de interesse exclusivo da União Federal (contribuições previdenciárias, na forma do art. 113, parágrafo 3º), que promoveu a inclusão constitucional ante a divergência reinante na jurisprudência.

Manteve-se o *jus postulandi*, esdrúxula forma irreal de tratar os menos favorecidos e servil maneira de desigualdade baseada em graduação de valor econômico-pecuniário (Juizado Especial, Rito Sumaríssimo, Alçada etc.) ratificando-se a Lei n. 5.584/70, oriunda de conchavos políticos da ditadura militar, que, ilusoriamente, concedeu benefícios de assistência em critérios objetivos de dois salários mínimos, dando a também maliciosa conotação de que quem percebe mais do que dois salários mínimos seria “abastado”, em desrespeito à realidade vivida e sofrida e à Constituição, que fixou critério subjetivo de insuficiência de recursos para sustento próprio ou da família e concessão maior de assistência jurídica (CF, art. 5º, inciso LXXIV – Direitos e Garantias Fundamentais), atribuindo ao sindicato honorários de advogado pelo cumprimento de obrigação institucional e legal inerente às suas atribuições, pagos pelo empregador, como meio de sua submissão e conservação do peleguismo. Vige, apesar disso, a lei em apreço, embora não recepcionada pela Constituição de 1988, no particular, e ainda por manifesta incompatibilidade com as regras do novo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Suas coirmãs que sofreram, por longos anos, de uma paralisia por contaminação de uma formação quase depositada na arqueologia jurídica, abandonaram a estagnação e partiram, com a coragem de seus magistrados, embora de maneira homeopática, para uma reforma de fundo e com uma visão futurística da própria realidade moderna.

O formalismo e o conservadorismo foram alijados.

Essas colocações, fruto de longas observações, históricas, são lançadas em síntese apertadíssima e têm o fito exclusivo, por amostragem, de conectá-las às recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre as comunicações judiciais pelos meios eletrônicos e através de Protocolos Integrados, em primeiro e segundo graus de jurisdição, tendo-se presente que a interpretação isolada

e literal tende a naufragar em mar calmo e águas rasas, tônica das observações que seguem.

Algumas dessas decisões dos Tribunais Superiores, *rogata maxima venia*, e, em especial, do colendo TST têm preocupado aqueles que pretendem dar ao Judiciário impulso de modernidade, através do uso de novas tecnologias, notadamente aos meios de comunicação dos atos processuais, de envio e recepção das ações, petições e requerimentos *lato sensu* (judiciais e administrativos), daí decorrentes, assim como da publicidade efetiva e eficaz dos atos de impulsionamento e decisão do processo (despachos e sentenças). Algumas delas reduziram à ilegalidade, ilicitude, inadequação, intempestividade e/ou desconfiabilidade os atos processuais-judiciais que ultrapassaram os limites estreitos dos costumesiros, usuais, tradicionais e/ou escritos, físicos, assinados, muitas vezes com firmas reconhecidas e autenticidade chancelada em Cartório.

Esses julgados têm rejeitado os meios eletrônicos e ditos *on line* de comunicação ou peticionamento, embora usados e regrados por alguns órgãos jurisdicionais (Tribunais de segundo grau de jurisdição) atentos à realidade e ao reclamo da ciência, tecnologicamente interagindo com os destinatários da prestação jurisdicional.

Refiro-me à corrente que tem perfilhado o caminho traçado pela seguinte decisão do colendo Tribunal Superior do Trabalho:

“1. Recurso de revista interposto por *e-mail*. Inviabilidade de equiparar-se a fac-símile. A jurisprudência do TST e do STJ segue no sentido de não se admitir a interposição de recurso por *e-mail*. Tal posicionamento decorre da tese de que a mensagem de correio eletrônico não equivale ao similar do fac-símile aludido na Lei n. 9.800/99, em face da ausência de segurança na transmissão fiel de dados. Frise-se que a Presidência do 12º Regional autorizou em sua *home page* oficial a interposição de recurso via *e-mail*. Sucede, todavia, que tal permissão não encontra amparo legal, pois, como visto, a Lei n. 9.800/99 não permite a conclusão de que os meios de transmissão ora mencionados são similares. O administrador público deve nortear seus atos com base no princípio da

legalidade (CF, art. 37, II [...])” (TST/RR 660210/00.4, *in* DJU de 14-11-2003).

Nessa linha seguem outras decisões e também algumas do Superior Tribunal de Justiça, como, *v.g.*, a que ocorreu no julgamento de um agravo regimental em recurso especial que não admitiu o recurso por *e-mail*, com os seguintes fundamentos:

“O agravo regimental é intempestivo já que protocolada a peça assinada fora do prazo legal, não surtindo qualquer efeito petição sem assinatura e sem comprovação adequada de que recebida nesta Corte por *e-mail*, mediante assinatura eletrônica, ausente, ainda, regulamentação interna a respeito desta forma de protocolar recursos, não sendo suficiente a Lei n. 9.800/99, que disciplina a utilização do fac-símile, não similar ao correio eletrônico. Precedentes da Terceira Turma. 2. Agravo regimental não conhecido”(STJ-AG-AI-500044/RS, 3ª Turma, *in* DJU de 15-9-03).

É bem verdade que a Suprema Corte há mais de dez anos decidiu e manteve a posição de que, ante o princípio da reserva legal, não lhe competia regulamentar a utilização do fac-símile para a transmissão de recursos extraordinários e outras medidas judiciais, afirmando que:

“Agravo de instrumento — Petição recursal transmitida mediante fax — Ratificação deduzida após o exaurimento do prazo recursal — Intempestividade reconhecida — Reprodução fac-similar — Matéria processual — Princípio da reserva de lei — Agravo regimental não provido. A disciplina normativa da utilização do fax, quando destinado a veicular a prática de atos processuais, constitui matéria sujeita ao princípio constitucional da reserva absoluta de lei. O ordenamento positivo não confere ao Supremo Tribunal Federal poder para disciplinar, no âmbito desta Corte, por resolução administrativa, a prática de atos processuais mediante reprodução fac-similar. Não se conhece de recurso que, embora tempestivamente interposto mediante fax, só vem a ser ratificado quando já decorrido o prazo recursal. O decurso desse prazo, que não se submete ao poder de disposição das partes, opera, independentemente de declaração judicial, a extinção do direito de praticar o ato, tornando-se, em conseqüência, ineficaz a prática processual realizada mediante fac-símile. Precedentes do

Supremo Tribunal Federal” (AI – 143783 – Agr/AM – Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma , DJU de 4-9-1992 e RTJ 00143.01).

O princípio da reserva legal sustentado pelo STF teria sentido não fosse, *data venia*, a proliferação de atos regulamentares (resoluções, portarias, ordens de serviço, atos normativos, circulares etc.) emitidos pelo Executivo e Legislativo, dando eficácia e praticidade à lei, ora excelentes, ora bons, ora péssimos e o mais das vezes meramente burocratizantes e inibidores da realização eficiente dos fins do Estado. Recentemente o Executivo tornou obrigatória, através do Decreto n. 2.959, de 29-1-1999³, a remessa de correspondência exclusivamente por meios eletrônicos (*e-mail*). Os próprios Tribunais, a seu turno, considerando estarem no uso de suas atribuições legais, costumam “legislar” – e o fazem por necessidade impostergável – através de resoluções, provimentos e, mais modernamente, por precedentes normativos e/ou orientações normativas. Aliás, às vezes até criam novos institutos e os regulamentam, em sede processual, como são exemplos por excelência a rejeição de aplicabilidade da Lei n. 9.139/95, que deu nova roupagem ao agravo de instrumento (necessária e em conúbio com o então novel instituto da antecipação de tutela, aliás, meio de revisão de sua concessão liminar), ressuscitando as velhas regras do CPC, revogadas pela lei citada (em face do buraco negro decorrente da inaplicabilidade daquela lei em sede trabalhista), através da Resolução n. 52/96 e Instrução Normativa n. 6/96, com a criação de regramento processual não previsto em lei (porque revogado), sendo a hipótese diversa da Resolução n. 140 do STF, esta simplesmente esclarecedora, e ainda recentemente a penhora *on line*, batizada judicialmente (*nomen juris*) de Bacen Jud, sem qualquer previsão legal, sequer analógica, mas com eficácia inescandível (poder-se-ia aqui citar inúmeros atos de criação e regulação até mais arrojados do que o Peticionamento Eletrônico e o Protocolo Integrado, mas este não é o intuito).

3 Art. 57-A. A partir de 1º de janeiro de 2001, os documentos a que se refere este Decreto somente serão recebidos, na Casa Civil da Presidência da República, por meio eletrônico. (Artigo incluído pelo Decreto n. 3.585, de 5-9-2000) (*vide* Decreto n. 3.714, 3-1-2001).

Ora, se assim é, para atingir o desejado pela ciência processual e para, fundamentalmente, tornar o processo instrumento hábil e eficiente à entrega da prestação jurisdicional célere e efetiva, menos onerosa, nada mais coerente e pertinente do que aceitar as produções intelectuais e ousadas de modernidade, que exige rapidez e eficiência, usando do saber humano e das suas máquinas engenhosas e fantásticas, não atacadas pelos usuários do processo (as partes e o juiz natural) e que teriam realmente legitimidade para argüir qualquer prejuízo que daí fosse gerado. Eles, beneficiários dos novos métodos, que sofrem o resultado até então sem terapia, da paralisia, somente aplaudem e o utilizam como um remédio eficaz, célere, sem ônus, limpo, com registro perene, identificação quase perfeita de segurança e inevitável recepção, isento de fraude temporal, que permite o encaminhamento a qualquer hora do dia ou da noite, mas só se aperfeiçoa aos ditames legais e automaticamente, no horário de expediente forense.

O viajante do tempo pode observar a olho nu e sem esforço a grandiosidade das pesquisas e a evolução tecnológica em todas as áreas do saber e em todos os padrões sociais, com mudanças culturais e até guerras dantes inimagináveis.

As instituições, em sua maioria, desenvolveram tecnologias próprias e realizam diuturnamente esforços ingentes para se adaptar às necessidades do indivíduo e da sociedade. Qualificam seus servidores, modernizam os equipamentos e criam *software* com características estritamente públicas.

O Judiciário lastimavelmente manteve-se, o mais das vezes, eqüidistante dos fatos sociais (a imparcialidade do Juiz não o permite se imiscuir nas atividades sociais, dizem ainda alguns) e da implementação tecnológica, mercê, é evidente, da inércia secular do legislador brasileiro e pelo seu desinteresse político – do legislador — em investir onde não há retorno e dividendos econômicos e partidários.

A par disso, em oração devotada à *mea culpa*, registre-se, pouco fez o Judiciário como instituição para evitar e minimizar esses fatos, salvo agora e nos últimos anos os movimentos corajo-

sos, produzidos por homens visionários e dedicados ao conhecimento tecnológico, em reduzido âmbito (nossas homenagens à gloriosa Anamatra), que desde a Constituinte de 1988 vêm alertando para a necessidade de abertura da competência trabalhista e adequação do Judiciário às novas tecnologias, com meio também de aproximação dos destinatários de sua atividade-fim.

A formação acadêmica (altamente conservadora), a quase cega obediência aos ditames legais e o sacerdócio intocável de cumprir “as normas legais e de conduta”, previamente produzidas pela lei, indubitavelmente ajudaram em muito o temor de aceitar a mutação dos novos tempos tecnológicos, tendo-se presente que ainda existem membros do Judiciário a utilizarem o lápis, a caneta e a máquina de escrever (não há demérito nisso, mas simplesmente inadequação querida e temor injustificável às mudanças). A isso deve se pespegar a ausência de formação tecnológica dos magistrados (juízes por vocação e técnicos por formação, promotores da arte complexa e ainda não explicada com clareza, de julgar seus semelhantes), carga de trabalho inumana e a cumulação de funções para as quais nem sempre estão preparados, como a assunção aos cargos de administração das Cortes, aliás, como não o está o médico para dirigir o hospital e outros profissionais com as mesmas e derivadas incumbências.

As decisões acima reproduzidas, embora possam estar cunhadas pela legalidade estrita, merecem urgente revisão, *maxima venia*, diante da realidade e da necessidade de adequação à sistemática implementada pelas novas exigências de efetividade do processo, assim como a nova corrente que também vem sepultando o Protocolo Integrado, como se vê da seguinte ementa:

“Agravado de instrumento interposto por via postal, pelo sistema de protocolo integrado. Tempestividade. Exigência de ordem pública e ônus processual da parte. Resolução do Regional que não vincula o TST. Orientação jurisprudencial n. 320 da SDI-1. I — O fato de a lei possibilitar à parte o uso de meios alternativos para a apresentação dos recursos perante o Serviço de Cadastramento Processual (Protocolo) do órgão da Justiça do Trabalho, como na espécie, em que o recurso foi encaminhado via postal, em confor-

midade com o disposto no § 2º do artigo 525 do CPC, não lhe retira o ônus processual de interpô-los dentro do prazo legal, perante o serviço de cadastramento da Justiça do Trabalho. De fato, a lei apenas coloca à disposição dos jurisdicionados meios alternativos para facilitar a prática de atos processuais, o que não significa dizer que tenha pretendido revogar norma geral de ordem pública relativa à tempestividade dos recursos, a ser aferida pela aposição do protocolo de ingresso no Tribunal, consoante dispõe o item IV da Instrução Normativa 16 do TST. II — O sistema de protocolo integrado instituído pelo eg. Tribunal Regional não vincula o TST à sua observância, pois a eficácia da referida resolução está limitada aos recursos interpostos no âmbito da sua competência jurisdicional. (Orientação Jurisprudencial n. 320 da SDI-1) III — O agravo de instrumento interposto contra despacho denegatório de recurso de revista é destinado ao Tribunal Superior do Trabalho para a emissão do segundo juízo de admissibilidade, e, nesse contexto, constitui ônus processual da parte zelar pela sua formação, na qual se compreende a sua correta interposição, como já proclamou esta eg. Corte, no item X da Instrução Normativa n. 16 do TST, não podendo eventual equívoco ocorrido no âmbito do Tribunal Regional ser invocado em seu favor. Recurso de embargos não conhecido” (Proc. n. TST-E-AIRR-800.066/01.8, in LTR 68-01/73).

O Peticionamento Eletrônico⁴ e o Protocolo Integrado não sobrevivem à margem da lei, ousamos afirmar em divergência com as respeitabilíssimas decisões em comento. A contrário, *rogata venia*, têm suporte, a uma, na necessidade, imaginação e criatividade judicial, reclamo histórico e quase perpétuo dos operadores do direito, e, a duas, como de costume, na legislação que lhes deu apenas existência formal, não criativa, através da Lei n. 9.800/99 e dos artigos 506 e 547 do CPC.⁵

4 Instituído pelo primeiro articulista, pioneiramente, quando Presidente do TRT/SC, pelas Portarias ns. 515/98 e 457/99, juntamente com a primeira rede corporativa de computadores que integrou judicial e administrativamente as 44 Varas do Estado, com economia de tempo e verbas públicas, e que serviu de exemplo aos Tribunais que aderiram sem reservas ao então novel sistema de comunicação interna e externa.

5 Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no artigo 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: [...]

O Protocolo Integrado nasceu de regulamentação antiga das Cortes Regionais e o Peticionamento Eletrônico foi sonhado na década de 80 e seu embrião foi gerado em 1986, concretizando-se em 1998, conforme a seguir relataremos.

Antes de discorrer um pouco e *en passant* sobre a história moderna das comunicações eletrônicas no Judiciário e o uso do computador, denominado de “audiência informatizada”⁶, cumpre lembrar que o legislador brasileiro navega ao sabor dos ventos e em mares de cada momento e não possui, com o máximo respeito, uma bússola aferida para a realidade social, derivando quase sempre seu norte magnético, assim como o Poder Executivo *surfa* com certa displicência na seara judiciária, com os olhos voltados para o interesse econômico do Governo de cada conjuntura e na busca da arca inexistente (*black box*).

Eis as premissas das conclusões.

Exemplo, pinçado ao léu, desses fatos é o veto proferido pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao Projeto de Lei n. 49/95, que acrescia ao art. 791 da CLT alguns dispositivos, cumprindo os preceitos constitucionais citados (arts. 133, 134 e 5º, inciso LV), mantendo o *jus postulandi*, mas adotando o princípio da sucumbência de forma parcial.

Os fundamentos do veto, a nosso sentir, com correção e argúcia, decorreram da forma parcimoniosa do projeto e por não atender ou disciplinar seu efeito intertemporal, com ausência de definição sobre o beneficiário dos honorários, e fundamentalmente por ofensa ao princípio da isonomia ao deferir a verba exclusivamente ao empregado, de regra autor da demanda, em discriminação inaceitável e ferindo também a lisura processual.

Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no artigo 524.

Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição.

6 O primeiro articulista a realizou pioneiramente na Vara de Lages/SC, onde foi Juiz titular por 20 anos.

A unilateralidade do Projeto de Lei n. 49/95 é a demonstração de que as pressões políticas quase sempre falam mais alto, na medida em que o projeto previa apenas uma mão de direção, naturalmente em rumo ao norte da corporação que tinha interesse.

Por meio da Lei n. 10.358 de dezembro de 2001, tentou o legislador, acolhendo sugestão nascida no âmbito judiciário, dar uma certidão de nascimento a instituto genuinamente brasileiro, criado pioneiramente pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina e que vem sendo utilizado diariamente e com sucesso pleno e aplausos de todos (mais de 20.000 petições), introduzindo no artigo 154 do CPC um parágrafo único, com o intuito de obrigar agora que o experimento fosse adotado pelo Judiciário brasileiro como um todo, nos seguintes termos:

“Artigo 154, parágrafo único, da Lei n. 5.869/73, alterado pelo art. 1º do projeto:

“Art. 154 [...]

“Parágrafo único. Atendidos os requisitos de segurança e autenticidade, poderão os tribunais disciplinar, no âmbito da sua jurisdição, a prática de atos processuais e sua comunicação às partes, mediante a utilização de meios eletrônicos” (NR).

O texto legal sofreu veemente veto da Presidência da República, a cujos fundamentos não registro maior crítica porque totalmente desnecessária, valendo apenas e para tanto despender alguns segundos em sua leitura. Ei-lo:

“A superveniente edição da Medida Provisória n. 2.200, de 2001, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira — ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras, que, aliás, já está em funcionamento, conduz à inconveniência da adoção da medida projetada, que deve ser tratada de forma uniforme em prol da segurança jurídica.” *Veto Lei n. 10.358 de dezembro/01.*

O veto só tem sentido de discurso do poder e de arrecadação do Estado, pois sem qualquer pertinência, *venia concessa*, com a comunicação dos atos processuais, que pode até, no seu tanto,

usar de alguns institutos da ICP-Brasil, mas nunca lhe deferir, isto sim, as “chaves” do Judiciário, como pretendia o emissor do veto.

Veja-se a perfeita contradição do veto, quando diz que somente a ICP-Brasil poderia fazê-lo, quando o projeto declarava que os Tribunais deveriam usar os “critérios de segurança e autenticidade” (assinatura eletrônica e chaves públicas, certificação digital, que seriam ofertadas exclusivamente pela ICP-Brasil, cartório virtual e economicamente viável, à evidência).

Com efeito, parece que realmente é prudente e conveniente repensar aquelas decisões, até porque se chegarmos à perigosa conclusão de que se deve aguardar a iniciativa do legislador e do Executivo para solver os impasses, realmente não andarão o Judiciário a passos compatíveis com a necessidade social, conforme retratam os casos pinçados por amostragem e acima citados, de projetos e vetos.

É bem verdade que através de uma interpretação literal e sem muita atenção aos princípios teleológicos, de praticidade e logicidade, poder-se-ia, de pronto, sentenciar em definitivo a certeza incontestada das decisões ora em comento, de vez que o veto ao parágrafo único do art. 154 do CPC demonstrara a marginalização das regras (portarias, provimentos, atos normativos etc.) e atos de transmissão de dados e comunicações eletrônicas no Judiciário.

Contudo, não se apresenta, a nosso sentir, a melhor e mais prudente solução com vistas à modernidade e ao espírito criativo das Cortes e de suas equipes técnicas, cabendo, aqui, de passagem, lembrar a afirmação sempre atual de Picasso quando disse que “[...] é tão complicado fazer algo novo que ele provavelmente sairá feio. Mas os que o fizerem depois de você não terão de preocupar-se com a invenção, e assim poderão tornar a coisa bonita, para que todos a admirem e gostem dela”.

E é por isso mesmo que a interpretação compatível com a atual conjuntura socioeconômica e de modernidade tecnológica, com os olhos para um futuro inovador e promissor, deve ter presente os fatos vividos e sofridos, mas na busca de caminhos, procedimentos, meios e formas que tornem o processo, com instrumento único de atuação da jurisdição, realmente eficaz à indispensável efetividade da Justiça, que somente alcançará a justa

solução dos conflitos tentando ser onipresente e oniforme, sem ser, por evidente, feérica. Eis aí o desafio obviamente vencível.

As divergências judiciárias, assim, e diante da necessária e costumeira repetição dos casos a serem apreciados, não têm encontrado o norte compatível com sua trajetória e finalidade. Nessa linha vale lembrar que, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão acima mencionado, exige regulamentação pelo Tribunal, não sendo suficiente a Lei n. 9.800/99, o Tribunal Superior do Trabalho declara em sua decisão, citando o STJ, que a regulamentação produzida pelo Tribunal Regional não tem o condão de validar ou convalidar o meio de comunicação processual, embora o diga com clareza o legislador ao alterar a redação do artigo 547, parágrafo único, delegando aos Tribunais a permissão de instituir o Protocolo Integrado, com recebimento dos recursos em primeiro grau de jurisdição e, ainda, permitindo, no artigo 506 do mesmo CPC, que a norma de organização judiciária disponha de forma diferente no que concerne ao recebimento protocolar dos recursos em geral. Vale dizer: os atos ou resoluções a respeito do Protocolo Integrado, em verdade, têm suporte nos dispositivos que, em síntese, consolidaram tardiamente sua existência agora legal. Com efeito, parece não subsistir a decretação de marginalização do ato judicializado, assim como parece ser inescandível que o artigo 1º da Lei n. 9.800/99⁷ visou adequar à realidade os meios de comunicação processual, notadamente quando, após se referir ao uso do quase jurássico e antieconômico fac-símile, sem perenidade de reprodução, declarou expressa e com inteligência visionária aqui (ainda bem) a permissão de utilização de outro meio “[...] similar para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”. Institui, a nosso sentir, à saciedade, a autorização para utilização de outro meio similar de transmissão de dados e imagens que é o eletrônico, através da internet, denominado de *e-mail* ou mesmo através do *scan*, donde resta concluir que os atos dos Tribunais se coadunam não só com a modernidade, celeridade, mas também com o desejo e a chancela da lei posta, cuja praticidade res-

7 Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.

ponde a qualquer outra indagação formal, de vez que não gera e não gerou qualquer prejuízo às partes e ao próprio Judiciário. Ao contrário.

Outra interpretação poderia levar à conclusão de que o legislador da Lei n. 9.800/99 deveria, então, apenas e tão-somente, ter alongado todos os prazos processuais em mais 5 dias, o que seria mais eficiente e econômico, além de lógico e útil, de sorte que o encaminhamento indispensável do original da petição por fac-símile, que não tem validade sem a remessa, redundaria em verdadeira ilogicidade, aliás, confessamos, que seria até mais adequado, não fosse a permissão de utilização de um sistema similar, pois sem sentido a obrigatoriedade. É que no procedimento similar – de que trata a lei — instituído pelo TRT catarinense (Peticionamento Eletrônico, com credenciamento do advogado, utilização de *login* e senha, protocolo digital e recebido eletrônico de protocolização, com 20.000 petições já recebidas) resta desnecessária a remessa do original, pois existe perfeita identificação do peticionário, mais segura até, e sem exagero da defesa da posição, do que as falíveis assinaturas manuscritas (o mais das vezes ininteligíveis e rabiscadas), que, sabidamente, são reproduzidas com razoável habilidade para salvaguardar situações emergenciais, por outrem.

Consciente e ciente dessa irrefutável realidade, o Ministro Carlos Velloso, quando Presidente do STF, instituiu o Infojus junto à Suprema Corte, nele agregando magistrados e servidores, para troca de experiências na área da informação e na tentativa de divulgar as inovações para que todos os Tribunais pudessem delas usufruir sem quaisquer ônus, cuja Comissão após sua gestão jamais foi convocada, embora tenha lá deixado relevante contribuição.

Criamos em Santa Catarina o Tecnojus⁸, grupo de estudos formado, primeiramente, por magistrados e servidores estaduais e federais, de todas as Justiças, com o escopo de, em ajuda recíproca na área de tecnologia e *software*, sem ônus para os Tribu-

8 Grupo de Integração Tecnológica do Poder Judiciário de Santa Catarina, fundado antes do Infojus e na sede do Tribunal Regional da 12ª Região em julho de 2001 e integrado pelos fundadores Antonio Carlos Facioli Chedid, Odson Cardoso Filho, Otavio Roberto Pamplona, Sergio Eduardo Cardoso, Emanuel Amaral e Silva, Silvio Dagoberto Orsatto, Gilmar Cavalheri, Roberto Ramos Alvim, magistrados, e Carlos Rogério Camargo (TRE), Luiz Henrique Soares (TRT), Cassiano Reis (TJSC) e Chrystina Maria Pelizier (TRF 4), servidores.

nais, trocar suas experiências e desenvolver, em conjunto, novas tecnologias, servindo, assim, de apoio aos órgãos jurisdicionais do Estado.

Ao grupo foram agregadas várias instituições, como o Ministério Público (Federal e Estadual), as Polícias Estaduais e Federais, a Militar, a Secretaria de Segurança e outras instituições.

Nessa quadra (da audiência informatizada ao peticionamento eletrônico) tudo parece ter iniciado na então Junta de Conciliação e Julgamento de Lages⁹, que às expensas do juiz titular, a exemplo do que ocorreu no antigo Estado da Guanabara no início do século passado¹⁰, introduziu pioneiramente (apenas registro da realidade) o computador como instrumento para realização das audiências judiciais, merecendo de pronto ataque veemente de dois causídicos (ameaças de mandado de segurança e correição parcial) porque a “máquina” não era confiável e o armazenamento dos dados poderia ser violado, entre outros argumentos.

Seis meses após, diante de uma pane da “máquina” (computador *Solution*, primeiro portátil nacional, ao que consta) os mesmos procuradores inquiriram o Juízo sobre a demora e inadequada utilização da vetusta máquina de escrever, colocando a OAB local à disposição do Juízo para levar o computador até Curitiba para conserto.

Essa inovação mereceu à época notícia nacional e manchete em vários jornais, diante da manifestação do eminente Amauri Mascaro Nascimento, que fez referência ao evento como “Justiça do primeiro mundo”, quando lá esteve e participou das audiências. Outros magistrados de primeiro grau adotaram o sistema desenvolvido em Lages, que continha, apenas e tão-somente, os então impressos (atas de audiências, conciliações já redigidas, despachos de nomeação de peritos, adiamentos, mandados etc.) agora

9 O primeiro articulista introduziu o computador pioneiramente na atividade jurisdicional em 1986.

10 Um juiz carioca adquiriu na França uma máquina de escrever e passou a utilizá-la, com dificuldade, para datilografar suas sentenças. Conta-se que o Tribunal da antiga Capital do Brasil, em decisão pioneira, anulou a pioneira decisão grafada mecanicamente, porque era impossível conferir sua autenticidade e havia o juiz perdido ali sua personalidade ao deixar de lado a pena.

arquivados no sistema, em forma de macros e que eram utilizados por simples toque no teclado, hoje comum em todos os recantos do País. Adotou o Juízo ainda a dispensa de assinatura da ata pelas partes e pelos procuradores, o que dispensava, assim, a impressão da ata, com economia de tempo e de papel, permitindo a realização de mais de 25 audiências diárias (as assinaturas eram colhidas durante a audiência em livro próprio). O sistema de audiências informatizadas foi fornecido para outros Tribunais que, com aplauso, passaram a utilizá-lo e ainda promoveram seminários e encontros regionais sobre o programa desenvolvido na então JCJ de Lages.

Em 1998 o TRT de Santa Catarina¹¹ também pioneiramente colocou seus julgados no mundo sem fronteiras, religião, cor, raça, sexo e propriedade, da Internet, mesmo antes de serem publicados no Diário da Justiça, permitindo, assim, que o desejo legal realmente a todos atingisse, que é de conhecimento dos atos judiciais comuns simultaneamente às partes e a seus patronos (os advogados do interior do Estado tinham conhecimento das decisões no mesmo dia que os moradores da Capital, onde o DJ circula no mesmo dia). Introduziu também nova sistemática nas salas de audiências, com disponibilização das atas *on line* e em tempo real e acompanhamento através de vídeos individuais ao Juiz, secretária de audiências e patronos das partes. Novo impacto e novas rejeições momentâneas.

Produziu ainda aquela Corte pioneiramente a primeira rede corporativa do Judiciário, unindo todas as Varas do Estado. Instituiu a comunicação administrativa interna exclusivamente por *e-mail* (Portaria n. 515/98), com economia de papel, de postagem e de telefone até então inimaginável. Autorizou a deprecação pela via eletrônica entre as Varas, com cumprimento de cartas precatórias, no mesmo dia, para exemplificar. Gerou imagem e som, com gravação das sessões do Tribunal. Instituiu o Peticionamento Eletrônico (Portaria n. 457/98), permitindo aos advogados encaminhar suas petições, inclusive inicial, pela via eletrônica (*e-mail*), com mero credenciamento *on line* e adoção de senha, cujo

11 O primeiro articulista presidiu o TRT no biênio 1998/2000.

sucesso vem abonado pelo número de advogados credenciados e pelo número de petições ajuizadas com pleno sucesso e segurança, procedimento adotado por outros Tribunais Regionais do Trabalho e Federais. Desenvolveu, com pessoal próprio e técnicos de altíssima capacidade e ainda vem criando desde então inúmeras inovações, utilizando as tecnologias disponíveis no mundo da telemática e da informática.

Os atos da então Presidência e da Corregedoria foram referendados pela Corte e aplaudidos pelos advogados e jurisdicionados, tendo merecido inclusive exposição em congressos e a produção de mais de trinta palestras no País e no exterior, demonstrando que os destinatários da atividade-fim querem e desejam as inovações.

Atualmente, em visão que tem merecido de todos os maiores encômios, adotou o TRT catarinense o *E-Jus*¹², sob a direção firme e incansável da Presidente Ligia Maria Gouvea Teixeira, que sepultou o obsoleto trabalho de conduzir os votos impressos para as sessões, colocando em rede o julgamento, que pode ser acompanhado por todos, entre outros eventos de modernidade, como o Protocolo Expresso, seguindo a trilha dos egrégios Tribunais da 4^a e da 23^a Região e mesmo o Peticionamento Eletrônico adotado por muitos Tribunais (TRTs da 2^a, 6^a, 8^a, 15^a, 16^a e 23^a e TRFs 1^a, 3^a e 4^a¹³).

Por derradeiro e na mesma linha de rogar uma revisão nos posicionamentos acima apontados e que vêm rejeitando o uso do Peticionamento Eletrônico e do Protocolo Integrado, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça tem balizado nova visão das informações *on line* e dos *sites* dos Tribunais, ao assim decidir com acerto e arrojo digno de registro e a demonstrar que não há necessidade de lei para declarar oficial a informação gerada pelo Judiciário:

“A recorrente, citada para a execução, aguardava a juntada do mandado aos autos, valendo-se das informações processuais prestadas via Internet pela Justiça. Ocorre que o mandado foi jun-

12 Instituído pioneiramente pelo TRT da 4^a Região, que obteve inclusive premiação internacional.

13 Com intimação pela via eletrônica – *e-mail* – ver www.trf4.gov.br

tado e a secretaria não lançou tal informação no sistema, levando a recorrente a perder o prazo para embargos. A Turma entendeu que as informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança. O eventual erro nela contido é evento imprevisto, alheio à vontade da parte, a justificar a justa causa, permitindo ao juiz a restituição do prazo para a prática do ato (§§ 1º e 2º do art. 183 do CPC). Precedente citado: REsp n. 49.456-DF, DJ 2-10-1995” (REsp n. 390.561/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 18-6-2002).

“Recurso especial. Divergência. Precedente do STJ. Diário da Justiça. *Site* na internet. Indicado como paradigma acórdão do próprio STJ, com referência ao Diário da Justiça da União, órgão de publicação oficial, e com a reprodução do inteiro teor divulgado na página que o STJ mantém na Internet, tem-se por formalmente satisfeita a exigência de indicação da fonte do acórdão que serve para caracterizar o dissídio” (REsp n. 327.687/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 15-4-2002, p. 225).

E interessante ainda observar que na decisão a seguir o Superior Tribunal de Justiça usou para julgar a informação constante de seu *site*, dando-lhe assim e indubitavelmente caráter de oficialidade, em que pese a resistência neste sentido (anote-se que a decisão do TST acima transcrita e que desconsiderou o Peticionamento Eletrônico considera também oficial a *home page* do TRT da 12º Região), *in verbis*:

“Processual penal — Tentativa de homicídio — Prisão em flagrante — Excesso de prazo na formação da culpa — Processo na fase do art. 499 do Código de Processo Penal — Súmula 52 desta Corte. — Consoante informações disponibilizadas pela internet, o processo se encontra na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Dessa forma, considera-se encerrada a instrução criminal, não ocorrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo, nos termos do verbete da Súmula 52 desta Corte. — Ordem denegada” (RHC n. 14530/SE–RO 2003/0093422-0, rel. Jorge Scartezzini, DJU 1º-12-2003).

Essas decisões, de outro lado, demonstram o exagero das assertivas lançadas contra o Judiciário brasileiro pela revista *The*

*Economist*¹⁴, ao mesmo tempo que sinalizam para a necessidade de oficialização, por ato interno, à evidência, das *home pages* dos Tribunais (ao depois a lei, como de costume, as chancelará), cuja segurança e autenticidade podem facilmente ser exigidas mediante o indicativo do local, endereço eletrônico e/ou localização no *site*, *link* etc. de onde forem extraídas as informações, que assim servirão para todos os fins de direito (inclusive Recursos Especiais e de Revista) e que podem ser conferidas (conteúdo e autenticidade) e a qualquer momento por todos, como uma vitrina exposta sem medo e timidez, vista, visitada e apreciada com utilidade, celeridade e econômica, sem distinção ou discriminação, a não ser a de não ter acesso ao maravilhoso mundo da informação célere, precisa, desinteressada, livre e acessível a baixo custo e *full time*.

Não poderíamos encerrar sem lembrar também, embora rapidamente, a evolução excelente, mas tímida, de permitir ao advogado declarar a autenticidade dos documentos por ele exibidos no processo, na forma do artigo 544, segunda parte, do CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, cuja regra foi ampliada, por analogia, pela Instrução Normativa n. 16 do TST, mas que comporta uma dilação mais compatível com a realidade do processo e da vida moderna, o que esperamos para breve.

Não encontramos justificativa para que a autenticidade tenha lugar apenas no agravo de instrumento e não a tenha, por exemplo, nas ações cautelares, de regra apensadas ao processo dito originário, como, por exemplo, na medida cautelar incidental da ação rescisória, quando o procurador tem o dever de autenticar todos os documentos da cautelar que são, o mais das vezes, nada

14 Recentemente, nota divulgada no Diário Catarinense retrata a visão da revista *The Economist*, definindo o Judiciário no Brasil — com o exagero peculiar de quem prefere apenas ver o lado negativo — como disfuncional e uma instituição jurássica (apesar do exemplo dado pela Justiça Eleitoral ao mundo com as urnas eletrônicas). Diz a revista ainda que entre outros motivos estão o de ser integrada por Juízes que “parecem antiquados, inalcançáveis, impassíveis, enredados em procedimentos inúteis”(29-3-2004).

Brazil's judiciary is dysfunctional: agonisingly slow, beset with frivolous cases designed to evade justice and enmeshed in useless procedure. The 16,900 judges seem old-fashioned, out of touch and unaccountable to the citizens they serve. (How to reform Brazil's justice system)

menos do que os constantes da ação rescisória da qual é dependente e está apensado (CPC, art. 809). Em paralelo estreito, cabe questionar as razões sociológicas e legais da validade das declarações de outros profissionais (médicos, dentistas, engenheiros, peritos etc.) e da desconfiança legal das declarações do profissional do direito.

Também cumpre rever o rigor de exigir que o patrono passe a produzir autenticação individualizada no processo, quase que cartorária e com chancela de todas as peças, como o fez o seguinte julgado:

“Autenticação de peças pelo próprio advogado. Ineficácia de declaração de autenticidade na petição do recurso. Necessidade de autenticação peça a peça. A interpretação da disciplina contida no item IX da Instrução Normativa n. 16 não pode ocorrer, considerando apenas frases separadas do contexto.

“As peças realmente poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade; mas, uma a uma, e não por declaração geral, que não tem a força necessária para vincular a responsabilidade do advogado, por cada peça apresentada no seu recurso. Agravo a que se nega provimento” (TST-A-AIRR-186/2000-851-04-40-6 – 5ª Turma, *in* DJU de 6-2-2004).

Projetamos à época o processo digital¹⁵, que irreversivelmente será implantado por alguém e a qualquer momento, mesmo porque tem motivado longos debates e experiências no âmbito acadêmico, com teses de mestrado e doutorado, valendo citar o hábil e inteligente trabalho desenvolvido pelo Juiz Federal em Santa Catarina Sergio Cardoso, que adotado importaria em praticidade, economia e celeridade inimaginável.

Na linha de municiar o Judiciário de novas tecnologias, merece destaque a Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais e permitiu, aliás, incentivou, o julgamento pelas Turmas de Recursos através da comunicação eletrônica, vale dizer, virtualmente¹⁶, assim como as intimações por *e-mail*.

15 O projeto é simples e o processo seria armazenado em sistema eletrônico e poderia ser portado pelas partes através de mídias eletrônicas, carregáveis na secretaria das Varas e Tribunais.

16 Art. 14 — § 3º A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas será feita pela via eletrônica.

Contudo, sem o desejo dos magistrados e a vontade política institucional dos Tribunais, restará frustrado o ideário dos operadores do direito.

A confiança permanente nas administrações que se renovam é o alento da esperança de verdadeiras melhorias na atividade jurisdicional, produzidas internamente, e, em especial, na prestação jurisdicional, fim último da instituição, razão por que, agora, este alento se fortalece na pessoa dos Ministros Vantuil Abdala, Ronaldo José Lopes Leal e Rider Nogueira de Brito, cuja experiência funcional vem atestada pelo trabalho ingente realizado ao longo da carreira e a dedicação digna de registro à causa que abraçaram por vocação. Temos absoluta convicção de que o futuro presidente da Corte promoverá o reconhecimento e oficialização de todos os atos produzidos eletronicamente e, em especial, da *home page* do TST, que deverá sofrer profunda modificação e acompanhamento dos exemplos fornecidos por outros Tribunais e cujas informações jurídicas têm servido diuturnamente aos operadores do direito, hoje, como mera referência e amanhã, como indicativo de fonte e autenticidade.

Na mesma ótica acima declinada, de avanço e modernidade na interpretação das regras legais, novamente nos surpreende o Supremo Tribunal Federal, através de seu eminente Presidente, atendendo deliberação do Pleno da Corte (Processo Administrativo n. 285.293), ao instituir, através da Resolução n. 287/2004¹⁷, o egrégio SFT, usando as normas da Lei n. 9.800/99 e declarando, portanto, compatível o Peticionamento Eletrônico com o escopo da lei, na forma que sustentamos desde sua edição, notadamente através das Portarias n. 515/98 e 457/99.

17 Resolução n. 287, de 14 de abril de 2004. Institui o e-STF, sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, no uso das atribuições que lhe confere o art. 13, XVII, combinado com o art. 363, I, do Regimento Interno, e tendo em vista o decidido na Sessão Administrativa do dia 25 de março de 2004, Processo Administrativo n. 285.293, assim como o disposto na Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999, Resolve: Art. 1º Fica instituído no âmbito do Supremo Tribunal Federal o e-STF, sistema de transmissão de dados e imagens, tipo correio eletrônico, para a prática de atos processuais, nos termos e condições previstos na Lei n. 9.800, de 26 de maio de 1999 (DJU de 16-4-2004).

As eventuais críticas aqui desalinhadamente anotadas têm apenas o escopo de incentivar o debate indispensável e a possível revisão do pensamento jurídico-jurisprudencial, municiar a vontade política institucional dos Tribunais e registrar alguns fatos hoje históricos vividos no Judiciário Trabalhista, rogando sua adequação às necessidades tecnológicas exigidas pelos novos e céleres meios de comunicação e utilizados pelos Tribunais inferiores, com o escopo único de acertadamente consertar alguns desvios ou atrasos formais dos procedimentos processuais.

DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL OBJETIVA NA EXECUÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS*

Claudia Gueiros de Freitas Azevedo Maia**

Sumário: Introdução. 1. Da prestação jurisdicional. 1.1. Dicotomia dos processos de conhecimento e execução. 1.2. Crise do processo civil clássico. 1.3. Reformas do Código de Processo Civil. 1.3.1. Antecipação de tutela na execução. 1.3.2. Execução provisória. 2. Do procedimento especial. 2.1. Do Juizado de Execuções. 3. Da responsabilidade processual objetiva. 3.1. Casuística na prestação executiva especial. 3.1.1. Execução *ex officio* como etapa do processo de conhecimento. 3.1.2. Tutela antecipada na execução. 3.1.3. Arresto e citação editalícia. 3.1.4. Negativação do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. 4. Considerações finais. Bibliografia.

* *Síntese da monografia apresentada na conclusão do curso de Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, tendo como orientador o Professor e Juiz de Direito de Pernambuco, Dr. Ricardo de Oliveira Paes Barreto, aprovada pela Banca Examinadora, por unanimidade, com a nota 10,0.*

** *Jornalista e Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.*

Introdução

A preocupação com a efetividade processual está inserida entre os mais discutidos temas da atualidade. Seus efeitos recaem, conseqüentemente, sobre a atividade executiva, quando se revela incompleta a pacificação do conflito de interesses entre as partes.

Doutrinadores defendem que a proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser célere e eficaz, através da aplicação de novos institutos como a tutela antecipada também na execução, para realizar, com rapidez e eficácia, a entrega dos bens reconhecidos pelas decisões judiciais.

Essa preocupação está perfeitamente refletida no rito comum, mas pouco falou-se em termos de efetividade no procedimento sumaríssimo. Criados justamente para ampliar o acesso do cidadão à Justiça, os juizados especiais têm sido duramente criticados pela baixa efetividade da sua atividade executiva.

O objetivo do presente trabalho é apresentar o cenário atual da função executiva na justiça comum, e sua aplicação nos juizados especiais, proporcionando uma visão global das ações desenvolvidas para efetivar o procedimento executivo.

1. Da prestação jurisdicional

A missão do processo — como instrumento de efetividade dos direitos e de pacificação social — não se limita à defesa de qualquer direito subjetivo, mas principalmente em assegurar a missão estatal de manter o império da lei, e garantir às partes uma justa e tempestiva composição dos litígios.

Na medida em que o exercício da jurisdição visa a apaziguar os conflitos que surgem pela limitação dos bens da vida, torna-se imprescindível que o titular do direito possa contar com instrumentos e mecanismos de provocação e atuação efetiva das garantias jurídicas, que devem apoiar-se no direito processual.

O professor Luiz Guilherme Marinoni observa que “se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos”.¹

Não basta mais ao Estado garantir uma tutela jurisdicional; é preciso que ela realmente atue em todos os campos. Relembrando Mauro Cappelletti, a duração excessiva do processo é fonte de injustiça social, porque “o grau de resistência do pobre é menor que o grau de resistência do rico; esse último, e não o primeiro, pode normalmente esperar sem dano grave uma justiça lenta”.²

1.1. Dicotomia dos processos de conhecimento e execução

O interessado na solução de um conflito pretende a realização de seu direito, negado pelo adversário, e só dispõe de um remédio legal para efetivá-lo: através da jurisdição. Kelsen sustentava que, “se à sentença não segue a atuação do comando nela contido, o conflito persistirá e a lide permanecerá insolúvel”.³

No Brasil, como em vários sistemas processuais, existem dois tipos distintos de atividade jurisdicional: a cognitiva (ou de conhecimento) e a executória (ou executiva). A primeira é prevalentemente intelectual: o juiz investiga fatos ocorridos anteriormente e define qual a norma que está incidindo no caso concreto. A segunda é prevalentemente material: busca-se um resultado prático, fisicamente concreto, como a retirada de um bem do patrimônio do devedor e sua entrega ao credor.

Uma corrente de doutrinadores, inspirados no Direito Romano, defende a autonomia dos dois processos e a necessi-

- 1 MARINONI, L.G. *Antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: RT, 1999, p. 108.
- 2 CAPPELLETTI, M., *apud* MARINONI, L.G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 1999, p. 204.
- 3 KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.10.

dade de serem separados e independentes. A corrente contrária argumenta que nada impede que as duas atividades sejam desenvolvidas em uma mesma relação processual.

A tendência atual, por todos aceita, é no sentido da completa e indispensável integração das atividades cognitiva e executiva, consideradas apenas fases de uma mesma demanda, pois a execução destina-se a tornar efetiva a regra jurídica estabelecida na sentença.

A permanência da ação condenatória e da ação de execução em atividades separadas restringe-se hoje às execuções genéricas, em que se busca a obtenção de dinheiro (nas obrigações de pagar), e às execuções de títulos extrajudiciais.

Nas execuções específicas, que visam a obter bem jurídico diferente de quantia em dinheiro, como nas execuções de obrigações de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa, esta autonomia já foi mitigada pelo legislador reformador, com as novas redações do artigo 461 e 461-A do CPC.

1.2. Crise do processo civil clássico

Em toda parte, há um clamor contra a ineficiência dos mecanismos jurídicos. Juristas como Roberto Rosas defendem que “se o Estado não admite a justiça pelas próprias mãos, a não ser em casos extremos como a legítima defesa, cabe-lhe o encargo institucional de propiciar aos indivíduos os meios jurídicos de defesa”.⁴

A crítica que se faz aos tradicionais ordenamentos de processo é que estes se apresentam muito rígidos, quase sempre onerosos para as partes. O processo civil, em nosso tempo, reclama flexibilidade e concentração, com a supressão de trâmites desnecessários, para possibilitar uma justiça mais rápida e eficaz.

Como bem leciona Ovidio Baptista, o grave descompasso entre as exigências da efetividade dos direitos, reclamados com tanta veemência, e o conflito entre as exigências de segurança e

4 ROSAS, R. *Direito processual constitucional*. São Paulo: RT, 1983, p. 4.

eficiência para os direitos submetidos ao Poder Judiciário desafiam o talento e a criatividade dos juristas.⁵

No curso do processo executivo, porém, o órgão jurisdicional poderá deparar-se com situações de conflito de valores: de um lado, a preocupação em não se impor sacrifícios excessivos ao devedor (princípio do menor sacrifício do executado); e, de outro, a exigência de que se satisfaça, de maneira rápida e completa, o direito do credor (princípio da efetividade).

Diante de situação na qual se oponham dois princípios igualmente relevantes, caberá ao magistrado balancear os fatores concretamente envolvidos. Aquele que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades (princípio da proporcionalidade).⁶

1.3. Reformas do Código de Processo Civil

As duas grandes reformas feitas ao nosso Código de Processo Civil, ocorridas primeiramente nos anos 1994-1995 e agora nos anos de 2001-2002, tiveram por objetivo central a oferta de uma tutela jurisdicional que efetivamente tutelasse as pessoas, cuidando de remover ou mitigar os óbices que se opunham à celeridade da produção do resultado desejado pela parte e à efetividade do acesso à justiça.

Segundo Cândido Dinamarco, o movimento reformador trouxe a bandeira da efetividade do processo, e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciários, num processo civil de resultados, como querem os modernos pensadores, e convém à legitimidade político-social do sistema.⁷

Um ponto de realce na reforma de 1994 foi a instituição da nova técnica para a execução referente às obrigações de fazer ou de não-fazer. A Lei n. 10.444/02 trouxe a inovação do art. 461-A, ampliando o alcance para as obrigações de entregar coisa certa ou determinada pelo gênero e quantidade. Somente as obrigações

5 BAPTISTA DA SILVA, O. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

6 WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.C.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. rev., atual., São Paulo: RT, v. II, 2000, p. 132.

7 DINAMARCO, C.R. *A reforma da reforma*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

pecuniárias é que prosseguem sob o antigo regime, representado pelo processo de execução por quantia certa contra devedor solvente.

O sistema instituído mediante a edição do novo art. 461 do CPC funciona como mera continuação do processo de conhecimento, sem a formal instauração do processo executivo, demonstrando o empenho do legislador em produzir a efetividade das decisões judiciais, vencendo as resistências do obrigado e os males do decurso do tempo, que milita em favor do mau pagador.

Outro importante passo foi dado com a criação dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/01), que inovou ao permitir a transmutação da condenação (exortação) em mandamentalidade (ordem) se, e quando, constatado o inadimplemento espontâneo da sentença.

1.3.1. Antecipação de tutela na execução

O instituto da antecipação da tutela chegou ao direito brasileiro com a reforma de 1994, tendo o legislador reformista de 2001-2002 estabelecido a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada (§ 7º do art. 273), que nada mais são do que duas categorias de um gênero só, o das medidas urgentes.

Consta no artigo 798 do CPC que as medidas provisionais são exclusivas do processo de conhecimento, quando “houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”. A referência “antes do julgamento da lide”, nesse sentido, exclui o processo de execução, que dispõe de medidas específicas de cunho cautelar, como o arresto e o sequestro.

A doutrina pátria vem-se posicionando contrária à aplicação da antecipação de tutela na execução. No entanto, alguns estudiosos questionam este comando, considerando que se a proteção jurisdicional dos direitos dos cidadãos deve ser célere e eficaz, e essa garantia pressupõe procedimentos executórios que realizem, com esta mesma rapidez e eficácia, a entrega dos bens reconhecidos pelas decisões judiciais, “é desanimador verificar que justa-

mente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia”.⁸

Em artigo publicado na Revista da Esmape, o juiz Lucio Grassi defendeu a antecipação dos efeitos da tutela na execução, lembrando casos que exigem uma efetividade imediata, como na execução para entrega de coisa certa, que só pode ser atendida mediante a aplicação da antecipação de tutela. “Seria absurdo admitir que o titular de um direito meramente afirmado (processo de conhecimento) pudesse obter uma tutela jurisdicional mais forte e mais imediata do que o titular de um direito consagrado em um título executivo”.⁹

Embora proclame-se que no processo de execução não existe o contraditório, uma vez que o mandado executivo já é voltado para ações que satisfazem o direito tido como líquido, certo e exigível, tanto a exceção de pré-executividade quanto os embargos ensejam a utilização de múltiplos e sucessivos recursos — tutela cognitiva incidente.

A suspensão do processo executivo por embargos do devedor traz a possibilidade de danos marginais ao credor, decorrentes da sua espera pelo desfecho dessa ação de conhecimento. A antecipação dos efeitos da tutela serviria para suprimir o efeito suspensivo dos embargos de devedor ou de terceiros, viabilizando, assim, o prosseguimento da execução em caráter definitivo.

O processualista Francisco Rodrigues Sobrinho também defende a antecipação na fase executiva, ressaltando os obstáculos que o exeqüente geralmente enfrenta para localizar bens livres e desonerados do devedor.

“Muitas vezes o devedor tem, no foro da execução, dinheiro em conta corrente ou em aplicações, ou outros bens fungíveis. Citado para pagar em 24 horas ou nomear bens à penhora, providencia para que tais valores sejam imediatamente retirados ou colocados sob o nome de terceiros. Em se tratando de bens fungí-

8 GRECO, L. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 94, p. 35, abr./jun., 1999.

9 GOUVEIA, L.G. de. A antecipação de tutela na execução. *Revista da Esmape*. Recife, v. 6, n. 14, p. 317-324, jul./dez., 2001.

veis, forja sua transferência para terceiros, com datas retroativas. Resta ao credor, na maioria das vezes, apenas o bem de família, impenhorável por natureza, ou a impossibilidade de localizar bens inteiramente desconhecidos e ignorados”.¹⁰

Nos casos em que a penhora possa recair sobre dinheiro (levantamento mensal da prestação, desconto em folha de pagamento ou bloqueio do saldo executado em conta corrente do devedor), tem-se uma medida satisfativa na própria execução, que, apesar de não ser disciplinada pelo art. 273, tem a mesma natureza da antecipação dos efeitos da tutela.

No Juizado Cível Estadual não há dúvida de que, observados os pressupostos do regime comum (artigos 273 e 461), mostrar-se-á lícita a antecipação de tutela. É o que estabeleceu o Enunciado 26 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais — FCP: “São cabíveis a tutela (*sic*) acautelatória e antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional”.

1.3.2. Execução provisória

A Lei n. 10.444/02 modificou, em diversos aspectos, o regime de execução provisória, banindo a restrição ao inciso I do artigo 588 do CPC, que tratava sobre a responsabilidade processual objetiva, e ampliando as formas de obtenção de satisfação (provisional) do exeqüente, que poderá alienar os bens a título de propriedade ou praticar outros atos que visem a garantir o cumprimento da obrigação.

Na lição de Cândido Dinamarco, “cabe ao legislador, e também ao juiz, dimensionar as probabilidades de acerto e os riscos de erro, expondo-se racionalmente a estes, mas deixando atrás de si as portas abertas para a reparação de erros eventualmente cometidos”. E conclui: “a execução provisória é em si mesma um risco, que a lei mitiga ao exigir cauções em situações razoáveis,

10 SANTOS SOBRINHO, F.R. *Tutela antecipada no processo de execução*. Dissertação (Pós-graduação), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2000, p. 24.

com vista a deixar o caminho aberto à reparação de possíveis erros”.¹¹

Dentre os estudiosos da Lei n. 10.444/02, encontra-se Joel Dias Figueira Junior, que assevera:

“A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observando-se, como primeira regra, a da *responsabilidade processual objetiva* do exeqüente, que nada obstante a interposição de recurso de apelação, recebido apenas no efeito devolutivo, resolve, *sponte sua*, efetivar no plano prático (mundo dos fatos) a decisão que lhe foi proferida favoravelmente, a fim de obter satisfação”¹² (grifo nosso).

Essa nova forma de viabilizar a execução provisória permite que o exeqüente possa, efetivamente, receber o bem da vida em questão, do qual obteve sentença favorável. Em regra, a satisfação perseguida haverá de ser obtida mediante garantia, através de caução real ou fidejussória, mas a simples instauração da execução provisória não obriga o credor a prestá-la. A caução só se torna exigível quando há ameaça de perda da posse do bem penhorado, ou se, penhorado dinheiro, o credor deseja levantá-lo.¹³

A execução provisória é cabível nos Juizados Especiais Cíveis, pois o recurso interposto contra as sentenças proferidas nesses juizados não apresenta, de ordinário, o efeito suspensivo (art. 43 da Lei n. 9.099/95). Não há, porém, execução provisória no Juizado Cível Federal porque os artigos 16 e 17 da Lei n. 10.259/02 exigem o trânsito em julgado da sentença.

2. Do procedimento especial

A criação dos juizados especiais foi prevista pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, e, por força dele, o legisla-

11 DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 288.

12 FIGUEIRA JUNIOR, J.D. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 210.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 30.824-0/SP, relator Min. Costa Lima. Brasília, 5 abr. 1995. DJU, Brasília, p. 12.403, 8 maio 1995.

dor ordinário instituiu no cenário jurídico nacional a Lei n. 9.099, em setembro de 1995, que implanta e regula seu funcionamento.

Essa abertura para o Judiciário possibilitou um grande número de ações, cujos litígios não iam parar nos tribunais, reprimidos pelo rigor e altos custos do procedimento comum, atraídas agora pela promessa de rapidez e simplicidade processual.

Na prática, a maior dificuldade reside na fase de execução, uma vez que a maioria dos executados não possuem bens livres e desembaraçados a penhorar, frustrando a pretensão inicial do demandante. Na hipótese em que há bens penhoráveis, como são de baixo valor, o leilão — quando ocorre — é pouco divulgado. Não havendo interessados nos bens, e a parte vencedora não se interessando em ficar com eles, não se consegue compor a dívida.

A pouca eficácia no procedimento executivo das sentenças dos juizados é danosa para o Judiciário, devendo ser promovida a implementação efetiva dos novos dispositivos legais no âmbito dos juizados especiais, cujo rito permite uma maleabilidade inexistente na justiça comum.

Segundo reza o artigo 3º, § 1º, da Lei n. 9.099/95, ao Juizado Especial Cível competirá executar os seus julgados e os títulos executivos extrajudiciais. O pressuposto jurídico da execução é a existência do título líquido (todas as sentenças de juizados necessariamente são líquidas), certo e exigível, enquanto o pressuposto fático é a necessidade da coação estatal para que a obrigação seja cumprida.

A única ressalva explícita é quanto ao valor do crédito. A competência restringe-se ao teto de 40 salários mínimos (juizados especiais comuns), incluindo neste montante as prestações vencidas. O que exceder a este valor — na data do ajuizamento — implicará na renúncia ao crédito excedente. Assim, torna-se irrelevante a evolução posterior, decorrente do acréscimo de juros e correção monetária, na interpretação do Enunciado 39 do Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais¹⁴.

14 Enunciado 39: "Em observância ao art. 2º da Lei n. 9.099/95, o valor da causa corresponderá à pretensão econômica objeto do pedido".

Descumprida a obrigação imposta no processo de conhecimento, o início da execução sempre dependerá de provocação do credor, podendo ser apresentada verbalmente. Excetuando-se os casos do inciso I do art. 794 do CPC, utilizado subsidiariamente no procedimento executivo especial, as demais hipóteses de extinção da execução ocorrem sem que se satisfaça a pretensão inicial do autor.

Como o nosso direito pátrio não admite a coerção pessoal pelo descumprimento das ordens judiciais, e revelando-se o executado desprovido de patrimônio passível à sanção pecuniária, essas limitações terminam comprometendo irremediavelmente a eficácia do processo — uma das preocupações da moderna doutrina.

Um exemplo disso é citado por Cândido Dinamarco:

“Em meio a grandes dificuldades para encontrar bens penhoráveis no patrimônio do devedor, o credor teve a informação de que este tinha dólares guardados em uma caixa-forte de banco. Pediu ao juiz que mandasse arrombar o cofre e assim fizesse realizar a penhora dos dólares, responsabilizando-se pelas despesas do arrombamento, mas o juiz despachou simplesmente: diga a parte contrária. O credor desistiu da diligência e acabou aceitando um acordo para receber somente 40% do crédito”.¹⁵

2.1. Do Juizado de Execuções

Pernambuco foi o primeiro Estado brasileiro a instituir um juizado exclusivo para a execução dos julgados e títulos executivos extrajudiciais de competência dos juzizados especiais cíveis comuns, em maio de 1998 (Ato n. 1.192, com base no art. 6º da Resolução n. 94, de 27-4-98)¹⁶. Apenas o Estado do Maranhão, até esta data, seguiu o exemplo de Pernambuco, descentralizando a atividade executiva especial ao criar, através da Resolução n. 04/2000, o Juizado de Execuções de São Luiz.

15 DINAMARCO. Execução [...] *op. cit.*, p. 322.

16 Anexas, as transcrições do Ato Estadual n. 1.192 e da Resolução n. 94/98.

Segundo o juiz coordenador do Juizado de Execuções do Recife, Luiz Mário Góes Moutinho, a experiência pernambucana tem sido válida porque “a rotina de um juizado especial de conhecimento é muito intensa, de modo que os processos de execução ficam, inevitavelmente, em segundo plano, o que não ocorre com um juizado especializado”. E explica: “Com o juizado competente apenas para execução, o julgador torna-se mais sensível à realização do direito declarado”.¹⁷

O baixo índice de satisfação do crédito decorre de fatores que fogem ao controle do judiciário, conforme relato do juiz responsável pelo Juizado das Execuções do Recife:

“O que nós vemos é que as pessoas são pobres, e a impenhorabilidade de bens que guarnecem o lar praticamente impede a satisfação das obrigações de pagar quantia certa. Salvo as grandes empresas, a satisfação das dívidas é muito baixa. [...] O credor não se convence da dificuldade de receber sua dívida, atitude absolutamente legítima, e passa a solicitar a expedição de ofícios à Receita Federal, Detran, Banco Central, Companhias Telefônicas. Tudo isso demanda tempo, desde o cumprimento do expediente interno até a efetiva resposta dos órgãos¹⁸”.

3. Da responsabilidade processual objetiva

Dispunha a redação primitiva do inciso I do art. 588 do CPC que a execução provisória seria promovida “por conta e responsabilidade do credor”, que, por sua vez, prestaria caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor, enquanto o § 3º do art. 273 deixava de fazer referência a essa regra básica.

Segundo Joel Dias Figueira Jr., apesar da omissão legal, está pacificado o entendimento de que o autor, beneficiado com a antecipação de tutela, deve responder objetivamente por perdas e

17 MOUTINHO, L.M.G. *Juizado das Execuções do Recife*. 2003. Entrevista concedida à autora desta monografia, Recife, 1º ago. 2003.

18 MOUTINHO. *Op. cit.*

danos causados ao réu, em face da providência obtida, e posteriormente revogada.¹⁹

Não se observa qualquer vacilo jurisprudencial acerca do tema, desde a entrada em vigor do novo CPC, sendo uníssona a jurisprudência sobre a natureza da responsabilidade civil processual na espécie. Nesse sentido, encontram-se inúmeros arestos, dentre os quais pode-se transcrever o seguinte:

“Consoante a melhor doutrina, o Código estabelece, expressamente, que responde pelos prejuízos que causar a parte que, de má-fé, ou não, promove medida cautelar. Basta o prejuízo, se ocorrente qualquer das espécies do art. 811, I a IV, do CPC e, nesse tipo de responsabilidade objetiva processual, o pedido de liquidação é formulado nos próprios autos, com simples invocação de qualquer dos fundamentos do art. 811 do CPC”.²⁰

Verificando-se a revogação posterior da decisão que concede a antecipação de tutela em favor do autor, em qualquer grau de jurisdição, estaremos diante de responsabilidade processual civil objetiva, tendo-se em conta que o postulante, por sua conta e risco, provocou livremente a proteção emergencial do Estado-juiz, terminando por obter a medida pleiteada, e depois modificada.

Quanto à determinação legal de prestação de caução, defende Figueira Junior que a norma deverá ser interpretada considerando-se as necessidades dos jurisdicionados, o bem da vida em perigo, os resultados da medida, a prudência, o comedimento e a sensibilidade do julgador na concessão da proteção perseguida, sobretudo quando irreversíveis os seus efeitos.

“Esse flagrante contra-senso afronta o mais elementar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão: a igualdade. Em outras palavras, o abastado executa e se satisfaz, mediante a prestação de caução, enquanto o menos favorecido arcará com os quiçá irreversíveis efeitos danosos”.²¹

Com o advento da Lei n. 10.444/02, que implementou os mecanismos coercitivos, punitivos ou assecuratórios para as ante-

19 FIGUEIRA JUNIOR, J.D. *Op. cit.*, p. 62.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 127.498/RJ, Relator: Min. Waldemar Zveiter, Brasília, 20 abr. 1997. DJU, Brasília, 22 nov. 1997.

21 FIGUEIRA JUNIOR, J.D. *Idem*, p. 70.

cipações de tutela genérica no procedimento comum, consolidou-se o entendimento da doutrina e jurisprudência dominante. No entanto, ainda fica a critério do magistrado a aplicação desse instituto, que traz em seu bojo a capacidade de tornar muito mais eficaz a execução, também no procedimento sumaríssimo.

3.1. Casuística na prestação executiva especial

Nos termos do art. 598 do CPC, aplicam-se ao processo de execução, subsidiariamente, as normas do processo de conhecimento. Toda vez que na disciplina específica do processo executivo não houver regra própria para regular o caso, incidirão, na medida do possível, as normas do processo de conhecimento.

A Lei n. 9.099/95, no que tange à fase de execução do título executivo judicial, garante aos julgadores ampla discricionariedade quanto à aplicação subsidiária das regras do CPC, no que couber. Na medida em que se verifica a baixa efetividade na prática executiva dos juizados especiais, pelas razões já apresentadas, certos procedimentos do rito comum — aplicados ou em discussão — tornam-se perfeitamente adaptáveis ao procedimento sumaríssimo, senão vejamos:

3.1.1. Execução *ex officio*, como etapa do processo de conhecimento

O ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, apresentou ao presidente do STF, em janeiro de 2004, um projeto de lei que altera significativamente o Código de Processo Civil, na parte relativa à Execução. “É inadmissível que uma execução judicial demore de três a quatro anos. O projeto tenta amenizar esta demora, pois institui um mecanismo que condensa duas fases do processo em apenas uma”.²²

Atualmente, o CPC prevê três fases até a extinção do processo: a fase de conhecimento, a de liquidação de sentença e a execução da sentença. O projeto retira a liquidação e a execução

22 BASTOS, M.T. *Notícias AASP*. Disponível em <http://www.aasp.org.br/noticias>. Acesso em 15.jan.2004.

de sentença do livro II do CPC, que trata do Processo de Execução, e os incorpora ao livro I, relativo ao Processo de Conhecimento, deixando de ser fases autônomas.

As novas regras, porém, não atingem os títulos executivos extrajudiciais, que dispensam a fase de conhecimento para que o interessado possa propor, de imediato, um processo de execução.

A idéia é também defendida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que apresentou ao presidente do STF, em março de 2004, um conjunto de propostas dos magistrados de todo país para a área civil, apoiando o anteprojeto de lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que altera a sistemática da execução dos títulos judiciais.

Essas alterações foram inicialmente apresentadas pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, durante seminário organizado em maio de 2003 pelo Conselho da Justiça Federal, ao propor a união das etapas de conhecimento, liquidação e execução em um só processo, para todas as ações, bastando a sentença condenatória transitada em julgado para se iniciar, de imediato, a execução.

Como no sistema dos juizados especiais os pedidos devem ser obrigatoriamente líquidos, e o início da execução também depende de provocação do credor, que inclusive pode ser apresentada verbalmente (na prática, com a assinatura de impresso próprio que pode servir de mandado), nada obsta a unificação desses processos também para o procedimento sumaríssimo.

3.1.2. Tutela antecipada na execução

Ao credor cabe requerer, na inicial, medidas acautelatórias urgentes, como o bloqueio, na conta bancária do executado, de quantia suficiente à satisfação do crédito ou a averbação, no prontuário do veículo, do impedimento à sua alienação.

A idéia, aqui defendida, é quanto à possibilidade de se deferir a tutela antecipada parcial para penhora de dinheiro (ou outros bens móveis fungíveis), antes mesmo da citação do devedor para pagar ou nomear bens à penhora, sempre que o exequente desco-

nheça a existência de bens de raiz do devedor, livres e desembaraçados, no foro da execução, estando presentes os requisitos legais.

Essa tutela não se confundiria com medida cautelar, pois apesar de ambas serem provisórias, a cautelar caracteriza-se pela prevenção, perdurando enquanto for útil ao processo principal, enquanto que a tutela antecipada possui caráter satisfativo, que perdurará enquanto não confirmada a penhora definitivamente.

Segundo o professor Francisco Rodrigues, “reza o Código de Processo Civil, em seu artigo 652, que o devedor será citado para em 24 horas pagar ou nomear bens à penhora. Tal dispositivo é claro, no sentido de que o que se pede é ou o pagamento, ou a nomeação de bens”.²³

Nesse ponto a doutrina é uníssona. É indiscutível que um dos pedidos do exequente é para que o executado seja citado para pagar ou nomear bens à penhora. O atendimento de parte do pedido, formulado na inicial, não pode ser objeto de cautelar, mas apenas de tutela antecipada, ainda que se considere que a penhora teria o caráter garantidor do juízo da execução. A penhora, nesse caso, não seria um meio de garantir o processo de execução, mas sim uma forma indireta de o devedor adimplir a dívida executada.

Alguns doutrinadores e magistrados admitem, ainda, a quebra do sigilo bancário e fiscal do executado, a pedido do credor, com a expedição de ofícios à Receita Federal, ao Banco Central e aos demais órgãos cujo acesso direto seja vedado ao credor, quando forem esgotados, sem sucesso, os meios ordinários para a localização do devedor ou de seus bens.

Na opinião do juiz de direito do Estado de São Paulo, Ricardo Cunha Chimenti, não faz sentido excluirmos tais informações daqueles que confiaram no sistema dos juizados para a satisfação do seu direito, sobretudo em benefício daqueles que praticam atos atentatórios à dignidade da justiça, ocultando bens passíveis de execução.²⁴

23 SANTOS SOBRINHO. *Op. cit.*, p. 44.

24 CHIMENTI, R.C. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271.

Ainda na lição de Chimenti, é recomendável que a determinação judicial, dirigida ao Banco Central, explicita que as instituições financeiras somente prestem informações quando forem positivas, fixando um prazo certo, determinando que seja efetuado, desde logo, o bloqueio dos valores localizados, até o montante do débito exigido.

Assim, diante de pedido expresso do credor, é possível ao juiz conceder a tutela jurisdicional nas execuções dos juizados especiais, de forma antecipada, determinando, *inaudita altera parte*, a penhora de valores monetários ou outros bens fungíveis que o devedor possua, evitando-se com isso a evasão, dissipação ou ocultação de tais bens, quando desconhecidos outros bens penhoráveis no foro da execução.

3.1.3. Arresto e citação editalícia

Na realidade dos juizados especiais, é muito comum o executado não ter residência fixa, ou mesmo mudar-se com frequência, ficando a execução suspensa — para não dizer extinta — por não ter, o exequente, condições de informar o endereço atualizado do devedor. No Juizado de Execuções do Recife, por exemplo, 26% dos processos extintos no ano de 2002 foram por “falta de iniciativa da parte” (segundo dados da Coordenação dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco)²⁵.

Na lição de Araken de Assis, frustrando-se a citação do executado no endereço indicado na inicial, lícita afigura-se a promoção de diligências no sentido de localizá-lo, se o credor, no âmbito de sua autonomia privada, não conseguir, por si só, os dados necessários a tal objetivo.²⁶

25 Somente no ano de 2002, foram registrados 6.903 novos processos no Juizado de Execuções do Recife, encaminhados pelos 6 juizados especiais da capital (Boa Vista, Pina, Rosarinho, Afogados, Cordeiro e Casa Amarela), e também pelo Juizado do Consumidor e pelo III Fórum Universitário da Capital. Dos processos encerrados em 2002, 59% foram com satisfação da obrigação (na maioria, os executados eram pessoas jurídicas), 26% por falta de iniciativa da parte, 7% por embargos, 5% por desistência da parte credora e 3% por outras razões.

26 ASSIS, A. de. *Execução Civil nos Juizados Especiais*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002, p. 79.

A conjunção alternativa **ou**, consignada no art. 53, § 4º, da Lei n. 9.099/95²⁷, indica que a execução não será extinta se existentes bens ou direitos penhoráveis, hipótese em que se admite o arresto e a citação editalícia, nos termos dos arts. 653 e 654 do CPC. A vedação de citação editalícia, prevista no art. 18, § 2º, da lei especial, não se aplica ao processo de execução.

É esse também o entendimento dos integrantes do Fórum Permanente de Juízes Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, como se vê nos seguintes enunciados:

Enunciado 37: “Em exegese ao art. 53, § 4º, da Lei n. 9.099/95, não se aplica ao processo de execução o disposto no art. 18, § 2º, da referida lei, sendo autorizados o arresto e a citação editalícia quando não encontrado o devedor, observados, no que couberem, os arts. 653 e 654 do Código de Processo Civil”.

Enunciado 75: “A hipótese do § 4º do art. 53 da Lei n. 9.099/95 também se aplica às execuções de título judicial, entregando-se ao exeqüente, no caso, certidão do seu crédito, como título para futura execução, sem prejuízo da manutenção do nome do exeqüente no Cartório Distribuidor”.

Destaca-se, ainda, o seguinte julgamento de recurso, proferido em sede de Juizado Especial Cível na Bahia:

“Sentença prolatada, extinguindo-se de ofício processo de execução, em face da mudança de endereço do executado. Nulidade. Não pode o juiz extinguir de ofício execução, apenando o exeqüente pela má-fé do executado, se cabia apenas a este informar sua mudança de endereço. O dispositivo legal invocado somente poderá ser aplicado depois de esgotados todos os meios para satisfação do crédito do exeqüente — *o juiz deverá adotar as providências cabíveis, atendendo ao fim social da lei, para satisfação do crédito*. Nulidade da sentença. Recurso provido”²⁸ (grifo nosso).

27 Art. 53, § 4º: “Não encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, o processo será imediatamente extinto, devolvendo-se os documentos ao autor”.

28 BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. JET01-TAM-00755/97, Relatora Juíza Rosita Falcão de Almeida Maia. *Revista de Jurisprudência Especial*, Bahia, v. 2, p. 39, mar. 1999.

Na hipótese de o oficial de justiça não localizar o devedor, depois de procurá-lo razoavelmente, mas encontrar bens que respondam pela dívida, deverá proceder *ex officio* ao arresto de tantos bens quantos bastem para garantir a execução. Esse arresto, também chamado de pré-penhora, é maneira de se evitar que a não localização do devedor impeça o curso normal da execução (princípio da máxima utilidade da execução).

Observadas as etapas procedimentais, descritas nos artigos 652 e 653 do CPC, o credor, depois de intimado do arresto, terá 10 dias para requerer a publicação de editais de citação do devedor (art. 654, primeira parte). Se não a requerer, extingue-se o arresto. Por economia processual, no mesmo edital deverá constar:

1) o prazo de 24 horas para pagamento ou nomeação de bens à penhora (contado depois de transcorrido o prazo do edital, na forma do art.184 — segundo algumas decisões jurisprudenciais). Caso o devedor compareça tempestivamente, poderá indicar outros bens à penhora, ficando sem efeito o arresto. Não o fazendo, o arresto será automaticamente convertido em penhora;

2) a intimação do executado para a audiência de tentativa de conciliação, e a advertência de que aquele será o momento para a oposição de embargos, sob pena de prosseguimento da execução. Se, depois dos editais, o executado ainda assim não comparecer no processo, deverá ser nomeado curador especial, ao qual caberá inclusive a apresentação de embargos do devedor (Súmula 196 do STJ)²⁹.

Frisa-se, por fim, que não se localizando o devedor nem bens seus, é possível proceder diretamente à sua citação por edital. A aplicação desses procedimentos, também na execução dos juizados especiais, satisfaz, ao menos em certos casos, a aspiração dos “pequenos” litigantes, permitindo a efetiva realização dos seus direitos, declarados e descumpridos na fase de conhecimento.

O que se verifica na prática, porém, é que nem todos os magistrados admitem a realização de diligências — através da

29 Súmula 196, STJ: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanece revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para a apresentação de embargos”.

expedição de ofícios pelo Juizado — para localizar bens do devedor. Se não há uniformidade de procedimentos, alguns credores podem ter a “sorte” de obter uma atuação eficaz do Estado-juiz, enquanto outros, à mercê da falta de flexibilidade do juiz, terminam frustrados pela falta de acesso à função executiva.

3.1.4. Negativação do devedor nos órgãos de proteção ao crédito

No sistema dos juizados especiais, sobretudo em razão da pequena capacidade econômica dos litigantes, são freqüentes também as execuções frustradas pela inexistência de bens penhoráveis em poder do devedor, situação que gera grande frustração naqueles que depositaram seu tempo e confiança em um processo.

Com a aprovação do instituto da tutela antecipada e a tramitação de projetos de lei que visam a alterar os efeitos dos recursos em geral, percebe-se a existência de um clamor social, visando a garantir eficácia às decisões judiciais, sobretudo na fase satisfativa dos processos. Foi nesse sentido que os juizes coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis decidiram pela edição do Enunciado n. 76, *in verbis*:

“No processo de execução, esgotados os meios de defesa ou inexistindo bens para a garantia do débito, expede-se a pedido do exeqüente certidão de dívida para fins de protesto e/ou inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito — SPC e Serasa, sob a responsabilidade do exeqüente”.

Baseado nesse enunciado, e com o fim de garantir eficácia às próprias decisões (inclusive das sentenças homologatórias de acordos), um grupo de magistrados paulistas realizou encontros com dirigentes do Serviço Central de Proteção ao Crédito — SPC, de São Paulo, e constatou que enquanto a doutrina discute as teorias nacionais e estrangeiras da coisa julgada, na prática nossas sentenças e acórdãos (da justiça especial ou comum) passaram a valer menos do que cheques passados em botequins ou magazines.

O Juiz Presidente do Fórum de Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis do Brasil, Ricardo Chimenti, autor do manual

Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis, fez parte deste grupo e constatou que:

“[...] quem emite um cheque sem fundos ou deixa de honrar as prestações de um crediário, ainda que os débitos sejam de pequeno valor, tem seu nome protestado ou inscrito nos serviços de proteção ao crédito, com ampla publicidade do fato, imediata restrição ao crédito e, muitas vezes, bloqueio de conta bancária. Quem descumpra uma decisão judicial definitiva e não tem bens penhoráveis continua a movimentar livremente seu dinheiro”.³⁰

Sendo o dinheiro uma das espécies de bens penhoráveis para a garantia da dívida (art. 655, I, do CPC), algumas transferências de valores do devedor aos comerciantes, para a aquisição de mercadorias que não são de primeira necessidade, caracterizam verdadeira fraude à execução (nos termos do art. 593 do CPC).

Como o controle direto dessa prática pelo Poder Judiciário é inviável, o grupo de magistrados paulistas, liderado por Chimenti, passou a encaminhar os nomes dos devedores de títulos executivos judiciais definitivos ao SPC, com base no art. 22, § 2º, do Regulamento Nacional do SPC (que garante ao Poder Judiciário acesso ao banco de dados da entidade), desde que observados os seguintes requisitos:

“1. expresso requerimento do credor, que se declara ciente da obrigação de comunicar imediatamente ao juízo o pagamento do débito, sob pena de responder por perdas e danos, inclusive morais;

“2. esgotamento, há mais de 30 dias, dos meios ordinários disponíveis para a satisfação do débito, em especial certidão negativa quanto à tentativa de penhora;

“3. expedição de carta postal ao devedor, comunicando-lhe do encaminhamento do ofício ao SPC. Quanto à validade da comunicação, tem-se observado o § 2º do art. 19 da Lei n. 9.099/95”.

A sentença homologatória de acordo também passou a consignar que o descumprimento da obrigação poderá acarretar o encaminhamento do nome do devedor ao SPC. Com isso, já se

30 CHIMENTI. *Op. cit.*, p. 284.

verifica uma significativa redução no descumprimento das decisões judiciais definitivas, tudo em benefício das pessoas de boa-fé e da credibilidade do Poder Judiciário.

Em São Paulo, estas medidas vêm atingindo seus objetivos. Se for aprovado o Projeto de Lei n. 4.348, em tramitação no Congresso Federal desde março de 1998, teremos finalmente a adoção desse procedimento em âmbito nacional, com a inclusão de um parágrafo único ao artigo 52 da Lei n. 9.099/95, com a seguinte redação: “a instauração da execução poderá ser comunicada pelo juiz às instituições de defesa e proteção ao crédito”.

4. Considerações Finais

As deficiências enfrentadas pelo Estado, carente em recursos e pobre em material humano qualificado, geraram o acúmulo de serviços nas prateleiras do Judiciário. O nosso arcabouço legislativo vem evoluindo no sentido de otimizar os mecanismos de atuação da Justiça, agilizando o andamento dos processos e coibindo práticas forenses que apenas serviam para o prolongamento ou procrastinação indefinidos dos feitos.

O que se viu, ao longo deste trabalho, é que a efetividade do processo é tema recorrente no cenário jurídico atual, provocando importantes debates entre juristas e doutrinadores quanto à aplicação dos novos institutos também no procedimento executivo comum. É o reflexo de uma exigência, uma necessidade social, a fim de se garantir maior grau de satisfatividade à execução.

Não se pode negar que houve grande evolução nas leis processuais civis, na direção de agilizar a prestação jurisdicional e de contornar as crises dos procedimentos clássicos. No entanto, a atividade executiva dos juizados especiais — criados justamente pela necessidade de se dar celeridade e eficácia à prestação jurisdicional — pouco se discutiu ou mesmo se fez para melhorar a legislação vigente.

É sabido que o provimento jurisdicional não pode ser ministrado instantaneamente, devendo obedecer a trâmites prefixados — segundo os princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Mas não se pode perder de vista o importante papel

desempenhado pelos juizados especiais, principalmente na camada da população mais carente da tutela estatal.

Se a Lei n. 9.099/95 prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no procedimento executivo especial, e ao mesmo tempo essa mesma lei não se renovou para acrescentar novos institutos visando à efetividade processual, nada obsta a aplicação de mecanismos como a execução *ex officio* como etapa do processo de conhecimento, arresto e citação editalícia, tutela antecipada na execução especial e a negativação do devedor em órgãos de proteção ao crédito.

O sucesso dos juizados especiais depende, em grande parte, da renovação da mentalidade dos operadores do direito e da criação de estrutura material adequada, com o propósito de melhorar a credibilidade do Poder Judiciário. É preciso espírito aberto e sensibilidade do julgador para praticar o processo, guiado pelos princípios do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional.

A preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, e o impacto que isso causa à imagem do Poder Judiciário como um todo, legitima a aplicação de novos procedimentos e interpretações legais como medidas destinadas a dar efetividade ao direito, sem a delonga que tem marcado o nosso processo — o grande desafio a ser vencido.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, M. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 1979.

ASSIS, A. de. *Execução Civil nos Juizados Especiais*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, O. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Mandamentalidade e auto-executoriedade das decisões judiciais. *Revista da Emerj*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p.32-75, 2002.

CHIMENTI, R.C. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

- DINAMARCO, C.R. *A reforma da reforma*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Execução Cível*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIRA JUNIOR, J.D. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444 de 7 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOUVEIA, L.G. de. A antecipação de tutela na execução. *Revista da Esmape*. Recife, v. 6, n. 14, p.317-324, jul./dez., 2001.
- GRECO, L. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 94, p. 35, abr./jun., 1999.
- GRINOVER, A.P. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.
- KELSEN, H. *Teoria geral das normas*, trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.10.
- LACERDA, G. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, t. I, 1998.
- MAGGI, N. [*Da execução da sentença como etapa do processo de conhecimento e da supressão dos embargos do devedor em execução de título judicial:*] forma de garantir o acesso à justiça. Tese (doutorado), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2001. 205 p.
- MARINONI, L.G. *Antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 1999.
- MENDONÇA LIMA, A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, 1985.
- MOREIRA ALVES, J.C. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1971.
- PEIXOTO, M.A.V. *Antecipação de Tutela*: [reflexo da evolução do Processo Civil no Brasil]. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2343>>. Acesso em 19 mar. 2003.
- REINALDO FILHO, D.R. *Juizados Especiais Cíveis*: [Comentários à Lei 9.099 de 26/09/1995.] Recife: Bagaço, 1996.

- ROSAS, R. *Direito processual constitucional*. São Paulo: RT, 1983.
- SANTOS SOBRINHO, F.R. *Tutela antecipada no processo de execução*. Dissertação (Pós-graduação), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2000.
- SOARES, R.A.M. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, R.O. Responsabilidade do credor na execução. *Revista da Emerj*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 156-167, 2002.
- STOCO, R. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.
- TEIXEIRA, S.F. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- THEODORO JUNIOR, H. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.
- _____. *Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2905>>. Acesso em: 1º abr. 2003.
- WAMBIER, L.R.; ALMEIDA, F.R.C.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*. 3.ed. rev., atual. São Paulo: RT, v. II, 2000.

DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS PENAIS DA LEI FEDERAL N. 10.684/2003 (REFIS FEDERAL) PARA O CASO DE PARCELAMENTO PELO REVIGORAR INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL N. 12.646/2003

Ernani Guetten de Almeida*

1 — Do parcelamento de débitos em geral e a extinção da punibilidade

Assunto que tem tomado vulto nos últimos anos é o efeito do parcelamento dos débitos tributários das empresas e seus efeitos perante a conduta criminosa de seus dirigentes o qual originou o tributo parcelado.

Em consonância com a jurisprudência, doutrina e com o artigo 16 do Código Penal Brasileiro, a legislação penal tributária, de forma mais vantajosa que para os demais crimes, a partir da edição da Lei Federal n. 9.249/95, premia aquele que, arrependido de seus atos, ou temendo a reprimenda estatal, repara o dano causado ao erário.

* *Promotor de Justiça em Santa Catarina*

Até a edição da Lei Federal n. 9.964/2000 (Refis Federal 2000), a posição dominante da jurisprudência pátria era a de que a extinção ou suspensão da punibilidade em sede de crimes contra a ordem tributária se dava apenas com a quitação do débito até o recebimento da denúncia, seguindo os ditames da Lei Federal n. 9.249/2000.

A lei do Refis Federal de 2000, em seu artigo 15, trouxe significativa alteração no direcionamento da reprimenda aos sonegadores, abrindo a possibilidade de este ver a pretensão punitiva do Estado suspensa com a adesão ao parcelamento instituído pelo citado diploma legal, desde que mantenha os pagamentos das parcelas até a sua quitação, e não atrase os pagamentos por período igual ou superior a três meses consecutivos ou seis meses alternados.

Por conseqüência, os tribunais pátrios iniciaram a construção de um entendimento jurisprudencial acerca do tratamento penal a ser dispensado àqueles que parcelam os débitos decorrentes das fraudes perpetradas.

No STJ, três posições têm sido tomadas pelos ministros, em seus julgados por crimes contra a ordem tributária. A primeira é a de que o simples parcelamento por qualquer modalidade extingue a punibilidade, independentemente da quitação dos débitos, por entenderem que a confissão exclui o caráter doloso da conduta dos sonegadores. A segunda é a de que o parcelamento por qualquer modalidade suspende a pretensão punitiva estatal enquanto o contribuinte estiver com as parcelas em dia, desde que o parcelamento tenha sido deferido antes do ajuizamento da ação penal. A terceira, e a que entendemos ser a mais prudente, é a de que a extinção da punibilidade é possível somente com o pagamento integral do tributo antes do recebimento da denúncia, sendo a hipótese da suspensão da pretensão punitiva aceita apenas nos casos de parcelamento pelo Refis, em que a lei expressamente dita exceção à regra da Lei n. 9.249/90.

A posição deste Centro está pautada no Código Tributário Nacional, em seu artigo 151,VI, o qual determina que a moratória equivale ao parcelamento, sendo tão-somente causa suspensiva do crédito tributário e não extintiva, *in verbis*: “Suspendem a exigi-

bilidade do crédito tributário: VI — o parcelamento”, e o artigo 97, I, do mesmo diploma afirma: “Somente a lei pode estabelecer: I — a instituição de tributos, ou a sua extinção”.

Ora, o parcelamento não constitui novação, logo a hipótese da concessão deste deve ser entendida como moratória, não sendo assim causa de extinção da dívida que continua vigendo, não se podendo concluir que o parcelamento tenha os mesmos efeitos do pagamento.

O entendimento que tenta dar uma interpretação extremamente elástica à Lei n. 9.249/95 é frontalmente contrário ao disposto em seu artigo 34, e até à Lei n. 10.684/2003, que em seu artigo 9º previu a suspensão da pretensão punitiva *apenas e exclusivamente* no caso dos optantes pelo parcelamento instituído por aquela lei, sendo a construção jurisprudencial contrária à vontade do legislador que restringiu o alcance dos efeitos do citado diploma legal aos optantes pelo Refis Federal, pois, se desejasse que os optantes de parcelamentos diversos obtivessem o benefício da suspensão, traria disposição expressa.

Além do mais, a lei penal tributária tem, desde a criação dos primeiros diplomas legais de combate à fraude e à sonegação fiscal, duplo objetivo, quais sejam, a reprimenda às condutas criminosas e a defesa dos interesses arrecadadores do Estado, não podendo o último se sobrepor ao primeiro de tal forma a deixar o contumaz sonegador livre da reprimenda penal.

2 — Da inaplicabilidade dos efeitos do Refis Federal ao parcelamento instituído pelo Programa Catarinense de Revigoração Econômico — *Revigorar*

Popularmente conhecida como lei do novo Refis, a Lei Federal n. 10.684/03 disciplinou nova opção de parcelamento dos débitos na esfera federal, que já em sua ementa delimita o alcance do referido diploma, *in verbis*:

“dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências”.

Traz a nova lei também repercussões na esfera penal na qual, em seu artigo 9º, o legislador alinhou, sem qualquer restrição temporal, ou submissão a qualquer condição processual, as consequências penais do parcelamento das dívidas decorrentes de *obrigações tributárias federais* não adimplidas.

Diz o artigo em análise:

“Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

“§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

“§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

Pela simples leitura do texto extrai-se que o parcelamento dos débitos constitui condição para a suspensão da pretensão punitiva do Estado, e também a suspensão da dilação temporal prescricional do direito de punir do Estado apenas para *tributos federais*, bem como possibilitou a extinção da punibilidade pela quitação do débito.

O legislador, para o pagamento dos tributos de que tratam a referida lei, não estabeleceu nenhuma condição ou distinção sobre o momento da opção do parcelamento, tampouco restringiu a aplicação do benefício aos que ingressarem exclusivamente no novo programa de moratória. O que se verifica é que o legislador alargou o benefício da suspensão da pretensão punitiva. Estando ou não sendo processado o devedor, mesmo fraudador do bem jurídico de ordem tributária, em relação aos tributos especificados pela lei, poderá este usufruir dos efeitos da suspensão da pretensão punitiva desde que ingresse no Refis Federal.

Então o benefício cabe aos devedores de tributo mencionado na lei que optarem pelo Refis Federal, mesmo com o recebimento da denúncia, e ainda que o processo esteja em curso e com

a sentença pendente do trânsito em julgado, poderão os acusados ingressar no refinanciamento fiscal mediante o parcelamento, passando a adquirir a condição estabelecida pelo privilégio conferido pelo legislador, não cabendo para o caso daqueles que quitarem por modalidade diversa (Programa Revigorar, instituído pela Lei Estadual n. 12.646/03), o tributo devido, tributo não previsto na Lei n. 10.684/03.

Nesse sentido já decidiu a 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, que nos autos do Processo n. 008.01.0132943-2, passo a transcrever:

“Vistos,

“Indefiro, de plano, a suspensão do processo postulada pelo acusado com base na Lei Federal n. 10.684, de 30 de maio de 2003.

“Isto porque referido diploma refere-se única e exclusivamente a ‘tributos federais’, como se vê pelo texto expresso do artigo 1º, ao referir sobre os ‘débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional’, bem como pelo teor do art. 5º quando refere sobre ‘os débitos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS’.

“Demais disso, o próprio art. 9º da Lei Federal, que trata especificamente sobre a suspensão da pretensão punitiva do Estado (o termo Estado está empregado no sentido amplo) não deixa margem a dúvidas quanto a conclusão acima, mormente quando consigna de forma expressa os ‘crimes de sonegação de contribuição previdenciária — art 337-A’ e de ‘apropriação indébita previdenciária — art. 168-A’, ambos do Código Penal e que têm como objeto tributo devido à União e suas Autarquias.

“Por último, versando o presente processo sobre crime de sonegação fiscal envolvendo ‘tributo estadual’, não poderia a União conceder qualquer desconto, perdão, instituir renúncia de tributos, incentivos e benefícios fiscais em nome do Estado Federado, sob pena de evidente violação do princípio federativo, e mesmo de competência constitucional dos Estados para legislar sobre o ICMS, consoante art. 155, inciso II, e seu § 2º, inciso XII — letra g, da CRFB de 1988.

“Isto posto,

“Indefiro o pedido de fls. 5.346 e 5.347, para manter hígida a intimação certificada à fl. 5.345, e, por conseguinte, o curso do prazo fixado para a fase do art. 500 do CPP. I-se”.

Logo o benefício penal para devedores de tributos estaduais e municipais não poderá ser aplicado mesmo que haja legislação estadual e legislação municipal instituindo novos programas de estímulo para a quitação de seus débitos, pois o diploma instituidor do Refis Federal foi exaustivo ao levantar os tributos aos quais é aplicável.

Destarte, em síntese, a legislação estadual e a forma usada para o pagamento das notificações fiscais objeto da denúncia diferem do Refis, pois só pode haver a concessão do benefício caso os devedores tenham feito a opção por tal programa a nível estadual.

Não podem os devedores ao Fisco estadual catarinense se beneficiar dos efeitos penais do Refis Federal, porque atualmente não é possível o ingresso, pois não há legislação estadual criando tal programa. O prazo de adesão do programa anterior encerrou-se em outubro de 2000.

Ressalta-se que a Lei Federal trata do programa de refinanciamento de dívidas com a União, não se aplicando aos casos de devedores processados por sonegação de tributos estaduais. Dessa forma, para se valerem das regras de extinção da punibilidade do Refis Federal, teriam os devedores de tributos estaduais de aderir ao Refis Estadual, o que, com a adesão ao Revigorar não ocorre, beneficiando-se assim aqueles que entendem aplicáveis as regras do Refis Federal ao parcelamento estadual de benesses não existentes.

Quanto às obrigações impostas aos optantes do parcelamento pelo Revigorar (Lei Estadual n. 12.646/2003), o legislador não fixou nenhum encargo além do pagamento do tributo devido, não impondo sequer a exclusão no caso de inadimplemento. Já a Lei Federal n. 10.624/2003 determinou:

1 — a consolidação de todas as dívidas existentes até 28 de fevereiro de 2003;

2 — o cálculo das parcelas mensais considerando-se valor percentual de renda bruta das empresas;

3 — a exclusão da possibilidade de deferimento de outra hipótese de parcelamento como requisito para a concessão do Refis Federal 2003;

4 — a extinção dos parcelamentos anteriores;

5 — a exclusão do Refis Federal na hipótese do não-pagamento das parcelas pelo período de 3 meses consecutivos ou 6 meses alternados;

6 — a impossibilidade de concessão de novo parcelamento sob qualquer modalidade até 31 de dezembro de 2006, no caso de exclusão do Refis citada do item anterior;

7 — a exigibilidade imediata dos créditos no caso do item 5, com a execução automática das garantias quando prestadas.

Afinal, o que o legislador federal idealizou quando da criação do programa Refis era beneficiar quem aderisse ao programa, com a extinção ou suspensão dos processos criminais porventura existentes, em contrapartida o aderente assumiria os ônus acima arrolados. Ou seja, usou o benefício como um atrativo para o maior número de adesões ao programa que impunha uma série de obrigações.

Pois bem, constata-se que o Programa Revigorar oferece vantagens econômicas mais benéficas ao contribuinte, e se aplicarmos os benefícios penais das regras do Refis Federal não sujeitando os contribuintes às obrigações do Refis, usufruindo apenas das vantagens, colocaremos iguais em condições de desigualdade.

Apenas para arrematar:

“A Lei n. 10.684, de 30 de maio de 2003, ao disciplinar uma nova opção de parcelamento dos débitos na esfera federal, trouxe algumas ‘inovações’ na área penal. O artigo 9º da supracitada lei disciplinou sobre as conseqüências penais do parcelamento das dívidas existentes, oriundas de tributos da União”.

“O presente estudo analisará de forma sucinta a parte penal e processual penal da lei supramencionada, pois ela foi taxativa em afirmar que:

‘Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27

de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

‘§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

‘§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios’ [...].

“Outra questão que merece destaque é o fato do artigo 9º somente incidir sobre os tributos pertencentes à União” (in Revista Consultor Jurídico, 4 de junho de 2003, Jefferson Douglas Soares é estagiário do Ministério Público Federal. Marcus Vinicius de Viveiros Dias é Procurador da República, extraído do www.direito-vivo.com.br).

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Fábio Ulhoa Coelho*

1. Introdução

A questão da recuperação da empresa em crise tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocuparam. Até o momento, por exemplo, não está em pauta na Comunidade Européia nenhuma proposta de harmonização da disciplina jurídica sobre a matéria. No tema relacionado à crise das empresas, a Europa limitou-se a aprovar regras de competência jurisdicional para os procedimentos falimentares, que entraram em vigor em 2002.

Cada país, assim, procura dar ao problema solução própria, que atende aos seus interesses e peculiaridades culturais e econômicas.

Em França, desde meados dos anos 1980, procura-se criar mecanismos que *previnam* a crise. Estabelece a lei procedimentos de alerta, em alguns casos facultando e, em outros, determinando

* *Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

a certas pessoas (tais como o contador, comitê dos empregados, sócio minoritário, o presidente do Tribunal do Comércio, etc.) que, em antevendo dificuldades para uma empresa, adotem providências tendentes a evitar a ocorrência ou agravamento da crise. Em função desses alertas, pode-se abrir um processo judicial de recuperação (*redressement*). Nele, a empresa fica em observação durante um período em que é levantado seu balanço econômico e social, instrumento que norteará a elaboração do plano de reorganização. O sistema não é inteiramente satisfatório e tem sido constantemente revisto⁽¹⁾.

Na Itália, o instituto ligado à recuperação da empresa é a *administração controlada*, em que a gestão e a reorganização da atividade econômica são orientadas e fiscalizadas por um comissário nomeado pelo juiz. Trata-se de figura estreita, bastante criticada, que não tem conseguido impedir muitas concordatas e falências⁽²⁾.

Na Alemanha, a lei admite que o insolvente ou o administrador judicial presente, no processo de insolvência instaurado, um plano para solução das obrigações, que pode compreender ou pressupor a reorganização da empresa. Cuida a lei também da hipótese de continuação do negócio do insolvente, enquanto tramita a insolvência e os credores apreciam o plano. As medidas de reorganização do direito alemão claramente não têm natureza preventiva, posto que pressupõem a quebra da empresa⁽³⁾.

Nos Estados Unidos, o Capítulo 11 do *Bankruptcy Code*, cujas raízes se encontram na crise no setor ferroviário da segunda metade do Século XIX, preocupa-se com a criação de um cenário propício às negociações entre os interessados. Soluções como a conversão total ou parcial de crédito em capital da devedora, que tornam os credores sócios, e outras são objeto de um plano de reorganização geralmente fruto de acordo entre os envolvidos. O

1 Cf., por todos, André Jacquemont, *Droit des entreprises em difficulté*. 3. ed. Paris: Litec, 2003, p. 1-126 e *passim*; Jean-François Martin e Alain Lienhard, *Redressement et liquidation judiciaires*. 8. ed. Paris: Delmas, 2003, p. 9-13.

2 Angelo Bonsignori, *Il fallimento*. Em *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* coordenado por Francesco Galgano. Padova: Cedam, 1986, vol. 9, p. 35-39.

3 Dora Berger, *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001, p. 151-162.

Poder Judiciário costuma intervir apenas para garantir o tratamento justo e eqüitativo entre as diversas classes dos credores⁽⁴⁾.

No Japão, os mecanismos de recuperação voltados exclusivamente às pequenas e médias empresas são mais comumente empregados que os destinados às grandes⁽⁵⁾.

Como se vê, cada direito procura seus próprios caminhos no emaranhado da difícil questão da recuperação das empresas em crise. A grande diversidade das respostas dadas parece sugerir que ninguém tem a solução para o problema. Talvez não haja quem saiba mesmo o que fazer quando o assunto é a superação *fora do mercado* do estado crítico de uma atividade empresarial.

No Brasil, a nova lei de falências vai contemplar duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora⁶. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

2. Meios de recuperação da empresa

A nova lei de falências vai contemplar uma lista exemplificativa dos meios de recuperação da atividade econômica. Nela, encontram-se instrumentos financeiros, administrativos e jurídicos que normalmente são empregados na superação de crises em empresas. Os administradores da sociedade empresária interessada em pleitear o benefício em juízo devem analisar, junto com o advogado e demais profissionais que os assessoram no caso, se

4 Cf., por todos, Douglas G. Baird, *Elements of Bankruptcy*. New York: Foundation Press, 1992, p. 62-78.

5 Theodore Eisenberg e Shoichi Tagashira, *Should we abolish Chapter 11? The evidence from Japan*. Em *Corporate bankruptcy – economic and legal perspectives*. Cambridge: University Press, 1994, p. 501-530.

6 Esse artigo terminou de ser escrito em 9 de agosto de 2004, quando se encontrava em tramitação final na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 4.376/93, que reforma a lei de falências.

entre os meios indicados há um ou mais que possam mostrar-se eficazes no reerguimento da atividade econômica. Como se trata de lista exemplificativa, outros meios de recuperação da empresa em crise podem ser examinados e considerados no plano de recuperação. Normalmente, aliás, os planos deverão combinar dois ou mais meios, tendo em vista a complexidade que cerca as recuperações empresariais.

A lista legal compreende:

a) *Dilação do prazo ou revisão das condições de pagamentos*. Este meio de recuperação judicial da empresa em crise é o que mais a aproxima do antigo instituto da concordata preventiva. Nesta, a chance de reorganização da devedora era representada pela remissão parcial das obrigações (*concordata remissória*), prorrogação dos prazos de pagamento (*dilatatória*) ou a combinação destas medidas (*mista*). Na recuperação judicial, é possível adotar-se igual solução. Com o abatimento no valor de suas dívidas ou o aumento do prazo de vencimento, a sociedade empresária devedora tem a oportunidade de se reestruturar porque disporá, por algum tempo, de mais recursos em caixa – seja para investimentos, seja para redução dos gastos com empréstimos bancários.

Entre as hipóteses de revisão das condições de pagamento como meio de recuperação inclui-se a *substituição de garantias*. Mostra-se esse meio de recuperação uma modalidade específica de renegociação do crédito. Se um credor hipotecário ou pignoratício concordar em abrir mão de sua garantia, ou substituí-la por outra, é evidente que a sociedade devedora passa a contar com bens em seu patrimônio liberados de ônus. Ficam esses bens, portanto, aptos a ser oferecidos em garantia em novas operações de financiamento. Além disso, desonerados, eles podem ser objeto de alienação em melhores condições de mercado.

b) *Operação societária*. As operações societárias – cisão, incorporação, fusão, transformação –, além da constituição de subsidiária integral e venda de quotas ou ações representam instrumentos jurídicos que, por si sós, não são aptos a propiciar a recuperação da empresa em crise. É necessário contextualizá-las num plano econômico que mostre como sua efetivação poderá

acarretar as condições para o reerguimento da atividade. Se o devedor pleiteia o benefício da recuperação judicial, mencionando genericamente que esta se dará por meio de uma operação societária qualquer (“incorporação da sociedade devedora por outra economicamente bem posicionada”, por exemplo), isso não é minimamente suficiente para demonstrar a viabilidade do plano. É imprescindível que esclareça os lineamentos gerais da operação. Normalmente, ele não terá, ao tempo do agravamento da crise que justifica o pedido de recuperação, condições de apontar a outra parte envolvida (eventual incorporador ou adquirente), seja porque esta ainda precisa ser prospectada, seja porque estão em curso complexas e confidenciais negociações. Mas o plano deve revelar que a operação proposta é realista, no contexto econômico em que se insere a empresa em crise.

A constituição de subsidiária integral serve à segregação de patrimônio, medida útil à preservação das atividades rentáveis, com vistas não só à administração apartada em relação às demais exploradas pela mesma sociedade empresária, como também à obtenção de novos recursos em razão da futura alienação dos ativos e passivos especificamente relacionados a elas. Fora desses contextos, a medida só por si é insuficiente à recuperação de qualquer empresa em dificuldades.

Quando a lei fala em venda de quotas ou de ações, evidentemente está-se referindo a ativos da sociedade devedora. Exceto em hipóteses excepcionais, cuja implementação não depende de nenhum processo judicial (p. ex., sobras em aumento de capital social feito mediante colocação de ações em mercado aberto de valores mobiliários), a sociedade empresária não obtém recurso na venda das quotas ou ações representativas de seu próprio capital social. Esses negócios importam ganhos apenas para os titulares dessas participações societárias, isto é, seus sócios ou acionistas.

c) *Alteração do controle societário.* A alteração do controle societário pode ser total ou parcial; no primeiro caso, opera-se a venda do poder de controle, enquanto no segundo, a admissão de novo sócio no bloco controlador. Espera-se, de qualquer forma, que a alteração seja acompanhada de medidas de revitalização da

empresa, como aumento do capital e mudanças na administração. Sem elas, é improvável que a simples mudança no controle societário leve à superação da crise.

d) *Reestruturação da administração.* A substituição de alguns ou todos os administradores (diretores) é medida geralmente necessária em qualquer recuperação de empresa. Salvo quando a crise tem raízes macroeconômicas pelas quais os administradores não podem responder, a razão das dificuldades encontra-se na falta de condições ou competência para os administradores realizarem cortes de pessoal e de despesas, modernizarem o estabelecimento empresarial ou otimizarem os recursos disponíveis. É, contudo, difícil à sociedade devedora assumir em juízo que sua recuperação depende da substituição dos administradores. Essa medida, por isso, na maioria das vezes, interessa aos planos alternativos de recuperação, isto é, os submetidos à Assembléia-Geral pelos credores ou pelo administrador judicial.

Além da substituição dos administradores, pode mostrar-se útil à reorganização da atividade econômica a modificação dos órgãos societários (p. ex.: criação de comitês especializados nos conselhos de administração ou de conselhos consultivos) ou mesmo algum grau de ingerência dos credores na administração da sociedade empresária em crise, com poderes de indicar diretores ou obstar determinadas decisões. Por tratar-se também de matéria sensível aos interesses do controlador e dos diretores da devedora, é medida de recuperação mais comum em planos alternativos.

e) *Concessão de direitos societários extra-patrimoniais aos credores.* Numa variação da medida anterior, também prevê a lei a concessão aos credores de direitos societários extrapatrimoniais, como o de eleger administrador em separado ou veto a determinadas matérias. Trata-se de admitir um grau mínimo de ingerência dos credores na administração da sociedade empresária em recuperação, visando a garantir-lhes que se tentarão realizar os objetivos explicitados no plano de reorganização. Se, por exemplo, o plano aprovado previa o enxugamento da estrutura administrativa da empresa em crise, a eleição de um diretor indicado pelos credores e o direito de estes vetarem negócios e operações que pos-

sam aumentar o nível de endividamento são medidas necessárias ao controle da implementação daquela meta.

f) *Reestruturação do capital*. De modo geral, em qualquer empresa, a crise econômica, financeira ou patrimonial resolve-se com dinheiro novo, isto é, ingresso de recursos. Estes possibilitam ampliar a competitividade da sociedade devedora, contornando a crise econômica; ou desafogar o fluxo de pagamento dos juros bancários, saneando a financeira; ou pagar os passivos mais significativos, afastando a patrimonial. E esse dinheiro novo, para ser barato, deve provir de aumento de capital social: quem o presta concorda em assumir o risco de sócio e não pretende ser remunerado como mutuante. A reestruturação do capital é, assim, o meio por excelência para a recuperação da generalidade das empresas em estado crítico.

O único senão diz respeito à localização do interessado em subscrever e integralizar o aumento do capital da devedora, uma sociedade em estado pré-falimentar. Com efeito, se há alguém disposto a investir num negócio em crise por vislumbrar nisso uma interessante oportunidade de ganhos, por que já não o teria feito antes da distribuição do pedido em juízo de recuperação? É muito difícil que o processo judicial faça aparecer o investidor que os instrumentos do mercado capitalista não foram capazes de revelar. Normalmente, a reestruturação do capital da sociedade devedora no bojo de processo judicial de recuperação limita-se a afastar eventuais idiossincrasias que dificultavam as soluções de mercado.

g) *Transferência ou arrendamento do estabelecimento*. Esse meio de recuperação judicial importa a mudança na titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresária em crise. No primeiro caso, opera-se a venda do estabelecimento para quem está em condições de nele explorar a mesma atividade econômica de modo mais competente. No segundo, a propriedade do estabelecimento continua da sociedade devedora, mas a direção da atividade econômica passa às mãos de arrendador que presumivelmente está em melhores condições de promover sua recuperação. Diz a lei que o arrendador pode ser sociedade dos empregados da sociedade empresária em crise. Eles

são não só os maiores interessados na preservação de seus postos de trabalho como os mais familiarizados com a realidade da empresa. A alternativa legal, contudo, somente deve ser adotada se pelo menos alguns dos líderes dos empregados demonstrar ter espírito empreendedor. Caso contrário, faltarão à sociedade dos empregados as condições essenciais para promover a viabilização da empresa.

h) *Renegociação das obrigações ou do passivo trabalhistas.* Por contrato coletivo de trabalho, de que pode constar inclusive a redução de salários e mudanças na jornada de trabalho dos empregados da sociedade empresária em crise, alcança-se a recuperação dessa quando diagnosticado serem as obrigações trabalhistas o principal entrave nas contas. Essa medida, claro, depende não só da aceitação dos órgãos da recuperação judicial, durante a tramitação do processo, como principalmente dos empregados atingidos e do sindicato que os assiste. Sem o contrato coletivo de trabalho, não há renegociação das obrigações ou do passivo trabalhista. Se a devedora optar por promover negociações isoladas com seus empregados, sob o ponto de vista do direito do trabalho, pode estar realizando negócios absolutamente ineficazes e, em decorrência, inaptos a viabilizarem a reorganização pretendida.

i) *Dação em pagamento ou novação.* Pela dação em pagamento, um ou mais credores concordam em receber bem diverso do contratado como meio de solução da obrigação ativa que titularizam; pela novação, que pode ser subjetiva ou objetiva, substituem-se elementos das obrigações existentes, dando ensejo à sua substituição por outras, novas. Uma vez mais, são instrumentos jurídicos que, por si sós, não levam à recuperação judicial e precisam, por tal razão, ser contextualizados num plano de consistência econômica. Apenas com a precisão do objeto da dação em pagamento em favor de credor ou credores identificados, ou especificação em seus detalhes todos da novação pretendida, podem se convencer os órgãos da recuperação judicial da recuperabilidade da atividade econômica por meio desses instrumentos jurídicos.

j) *Constituição de sociedade de credores*. Se os credores entenderem que é medida apta a recuperar a empresa e tiverem interesse em todas as conseqüências que dela advêm, poderão constituir uma sociedade que continue a explorar a empresa em crise. Ao fazê-lo, substituem seus direitos de credores pelos de sócios; quer dizer, em vez de titularizarem o direito a crédito e aos consectários derivados do inadimplemento, passam a ter a expectativa de lucros na hipótese de sucesso do plano reorganizacional.

Uma variação desse meio de recuperação é a capitalização de crédito, ou seja, o ingresso de credor ou credores na sociedade devedora como sócios. Nesse caso, o credor concorda em substituir o crédito titulado perante a sociedade por participação societária. Reduz-se o passivo da sociedade ao mesmo tempo em que aumenta seu capital social. Seja como for, como qualquer renegociação no âmbito da recuperação judicial, está condicionada à sua implementação e sucesso, sua eventual convalidação em falência (na hipótese de fracasso total do plano de recuperação) fará com que o sócio retorne à condição de credor.

l) *Realização parcial do ativo*. A venda de bens do patrimônio da sociedade devedora pode se revelar medida importante na obtenção dos recursos necessários ao patrocínio da recuperação judicial. Deve-se, contudo, verificar a importância do bem a alienar para a continuidade da empresa. Se for bem de produção essencial à atividade econômica explorada, sua alienação terá provavelmente o sentido inverso, de apressar a crise.

Em se tratando do imóvel em que se encontra o estabelecimento empresarial, sua venda pode ser feita, por exemplo, com cláusula de locação que garanta, por alguns anos, a permanência da sociedade devedora no local mediante o pagamento de aluguel. Dessa forma, com a realização do ativo imobilizado, levantam-se os recursos reclamados pela recuperação econômica sem solução de continuidade na exploração da empresa. Uma vez mais, cabe atentar para a questão da falta de solução de mercado. Se, afinal, a recuperação pode ser alcançada pela venda de algum ativo, no que pode ajudar o processo judicial a localizar interessados em adquiri-lo? Se o funcionamento regular do mercado capitalista não propiciou que eles se apresentassem, não é provável que

a instauração e tramitação do processo judicial de recuperação – a rigor, um monte de papel acumulando pó na prateleira do cartório – possa mudar o cenário. Somente se o ativo a alienar for uma filial ou unidade produtiva isolada, importará significativa mudança a existência do processo, tendo em vista a expressa supressão da sucessão nesse caso.

m) *Equalização de encargos financeiros*. A medida insere-se no contexto de renegociação do passivo da sociedade que explora a empresa em situação crítica. Por ela, bancos e empresas de fomento mercantil padronizam os encargos financeiros de seus créditos, ajustando-os ao menor dos praticados no mercado (em idênticas condições, bem entendido). Trata-se de impor a determinados credores redução no seu direito creditório, sob a justificativa de que ela não lhes acarretará prejuízo. Como o mercado está praticando juros menores, os concorrentes desses credores demonstram ter como operar abaixo das taxas contratadas por eles. A equalização dos encargos financeiros é uma medida justa de proporcionar a obtenção de recursos pela sociedade devedora sem comprometer a lucratividade das atividades exploradas pelos atingidos (reduzindo-a, porém).

n) *Usufruto de empresa*. Trata-se de mais uma medida destinada a transferir a direção da atividade econômica em crise para mãos mais hábeis e preparadas. Pelo usufruto, o novo dirigente do negócio torna-se usufrutuário do estabelecimento empresarial, revertendo em seu benefício os frutos da exploração deste. A sociedade devedora continua proprietária do estabelecimento, durante o prazo do usufruto. Normalmente, terá sentido essa medida enquanto o usufrutuário assumir a obrigação não só de investir na ampliação e modernização do estabelecimento, como também a de mantê-lo ativo e frutífero ao tempo da extinção do usufruto.

o) *Administração compartilhada*. Essa figura é um mero desdobramento do meio já examinado acima de reestruturação da administração. Refere-se a lei, aqui, à divisão de responsabilidades entre a sociedade devedora e seus credores, ou parte deles, nas decisões administrativas de interesse da empresa em crise. Normalmente se promove o compartilhamento pela indicação,

pelos credores, de um ou mais representantes nos órgãos de administração da sociedade devedora, mas outros instrumentos podem ser adotados, como o de consultas recíprocas ou a obrigação contratual de colher a prévia anuência do credor para determinadas decisões ou negócios (*waive*, isto é, a renúncia do credor ao direito de obstar o ato).

p) *Emissão de valores mobiliários*. Se a sociedade empresária que pleiteia a recuperação judicial é por ações, ela pode, por exemplo, emitir debêntures ou outros valores mobiliários (*commercial paper*, por exemplo), instrumentos de captação de recursos que podem, atendidas certas condições, ser admitidos à negociação no mercado de capitais. Quem os subscreve torna-se titular de parcela de contrato de mútuo, em que a sociedade emissora é a mutuária. O emprego desse meio de recuperação da empresa em estado crítico será viável apenas quando houver interessados em investir nela.

q) *Adjudicação de bens*. Cuida a lei da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), cujo objeto é adjudicar em pagamento dos créditos titularizados perante a sociedade empresária devedora bens do ativo dessa, os quais lhe devem ter sido previamente transferidos a título de integralização de capital social ou venda. Na verdade, é apenas um desdobramento da medida representada pela dação em pagamento com a sofisticação da intermediação por uma nova sociedade constituída exclusivamente com a finalidade de servir à adjudicação. Sua eficácia depende, dentre outros fatores, da manutenção no estabelecimento da devedora dos bens essenciais à reorganização da atividade empresarial explorada.

3. Viabilidade da empresa

Para ter direito à recuperação judicial ou extrajudicial, o devedor empresário deve demonstrar a viabilidade da empresa, isto é, da atividade econômica que explora. Ela está em crise, é certo, mas sua superação deve ser factível, para que os custos suportados pelos credores (inicialmente) ou por toda a sociedade brasileira (como se verá adiante) possam ser compensados. As

condições de viabilidade da empresa devem ser aferidas no decorrer do processo de recuperação judicial ou no de homologação da recuperação extrajudicial. Quais são, contudo, os critérios norteadores dessa aferição?

Procurando contribuir para o início da discussão acerca da resposta a essa questão de considerável envergadura, proponho que o exame da viabilidade da empresa cuja recuperação se requer deva ser feito, pelo Judiciário, em função de vetores como os seguintes:

a) *Importância social*. A viabilidade da empresa a recuperar não é questão meramente técnica, que possa ser resolvida apenas pelos economistas e administradores de empresa. Quer dizer, o exame da viabilidade deve compatibilizar necessariamente dois aspectos da questão: não pode ignorar nem as condições econômicas a partir das quais é possível programar-se o reerguimento do negócio, nem a relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional. Assim, para merecer a recuperação judicial, a sociedade empresária deve reunir dois atributos: ter potencial econômico para reerguer-se e importância social. Não basta que os especialistas se ponham de acordo quanto à consistência e factibilidade do plano de reorganização sob o ponto de vista técnico. É necessário seja importante para a economia local, regional ou nacional que aquela empresa se reorganize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado.

b) *Mão-de-obra e tecnologia empregadas*. No atual estágio de evolução das empresas, por vezes esses vetores se excluem, por vezes se complementam. Em algumas indústrias, quanto mais moderna a tecnologia empregada, menor a quantidade de empregados e maior a qualificação que deles se exige. No setor de serviços, como os de *telemarketing* por exemplo, a relação é direta entre modernidade tecnológica e volume de mão-de-obra. A equação relacionada a esses vetores no exame da viabilidade da empresa, por isso, nem sempre é fácil de sopesar porque pode redundar um círculo vicioso: a recuperação da empresa tecnologi-

camente atrasada depende de modernização, que implica o fim de postos de trabalho e desemprego; mas se não for substituída a tecnologia em atenção aos interesses dos empregados, ela não se reorganiza.

c) *Volume do ativo e passivo.* O exame da viabilidade da empresa em crise começa pela definição da natureza desta. Se a crise da empresa é exclusivamente econômica, as medidas a adotar dizem respeito à produção ou ao *marketing*. Se financeira, pode exigir a reestruturação do capital ou corte de custos. Quando a crise é só patrimonial, deve-se avaliar se o endividamento da sociedade empresária é preocupante ou não. Na medida em que se intercombinam as crises, a recuperação passa a depender de soluções mais complexas. O volume do ativo e passivo da sociedade que explora a empresa a recuperar é importante elemento da análise financeira de balanço, que se faz comparando pelo menos dois demonstrativos dessa espécie.

d) *Tempo da empresa.* Na aferição da viabilidade da empresa, deve-se levar em conta há quanto tempo ela existe e está funcionando. Novos negócios, de pouco mais de dois anos por exemplo, não devem ser tratados da mesma forma que os antigos, de décadas de reiteradas contribuições para a economia local, regional ou nacional. Isso não quer dizer, ressalto, que apenas as empresas constituídas há muito tempo podem ser objeto de recuperação judicial. Pelo contrário, novas ou velhas, qualquer empresa viável que atenda aos pressupostos da lei pode ser recuperada. O maior ou menor tempo de constituição e funcionamento, porém, influi no peso a ser concedido aos demais vetores relevantes. Em outros termos, empresas muito jovens só devem ter acesso à recuperação judicial se o potencial econômico e a importância social que apresentam forem realmente significativas.

e) *Porte econômico.* Por fim, o exame de viabilidade deve tratar do porte econômico da empresa a recuperar. Evidentemente, não há tratar igualmente as empresas desprezando o seu porte. As medidas de reorganização recomendadas para uma grande rede de supermercados certamente não podem ser exigidas de um lojista microempresário. Por outro lado, quanto menor o

porte da empresa, menos importância social terá, por ser mais fácil sua substituição.

4. Conclusão

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

Veja que não estou considerando, aqui, os custos do *processo de recuperação judicial*, como os honorários do administrador judicial, dos profissionais contratados para assessorá-lo, peritos, custas e outras despesas. Quanto a estes, não há dúvidas de que cabe à própria sociedade devedora em recuperação o seu pagamento.

Falo dos custos da *recuperação da empresa*, que são socializados por um encadeamento complexo de relações econômicas e sociais. Explico. Imagine que os bancos vejam, em diversos processos judiciais de recuperação dos respectivos devedores, seus créditos transformados em capital, pelo plano de reorganização aprovado pela maioria dos credores e homologado pelo juiz. Isso implica que em vez do dinheiro emprestado, os bancos receberão ações ou quotas da sociedade empresária devedora, tornando-se – a contragosto ou não – sócios de um negócio de futuro incerto. Quer dizer, se as medidas de recuperação frutificarem, os bancos terão de volta o seu dinheiro; mas em caso contrário, perderão tudo que haviam emprestado. Essa mudança importará impacto nas taxas de juros praticadas pelos bancos. A transformação do crédito em capital passa a ser um risco associado à recuperação

judicial do devedor e, para assegurar-se contra ele, os bancos calcularão um *spread* específico para embutir em seus juros. Com isso, o custo do dinheiro aumentará e, conseqüentemente, todos os empresários fornecedores de bens ou serviços que dependam de financiamento bancário acabarão por repassar o aumento a seus preços. Juros bancários altos, todos sabem, também podem retardar o processo de desenvolvimento econômico do país.

Quer dizer, o custo da recuperação das empresas (não do processo judicial de recuperação, especificamente) é suportado, a rigor, pela sociedade brasileira.

Mas se é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não se pode erigir à recuperação das empresas um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Em muitos casos – eu diria, na expressiva maioria deles – se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a realocação em outras atividades econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados nas da falida.

Em outros termos, somente as empresas *viáveis* devem ser objeto de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que se justifique o sacrifício da sociedade brasileira presente, em maior ou menor extensão, em qualquer recuperação de empresa não derivada de solução de mercado, a sociedade empresária que a postula deve mostrar-se digna do benefício. Deve mostrar, em outras palavras, que tem condições de devolver à sociedade brasileira, se e quando recuperada, pelo menos em parte o sacrifício feito para salvá-la.

BREVE ESTUDO SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL E O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Francisco Luciano Lima Rodrigues*

1. Introdução

O estudo da propriedade privada, seja quanto ao aspecto da sua evolução histórica, seja quanto à investigação de seu conteúdo, tem ocupado, durante muitos anos, a atenção dos juristas.

Para o entendimento do conceito atual de propriedade privada, marcado pelo condicionamento ao cumprimento da função social, faz-se indispensável a verificação de todos os movimentos políticos, econômicos e filosóficos que contribuíram para a sua formação, bem como a influência destes movimentos na produção legislativa a respeito do assunto.

É, ainda, necessária à compreensão conceitual de propriedade a verificação da sua abrangência pelo texto constitucional, o

* *Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Professor do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Juiz de Direito no Ceará.*

alcance de sua condição de direito e garantia fundamental, bem como a dissecação de seus aspectos institucional e individual para esclarecer a possibilidade de imposição de limites ao seu exercício, com base nos princípios da igualdade e da proporcionalidade, investigando, por fim, a possibilidade de compatibilização do seu exercício com outros direitos fundamentais e, até mesmo, a viabilidade de, em dadas circunstâncias, quando exigir o interesse coletivo, ver-se retraído em favor de um outro direito também fundamental, como, por exemplo, o direito ao patrimônio cultural preservado.

2. Evolução histórica do conceito de propriedade privada

A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

Acerca da origem da propriedade, Vidal¹ assevera que a terra, no princípio, havia sido cultivada de forma comum e que, com o passar do tempo, passou-se a atribuir a cada família integrante da tribo uma porção de terra onde cada uma deveria trabalhar para garantir seu sustento. A ocasião em que a área a ser utilizada pela família era dividida variava por períodos mais ou menos largos, como, por exemplo: o povo judeu repartia as suas terras a cada cinquenta anos — momento em que se denominava de ano sabático.

Com o passar dos tempos, a prerrogativa dada a cada família para que desfrutasse a terra foi ficando perpétua e, muitas vezes, o titular de todos os bens era o cabeça da família.

A sociedade greco-romana foi responsável por um considerável legado deixado às sociedades que a sucederam no tocante às regras de direito privado, sendo que a visão romana da propriedade deve ser apreciada, sem se perder de vista sua ligação a questões familiares e religiosas.

1 VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1990, p. 197.

Fustel de Coulanges² considera que a idéia de propriedade privada na sociedade romana estava situada na própria religião, pelo fato de que cada família tinha o local de residência e de seus antecedentes como um lugar sagrado, onde os espíritos dos antecedentes protegiam os atuais moradores.

A família romana, individualmente, possuía seus próprios deuses, representados por seus ancestrais, que protegiam tão-somente os entes de uma determinada família. O local de moradia era sagrado e nela não podiam penetrar pessoas estranhas à família. Esse caráter sagrado levou o romano a considerar a propriedade como inalienável, transmitindo-se, tão-somente, para a descendência do proprietário, excluindo qualquer outra forma de alienação.

Isabel Vaz³, acerca da visão romana de propriedade, acentua que a concepção religiosa do romano entendia a idéia de propriedade como sendo familiar e, dessa forma, se sobrepondo ao caráter individualista, como meio de garantir o direito à família, após a morte do proprietário, de continuar a utilizá-la como local sagrado para manifestações religiosas.

A expansão do império romano operou o surgimento de novas formas de propriedade, motivada pelas suas sucessivas conquistas territoriais. As terras conquistadas pelo império romano eram, em parte, utilizadas pelo próprio império e, também, colocada à exploração por pessoas que deveriam pagar pelo direito de exercer a referida exploração. Surgia, assim, um novo conceito de propriedade que, perdendo sua característica familiar e religiosa, era marcado pelo individualismo em seu exercício.

No entender de Vidal⁴, os vínculos familiares em Roma se afrouxaram após a adoção da concepção individualista da propriedade, tendo ocorrido o reconhecimento de certas limitações à pro-

2 COULANGES, Numa Demis. *Fustel. A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, Hemus, 1975, p. 56.

3 VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, p. 32.

4 VIDAL, Marina Mariani. *Curso de Derechos Reales*, tomo I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1991, p. 197. "el aflojamiento de los vínculos familiares alumbó posteriormente la propiedad individualista, como la conocemos actualmente. Y si bien es cierto que reconocía ciertas limitaciones inspiradas em el interés de la comunidad,

priedade baseadas no interesse da coletividade, bem como restrições impostas aos imóveis que eram conhecidas por servidão e que deveriam ser suportadas pelo sucessor do proprietário, que manteria com a coisa uma relação de compartilhamento de prerrogativas. Daí a nomenclatura, hoje utilizada, de prédio serviente, na hipótese de servidão predial.

A queda do império romano demarca, para alguns estudiosos⁵, o início da idade média. Para outros⁶, teria sido o Tratado de Verdum, elaborado pelos descendentes do Imperador Carlos Magno, no qual foi dividido o império romano em parte oriental e ocidental, o marco inicial deste período histórico.

O início da Idade Média é marcado na Europa pelos grandes movimentos de migração de povos e pela circunstância de que a fé e a cultura eram guardadas pelos monges e religiosos nos conventos e mosteiros.

No aspecto jurídico, um marco também considerável foi a compilação do direito bárbaro, que enalteceu a fase denominada Baixa Idade Média, na qual se pode distinguir com maior evidência o feudalismo.

O feudalismo provocou a repartição do poder dos reis sobre a terra, uma vez que a propriedade foi bifurcada em domínio direto e domínio útil. O domínio direto era aquele exercido pelo senhor feudal e outro, o útil, aquele exercido pelos vassalos. Essa relação entre o senhor feudal e seus vassalos consistia em que este, para

también lo es que toda comun resticción privada por la cual los inmuebles, era considerada como una 'servidumbre' y la heredad que la suportaba tenia una condición semejante a la de un esclavo (de aalí la denominación de fundo servinte)".

- 5 ADROUGUE, Manuel I. *El derecho de propiedad en la actualidad*, Buenos Aires, Aleledo-Perrol, 1991, p. 24. "La caída de Roma, a manos de los bárbaros (año 476 d.c), provoca el derrumbe del Império Romano de Occidente y abre las puertas de la Edad Media".
- 6 VIDAL. Marina Mariani. Obra citada, p.198. "Lo que da una característica especial ao régimen de la propiedad in mueble — con mucho la más importante en ese momento — no se desarrolla en toda ella, sino que abarca un período determinado, que se designa con el nombre de época feudal o feudalismo, que se inicia más o menos el año 843, cuanda se firma el Tratado de Verdún, por el cual los nietos del Emperador Carlomagno se dividen el Imperio: aparecen los señores feudales compartiendo la soberania con los reys, que no eran más que *primus inter pares*".

explorar e utilizar a terra, pagava ao senhor feudal prestações que poderiam ser *in natura* ou em espécie.

Na Idade Média ocorreu um processo de desintegração do conceito unitário de propriedade, resultando em desdobramentos de suas faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor e usufrutuário, propiciando o aparecimento de outras formas coletivas ou comuns de propriedade, conforme ensina Viana.⁷

Ao lado da existência dos feudos, em que o domínio era compartilhado entre senhor e vassalos, existiam as terras onde ainda predominava o princípio romano do absolutismo e do exclusivismo, denominados de terras alodiais. Nessas terras vigorava o princípio de que “*não há senhor sem título*”. Assim sendo, as terras alodiais eram possuídas sem encargos e sem gravames. A existência dessas terras, que se multiplicavam, e também o crescimento dos burgos, que eram povoados existentes além dos muros do castelo feudal, enfraqueceram o poder do senhor feudal e contribuíram para o aumento das cidades livres.

A decadência do período feudal, no que tange ao aspecto jurídico relativo à propriedade, contou com a ajuda de juristas que atribuíram ao domínio útil (aquele exercido pelo vassalo) características jurídicas semelhantes às atribuídas à propriedade romana. Concluíram esses juristas que o domínio advinha da concessão permitida pelo senhor feudal e que os gravames que fortaleciam o domínio direto (aquele exercido pelo senhor feudal) eram vistos como insuportáveis, porquanto retiravam os direitos daqueles que realmente trabalhavam e faziam a terra render economicamente, conforme discorre Vidal⁸.

7 VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)* Editora Saraiva, São Paulo, 1982, p. 12.

8 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.198-199 “*Poco a poco los señores feudales fueron perdiendo su primacía, debido a la importancia creciente de las ciudades o ‘burgos’, y al aumento del poder de los reys. También tuvieron su parte los juristas quienes — insperados en el Derecho Romano, cuyo estudio había vuelto a florecer — trataron de hacer del dominio útil un derecho semejante a la propiedad romana y si bien jurídicamente aquél había nacido como una concesión consentida por el señor feudal, los gravámenes que concretaban el dominio directo o eminente, empezaron a verse con un privilegio insorpotable, como una usurpación a los titulares del dominio útil queeran quienes, en verdad, lo trabajaban y hacían rendir ecoómicamente*”.

Atribui-se ao direito utilizado pelos bárbaros (direito dos costumes) e também ao cristianismo a utilização de restrições à propriedade no período feudal da Idade Média.

A Idade Média produziu um conceito de propriedade que, rejeitando o exclusivismo, marca da idade romana, admitiu uma superposição de domínios coexistentes sobre o mesmo objeto. A bipartição do domínio, ocorrida entre o senhor feudal e o vassalo, teria sido a fórmula encontrada pelo senhor feudal para manter o poder político que estava estritamente relacionado com a propriedade das terras.

Acerca das mudanças ocorridas no conceito de propriedade, afirma Adrogue⁹ que o Iluminismo e as novas correntes do pensamento econômico, bem como a reforma religiosa e a concreta situação de servidão que atingia boa parte da população europeia, prepararam o caminho para a Revolução Francesa, que provocou uma mudança abrupta em toda a ordem jurídica, resultando na queda do regime feudal.

A Revolução Francesa marcou a história da humanidade e provocou mudanças no conceito de propriedade. Teria a Revolução de 1789 trazido de volta o conceito romano de propriedade, definindo-a como direito sagrado, individualista e absolutista.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas ocorridas durante a Revolução Francesa desencadearam a instituição do Código Civil Francês em 1804, também denominado Código de Napoleão, que definiu as atribuições relativas ao proprietário.

A respeito da influência da Revolução Francesa na formação do conceito de propriedade, defende Adrogue¹⁰ que este período fez do proprietário uma espécie de soberano e da propriedade um

9 ADROUGUE. Manuel I. Obra citada, p. 27. *“El Iluminismo, las nuevas corrientes del pensamiento económico, la Reforma (religiosa), y la concreta situación de servidumbre y estancamiento en que se hallaba buena parte de la población de Europa, prepararon el camino de la Revolución Francesa que provocó un cambio abrupto en todo esse orden de cosas. Posiblemente un régimen como el feudal, consolidado como estaba, no hubiera podido caer sino a consecuencia de un sacudimiento político y social de las proporciones de qué que estamos hablando”.*

10 ADROUGUE. Manuel I. Obra citada, p. 29. *“Se hizo del propietario una especie de soberano y la propiedad fue considerada un derecho sagrado e inviolable. Era la salvaguardia de la libertad. La simplificación de la propiedad y su organización de base estrictamente individual (no familiar) era, además, instrumento ordenado a la*

direito sagrado e inviolável. A simplificação da propriedade e a sua organização com base estritamente familiar era a forma encontrada para a supressão das classes sociais. As palavras liberdade, igualdade e fraternidade eram as expressões mágicas que simbolizavam o ideal daquela época. Existia naquele momento histórico uma idolatria da propriedade, fundada também nos ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, tomados como forma de resistência à opressão da classe dominante.

O Código de Napoleão, em seu artigo 544, define as prerrogativas do proprietário como “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça dela uso proibido pelas leis e regulamentos”.

Ainda, na mesma definição das prerrogativas inerentes ao proprietário, elaborada pelo Código de 1804, vêem-se expressões contraditórias, pois não é possível que um direito seja gozado de forma absoluta e ao mesmo tempo possa ser limitado por normas e regulamentos.

Alguns autores¹¹ defendem a idéia de que a concepção romana da propriedade restabeleceu-se no século XVIII, afirmando que na França, após a Revolução, a propriedade aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como um direito inviolável e sagrado. A preocupação em assegurar a liberdade individual e a igualdade dos homens e a reação ao regime feudal levaram a uma concepção individualista exagerada de propriedade, caracterizada como direito absoluto, exclusivo e perpétuo, não sendo admitidas, inicialmente, outras restrições, senão as decorrentes das normas sobre vizinhança, que determinavam algumas obrigações ao proprietário.

O posicionamento dos juristas no sentido de entender a propriedade, no período da Revolução Francesa, como uma reedição do conceito absolutista da idade romana, encontra contestadores que propugnam pela existência de diferenciações básicas entre o

supresión de las clases sociales (lease, la nobreza). Libertad, igualdad, fraternidad, eram las mágicas palabras que simbolizaban estas ideas. la propiedad era idolatrada, junto con la libertad, la igualdad e el derecho de resitência a la opresión”.

11 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Servidão Administrativa*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 12-13.

conceito de propriedade nos dois momentos históricos indicados. Nesse sentido, Adrogue¹² afirma que a Revolução Francesa suprimiu o regime feudal da propriedade, restabeleceu a estrutura da propriedade romana em seus aspectos técnico-jurídicos. Entretanto, assevera o autor que, ideologicamente, a propriedade foi entendida de forma diferente nos referidos períodos históricos, pois na concepção romana a propriedade era evidenciada pelo autoritarismo, tinha conotação militar, religiosa e política, sendo utilizada para assegurar a supremacia das famílias romanas. A propriedade na era Napoleônica foi resultado da união de pequenos e médios possuidores com a burguesia em oposição ao rei e a nobreza, com a pretensão de separar o poder político do poder econômico.

O conceito de propriedade individualista e absoluta, surgida após a Revolução Francesa, foi, na segunda metade do século XIX, alvo de questionamentos, motivados pelo surgimento de entendimentos no sentido de que a propriedade deveria atender ao bem-estar da coletividade.

Entretanto, apesar das reações contrárias às idéias patrocinadas pela Revolução Francesa, a propriedade foi vista até a metade do século XIX como um instituto individualista, passando, com os movimentos sociais, políticos e econômicos ocorridos na Europa, a partir da segunda metade daquele século, notadamente a expansão das idéias do filósofo Karl Marx, a sofrer uma fragilização em seu aspecto individualista, tão evidente na época.

A respeito das mudanças sociais e políticas alcançadas nos meados do século XIX e suas conseqüências na conceituação da

12 ADROUGUE, Manuel I. Obra citada, p. 31. *“La Revolución Francesa, al suprimir el régimen feudal de la propiedad, restableció la estructura de la propiedad romana en sus aspectos técnicos-jurídicos. Fueron esos los momentos, en el cuadro de la evolución histórica de nuestra institución, en que la propiedad reunió los mayores atributos. Pero la ideología que inspiraba a la propiedad, en uno y outro caso, era indudablemente diversa. La concepción romana evidenciaba un autoritarismo, de connotación militar, religioso y político, que aseguraba la supremacía de las familias descendientes e los fundadores de Roma. La propiedad napoleónica, hija de la Revolución Francesa, que fue el resultado de la unión de los pequeños y medianos terratenientes con la burhiesia en contra del rey y la nobleza, pretende separar el poder político del poder económico, por via de reconocer aquél ao pueblo y éste ao ciudadano”.*

propriedade, Vidal¹³ defende que o liberalismo, motivado por suas concepções de Estado, propiciou grandes abusos por parte dos detentores de riqueza. Argumenta, ainda, que o industrialismo originou uma massa de proletários, cuja única riqueza eram seus braços e cuja mercadoria — assim era considerado o trabalho humano — estava sujeita às variações da procura e da oferta. Enfatiza a autora que as idéias liberais do século XIX oportunizaram o nascimento do anarquismo, como ideologia política, traduzido no entendimento de que a propriedade era um roubo, advogando a sua extinção.

Dessas ebulições políticas ocorridas a partir do século XIX surgem duas posições acerca da propriedade. Uma resultante das idéias nascidas da Revolução Russa que desejava transformar a propriedade individual em propriedade coletiva e, em contrapartida, uma outra corrente política que intencionava manter o *status quo* da propriedade da época, acrescidas de restrições que atendessem ao interesse social.

No tocante à propriedade privada, não há deixar de fazer referência ao pensamento marxista e sua concepção de propriedade, já que para a “teoria social marxista, o conceito de propriedade e algumas categorias correlatas (relações de propriedade, formas de propriedade) têm significado fundamental”¹⁴.

Na sua obra “A Ideologia Alemã” de 1845/46, Karl Marx e Friedrich Engels já assumem a importância do conceito de propriedade privada tanto para a crítica às concepções filosóficas a respeito da natureza do Estado, como para o que virá mais tarde a ser a crítica do modelo capitalista de produção. Para esses autores, as distintas formas de divisão do trabalho já representariam formas distintas de propriedade privada, segundo o desenvolvimento histórico.

13 VIDAL, Marina Mariani de. Obra citada, p.199. “*El liberalismo, com su concepción del Estado gendarme y el principio del laissez faire, laissez passer, dio lugar a grandes abusos por parte de los poseedores de la riqueza. El industrialismo originó la masa de los proletarios cuya única riqueza eram sus brazos e cuya mercancia — que así era considerado el trabajo humano — estaba sujeto a los avatares de la oferta y la demanda*”.

14 BOTTMORE, Tom (editor). *Dicionário do Pensamento Marxista*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1983, p. 304, verbete “propriedade”.

“Assim, ‘a primeira forma de propriedade é a propriedade tribal. Ela corresponde àquele estágio rudimentar da produção em que um povo se alimenta da caça e da pesca’ [...] A segunda forma de propriedade é a propriedade comunal e propriedade do Estado, encontrada na antigüidade e proveniente, sobretudo, da reunião de várias tribos em uma única cidade, por contrato ou por conquista e na qual subsiste a escravidão. A terceira forma é a propriedade feudal, ou a dos diversos estamentos”¹⁵.

Especificamente no que diz respeito à terceira forma de propriedade, os autores afirmam que o modelo descritivo de propriedade somente se aplica à experiência ocidental, que se organizou sob a forma pré-capitalista de feudalismo.

Essa observação conduziu os mesmos autores a se dedicarem ao modo de produção e propriedade nas sociedades asiáticas, por exemplo, mais tarde quando da elaboração e publicação, em 1867, da obra “O Capital”, escrita por Karl Marx.

Confirmando a importância do conceito de propriedade na obra de Karl Marx, anteriormente ao trabalho “A Ideologia Alemã”, preocupações eram presentes, no instante em que, embora com uma perspectiva distinta, surgem os “Manuscritos Econômicos e Filosóficos”¹⁶, em 1844. Nesse trabalho, a associação entre propriedade privada e trabalho é clara:

“A *essência subjectiva* da propriedade privada, a propriedade privada enquanto atividade para si própria, como sujeito, como pessoa, é o trabalho. É evidente, portanto, que só a economia política, a qual reconhecia o trabalho como seu princípio (*Adam Smith*) e já não reputava a propriedade privada como simples *condição* externa ao homem, se pode considerar ao mesmo tempo como um produto, uma energia real e do movimento da propriedade privada, como um produto da *indústria* moderna e uma força que acelerou e intensificou o dinamismo e o desenvolvimento da *indústria*, até fazer deste um poder da consciência”¹⁷.

15 MARX, Karl e Friedrich Engels. *A Ideologia Alemã*. Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989, p. 15-17.

16 MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos e Filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989, p. 183 e ss.

17 Ob. cit., p. 183.

Para a crítica marxista, a propriedade privada é um poder em si a determinar uma consciência. Nesse sentido, uma segunda categorização para Marx entra em cena: a da alienação, materializada pela mais-valia, ou seja, o lucro do capitalista que é explorador da força de trabalho de quem não é detentor do poder da consciência e promotor do desenvolvimento econômico — o capitalismo. A ausência da consciência conduz, pois, à alienação dos que necessitam se sujeitar ao modo de produção capitalista criando assim critérios profundamente injustos de distribuição da riqueza social. Dessa maneira, somente o fim da alienação, a ser promovido por uma classe organizada, poderia desencadear um processo de superação e uma sociedade de classes, em que a natureza do homem poderia ser alterada, já que o argumento sobre a imutabilidade das qualidades do homem é produto das condicionantes materiais de suas épocas históricas, donde se conclui que o homem pode ser transformado.

O que interessa para o presente trabalho é a constatação de que a concepção marxista de propriedade privada, articulada a partir das limitações ao direito de propriedade privada, denuncia claramente a tensão política existente entre os conceitos e sua implementação empírica. Se por um lado a propriedade privada é assegurada, observadas as exigências do capitalismo mundial, por outro lado, a complexidade das situações de sociabilidade dos grupos políticos da atualidade, absorve o lado emancipatório das idéias de Karl Marx e peleja para um razoável sucesso em torno de sua agenda de reivindicações, pelo menos formalmente. Outra não poderia ser a constatação do papel assumido pelos setores sociais ligados à defesa do patrimônio ambiental, histórico, cultural e arqueológico. Tal fato é confirmador dos limites da democracia burguesa, mas, por outro lado, no esteio do pensamento marxista, é elemento futuro a possibilitar uma emancipação de maior envergadura nas sociedades.

Tem-se, então, hoje um conceito de propriedade que, influenciado pela ideologia do Estado Social, despreendeu-se do seu aspecto individualista, característica do Estado Liberal, e é marcada pelo exercício de prerrogativas, por parte do proprietário,

submetidas a limitações tendentes que condicionam seu exercício a interesses coletivos.

No campo da teoria do Direito Civil atual, merece nota a reflexão elaborada por Luiz Edson Fachin, que incorpora parâmetros das exigências da atualidade. Nas palavras de Fachin, a bipolaridade da relação do direito de propriedade — um pólo que possui e um outro constituído pela subjetividade — é a justificativa para sua existência:

“Tal acontecimento é compreendido a partir da idéia de que há, também, nas titularidades e nos direitos reais uma relação jurídica, pelo fato de ser intrínseca a eles uma subjetividade. Isso significa dizer que se não houver o outro, não há sentido na construção de toda esta ficção jurídica que se deu no direito real de propriedade. E face dos terceiros é que se edifica a eficácia *erga omnes*, a formalidade registral, a seriação imobiliária e assim sucessivamente”¹⁸.

Decorrendo do referido pensamento, parece procedente que se desenvolva a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva — a bipolaridade da relação — como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo — a sociedade — em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto. Correto o mencionado autor, na medida em que não há aceitar, do ponto de vista racional, que a Constituição Federal tenha protegido o bem cultural, com a intensidade e especialidade que o fez, partindo de um simples diletantismo proveniente de embates caprichosos da sociedade. Na verdade, a proteção ao patrimônio histórico e cultural resulta de uma exigência de um dos pólos que, segundo as novas concepções civilistas (aqui representada pela afirmação de Fachin), preenche os requisitos da subjetividade a possibilitar a materialização da ficção jurídica prevista normativamente.

18 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Renovar, 2000, p. 112.

3. Conteúdo da propriedade privada

No Brasil tem-se por preceito constitucional explícito a qualificação do direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

A inclusão do direito de propriedade no catálogo dos direitos e garantias fundamentais denota, sem maiores indagações doutrinárias, a natureza jurídica do direito de propriedade como um direito fundamental que, por sua qualidade, espalha-se por todo o tecido constitucional e, também, infraconstitucional.

A consideração do direito de propriedade como direito e garantia fundamental na forma tratada pela Constituição Federal brasileira não é a mesma atribuída por outras ordens constitucionais como, por exemplo, a portuguesa que inclui tal direito no catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A ordem constitucional portuguesa considera o direito de propriedade como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais e a este respeito, afirma Fernandez¹⁹ que só mediante a consideração do direito de propriedade privada como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, será possível submeter este direito ao regime específico de proteção que vigora para esta espécie de direitos fundamentais positivado no artigo 18º da Constituição da Republica Portuguesa²⁰ que os considera como auto-aplicáveis.

É indiscutível que o direito de propriedade é um direito fundamental e, no caso da ordem constitucional brasileira, um direito

19 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 167-170.

20 “Artigo 18º (Força Jurídica). 1. os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

fundamental explícito, constante do catálogo descrito no artigo 5º da Constituição Federal.

No entanto, a respeito desse direito fundamental, é corriqueiro o questionamento sobre conteúdo do direito de propriedade. A questão orbita entre a possibilidade de a Constituição, ao estabelecer o direito de propriedade como direito fundamental, proteger apenas a titularidade do direito ou, também, garantir o seu conteúdo.

O conteúdo do direito de propriedade traduz-se pela marca da sua extensão, pela definição de seu objeto e compõe-se dos poderes e faculdades, com afirma Ferreira²¹, resultando em exercício de direito os atos e fatos praticados pelo proprietário.

A Constituição Federal ao dispor sobre a propriedade privada como direito fundamental não faz qualquer alusão expressa à garantia de conteúdo.

A esse respeito, tratando da ordem jurídica portuguesa, Fernandez²² defende a idéia de que na Constituição Portuguesa também não haveria referência expressa à garantia do conteúdo do direito de propriedade e que a constituição carece de um conceito de propriedade privada, e que, por isso, ela mesma remeteria, por inteiro, ao legislador ordinário a fixação do conteúdo daquele direito. Nessas circunstâncias, complementa Fernandez, a lei teria competência para disciplinar por completo a propriedade, porque a Constituição careceria de um critério preceptivo capaz de exigir e determinar um dado comportamento por parte do legislador.

Analisando a ordem constitucional italiana, no artigo 42º da Carta Política Italiana²³, Gianinni²⁴ defende que a expressão cons-

21 FERREIRA, Sérgio Andréia. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.

22 Obra citada, p. 172-173.

23 Art. 42º. *La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale. La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.* Fonte: www.associb.org.br/constituz.html. Acesso em 27 mar. 2003.

24 GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali dellaproprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971, pp. 443 e seguintes.

titucional referente à propriedade privada surtiria dois efeitos: o primeiro, seria relacionado com a preclusão do legislador ordinário vir a suprimir o direito de propriedade privada do ordenamento jurídico; e o segundo, estaria relacionado à possibilidade da intervenção normativa e administrativa no direito de propriedade, consubstanciada na reserva de lei.

Defende ainda Gianinni²⁵ que o direito de propriedade é de configuração legal total, tendo o legislador ampla liberdade para regular o conteúdo desse direito, limitado, no entanto, pela imposição de dois fins: a função social e o princípio da igualdade na acessibilidade de todos os cidadãos, bem como pela impossibilidade de supressão do direito de propriedade garantido pela Constituição.

A partir desse entendimento elaborado por Gianinni, pode-se afirmar que o direito de propriedade, apesar de sua qualidade de direito fundamental, não estaria impedido de ser submetido à conformação, limitação, regulação ou restrição pelo legislador infraconstitucional.

A respeito da garantia constitucional da propriedade, afirmam os autores Karl Nüssgens, Karlheinz Boujong, Werner Waber, que a doutrina e a jurisprudência alemãs apontam a existência de uma dupla função para tal garantia: — garantia institucional, a propriedade privada como instituto jurídico (*Rechtsinstitut*); — garantia da posição jurídica, garantia da existência ou garantia individual (*Rechtsstellungs, Bestands, Individual-garantie*) que protege como direito fundamental a posição jurídica de valor patrimonial que se encontra nas mãos do proprietário particular²⁶.

Haveria na Lei Fundamental alemã, conforme asseveram Werber Hoppe e Werner Ernst, uma dupla garantia: de um lado, a garantia do direito fundamental da liberdade da propriedade (*Eigentumsfreiheitsrecht*) e, do outro lado, a garantia da instituição

25 GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali della proprietà privata*, Política e Direito, Milano, 1971, p. 443 e seguintes.

26 *Apud*, ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302.

jurídica objetiva “propriedade” (*Garantie der objektiven Rechtseinerichtung*)²⁷.

Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal — direito de propriedade como direito fundamental — constata-se a consagração da garantia institucional e individual da propriedade privada, dois lados da mesma moeda.

O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional²⁸ diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-lhe a proibição de exarar normas tendentes a abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar um direito individual como “propriedade privada”, possibilitando a sua acessibilidade para todos, bem como a existência e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual²⁹.

Nesse aspecto, é de ressaltar que tanto a proibição quanto o dever atribuído ao legislador, no que se refere à garantia institucional, não se restringe aos atos do poder legislativo; ao contrário, além desses, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

A dimensão objetivo-institucional da propriedade que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*” não tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado. Ao contrário, a proibição do legislador em exarar normas atinentes à eliminação da propriedade privada e a garantia da propriedade como instituto jurídico não impedem a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

É possível, ainda, quanto à dimensão objetiva-institucional da propriedade, estabelecer uma relação entre o direito de pro-

27 *Apud*, ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302 e 303.

28 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadoras de (vínculos ambientais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 178.

29 ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 302-304 e MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por atos legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 270-272.

priedade e a liberdade como direito fundamental. Essa ligação tem sido verificada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no sentido de que na estrutura global dos direitos fundamentais, a garantia da propriedade privada, tem a função de assegurar ao titular do direito um espaço de liberdade (*Freiheitsraum*) no âmbito jurídico-patrimonial, através do reconhecimento de direitos de decisão, de utilização e de domínio, possibilitando-lhe, desse modo, uma conformação da sua vida, estribada numa responsabilidade pessoal³⁰.

Na dimensão subjetiva-individual o direito de propriedade pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade — usar, gozar, dispor e reaver.

Estaria, assim, o proprietário no direito de exercer suas prerrogativas inerentes à propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-los, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para favorecer o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

Verificada a existência dessa dupla face do direito de propriedade — a dimensão objetiva ou institucional e a subjetiva-individual —, carece, a partir de agora, de uma análise no conteúdo propriamente dito do direito de propriedade.

O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, ao definir o direito de propriedade como um direito fundamental, não apresentou, de forma explícita, o conteúdo do direito de propriedade. Limitou-se, no inciso XXIII do mesmo artigo, a dizer que propriedade deve atender a sua função social. Não existe, ao contrário da Constituição Portuguesa, referência no sentido de que a propriedade privada será garantida “*nos termos da Constituição*”³¹, desautorizando, assim, interpretação que desconheça que o exercício das prerrogati-

30 ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, p. 306.

31 “Artigo 62º. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e a sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”.

vas pelo proprietário se dará dentro de limites e nos termos previstos pela ordem jurídica.

A respeito da ausência de norma constitucional explícita que autorize o legislador a definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pode-se entender que a ausência de uma explícita reserva de lei restritiva não impede que a lei possa determinar restrições mais ou menos profundas ao direito de propriedade³², seja por meio de específicas remissões constitucionais expressas ou por efeito de concretização de limites imanentes e, sobretudo, por colisão com outros direitos fundamentais.

Com respeito à ordem constitucional brasileira, pode-se afirmar que compete ao legislador ordinário a definição do conteúdo e dos limites do direito de propriedade, com iniciativa legislativa privativa da União, na forma do artigo 22 da Constituição Federal.

Ainda quanto aos limites, seria possível afirmar que sobre a propriedade urbana e a propriedade rural o constituinte teria determinado um conteúdo mínimo, no caso, as regras para o cumprimento da função social, ao tratar da política urbana e da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, nos termos dos artigos 182 a 186 da Constituição Federal.

O conceito de propriedade elaborado sob a égide do Estado Liberal, marcado por sua característica absoluta, explicado neste capítulo, no item relativo à evolução do conceito de propriedade privada, é incompatível com a possibilidade, hoje pacífica, de que o conteúdo do direito de propriedade possa ser conformado pelo legislador de maneira a ampliá-lo ou comprimi-lo, movido pelas concepções de ordem econômica, social e política.

A possibilidade de conformação do direito de propriedade contraria o entendimento de que tal direito possa ser conceituado como algo fixo, invariável. O conceito de propriedade, afirmado anteriormente, sofre influências de ordens várias, sendo, assim, um conceito dinâmico na proporção que poderá, com relação às suas prerrogativas, ser diminuído ou ampliado.

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984-1985, p. 334.

Na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade, afirma Alves Correia³³, estaria o legislador submetido a várias restrições, dentre elas, respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes — institucional e individual — e, ainda, observar os princípios da proporcionalidade e da igualdade.

A observação pelo legislador do princípio da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade merece destaque na medida em que a atividade do legislador poderá ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e outros direitos fundamentais, especialmente aquele que garante o patrimônio cultural preservado.

O princípio da proporcionalidade, afirma Guerra Filho³⁴, teria como objetivo a resolução do grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve obediência, por serem da mesma posição hierárquica. A tentativa de resolução de conflitos entre princípios, todos da mesma natureza, estaria na aplicação do princípio da proporcionalidade, o “*princípio dos princípios*”, cuja grande contribuição para minimizar o conflito consistiria em uma “*solução de compromisso*” pela qual se respeitasse mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o outro no mínimo possível, mantendo intacto o seu núcleo central situado na dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade estaria dividido em três subprincípios: *a necessidade* traduzida pela existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão, ou seja, equivale à exigibilidade dessa intervenção ou decisão; *a adequação* que significaria a providência que se mostra adequada ao objetivo almejado, destina-se ao fim contemplado pela norma, e não a outro, envolvendo, pois, correspondência de meios e fins; e, por fim, *a proporcionalidade em sen-*

33 Obra citada, p. 313.

34 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 269.

tido estrito, ou, como também pode ser definida, racionalidade *strictu sensu*, que implicaria na justa medida, e não ficaria além ou aquém do necessário. Traduzir-se-ia, esse subprincípio, por tratar de limites, de restrições e de suspensão de direitos fundamentais, em uma proibição do excesso ou do arbítrio³⁵.

Ainda no tocante ao subprincípio — *proporcionalidade em sentido estrito*, merece realce o fato de que tal aspecto consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de uma medida restritiva³⁶, denotando a valorização da idéia de equilíbrio entre valores e bens³⁷.

Respeitante, ainda, ao sopesamento entre direitos fundamentais conflitantes, cujo aspecto da proporcionalidade em sentido estrito parece ser a solução justa, aponta o Tribunal Constitucional Alemão três critérios, a partir dos quais faz a ponderação dos meios e dos fins, ao tratar de direitos fundamentais: 1) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; 2) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; 3) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na

35 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 218-219. Ver no mesmo sentido GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: *Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001, p. 270-271.

36 SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 1991, vol. 798, abril de 2002, p. 23 a 50.

37 BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000, p. 83.

esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade)³⁸.

O princípio da igualdade na determinação do conteúdo e do limite do direito de propriedade tem ligação com o princípio da proporcionalidade, especialmente com relação ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto a limitação, restrição ou suspensão de direitos, ainda que respeitando a proporcionalidade, não poderá atentar contra o princípio da igualdade, contido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A igualdade e a proporcionalidade, como princípios constitucionais, não coincidem, ao contrário se completam, tendo a igualdade relação com a distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou a vivência da mesma situação. A proporcionalidade, por sua vez, como já visto anteriormente, é uma medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação³⁹.

Verificando-se a necessidade de uma análise, mesmo que sumária, a respeito do sentido de igualdade, pode-se fazer uso do entendimento proposto por Jorge Miranda que, acolhido por grande parte da doutrina, assinala os pontos indispensáveis a uma abordagem do assunto, quais sejam: a) que a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural; b) que igualdade significa intenção de racionalidade, em último termo, intenção de justiça; c) que a igualdade não é uma “ilha”, encontra-se conexa a outros princípios, tem de ser entendida — também ela — no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material⁴⁰.

A igualdade, como princípio, não pode ser analisada apenas pela ótica da impossibilidade de diferenciações, de privilégios ou de discriminação.

38 PENALVA, Ernerto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990, p. 299.

39 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 216.

40 Obra citada, p. 213.

Entender o princípio da igualdade contido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que diz serem “todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”, apenas como uma forma de proibir discriminações, seria atribuir uma interpretação restritiva ao disposto constitucional, ou, simplesmente, constatar apenas o sentido negativo do princípio, que procura evitar a diferenciação e a discriminação entre cidadãos.

Ao contrário desse sentido negativo, teria o princípio da igualdade um sentido positivo, traduzido por um comportamento tendente a tratar igual as situações iguais e desigual as situações desiguais, desde que substancial e objetivamente desiguais, fundado em diversidade de circunstâncias ou pela natureza das coisas, não criadas ou mantidas artificialmente pelo legislador, e, também, dar tratamento desigual que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigação. Ainda num sentido positivo do princípio da igualdade, pode-se ter o tratamento igual ou semelhante, em moldes de proporcionalidade, das situações desiguais relativamente iguais ou semelhantes, como também, o tratamento das situações não apenas como existem, mas como *devem* existir, de harmonia com os padrões da constituição material, favorecendo pela igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei⁴¹.

Pode-se asseverar que não há com relação ao princípio da igualdade uma proibição de que a lei estabeleça distinções. Não se acolhe, como já afirmado anteriormente, o tratamento desigual pela lei baseado em situações em que as diferenciações de tratamento ocorrem sem fundamento material, sem justificativa razoável, segundo critérios de valor objetivo constitucionalmente relevantes, como, também, não cumprem o princípio da igualdade o tratamento igual para situações essencialmente desiguais, sendo ainda, incompatível com o princípio constitucional da igualdade as

41 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998, p. 214-215.

diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas⁴².

Estabelecida uma conceituação mínima dos princípios da proporcionalidade e da igualdade, volta-se a tratar do conteúdo da propriedade privada, destacando, novamente, que o conteúdo do direito de propriedade, no aspecto institucional, seria atribuição da Constituição, cabendo ao legislador regular o aspecto individual que se refere ao conteúdo, propriamente dito, e os limites do direito de propriedade. Ressalta-se que a existência de duas dimensões — institucional e individual — não permite a formulação do entendimento de que o direito de propriedade garantido pela Constituição seja de duas espécies, ao contrário, o direito de propriedade é único com a particularidade da existência de duas vertentes que funcionam como um todo.

Há entendimento de que a Constituição, ao garantir o direito à propriedade privada, teria excluído qualquer referência quanto ao conteúdo desse direito, havendo, tão-somente, a salvaguarda da existência do direito à propriedade⁴³, e que qualquer tentativa de fixação de um conteúdo mínimo estaria condenada a dissolver-se numa posição metajurídica, estritamente ideológica e insustentável em face da Constituição⁴⁴.

Num sentido contrário, defende Fernandez⁴⁵, referindo-se à ordem constitucional portuguesa, que o direito de propriedade, configurado na Constituição, é um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, com um conteúdo próprio por ser dotado de preceptividade, assume-se como um direito de configuração constitucional, só carecendo da intervenção legislativa para abastecer-se de uma maior dose de exequibilidade que lhe permita, mediante a interposição do legislador, tornar-se veículo de prote-

42 Acórdão n. 39/1988 do Tribunal Constitucional Português.

43 MEDEIROS, Rui. Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por ato legislativo, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 129-130.

44 PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 192-193.

45 FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada* (aproximação ao estudo da estrutura e das conseqüências das “leis-reserva” portadores de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.179.

ção de outros interesses jurídico-constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, o direito ao patrimônio cultural protegido.

A ordem constitucional brasileira teria adotado a corrente doutrinária que entende ser o direito de propriedade direito fundamental, com seu conteúdo e limites estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, ficando, no entanto, garantido o direito à propriedade privada, desde que atendida a sua função social.

O aspecto da função social, objeto de estudo no próximo capítulo, por apresentar-se como um condicionador do próprio direito de propriedade, conforme prescreve o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a propriedade atenderá a sua função social”, é também defendido como um conteúdo mínimo do direito de propriedade definido pela Constituição.

Sendo o direito de propriedade um direito fundamental, cujo conteúdo tem dupla face — aspecto institucional e aspecto individual —, consoante abordagem anterior, pode-se dizer que não seria incompatível com a sua qualidade de direito fundamental a definição do conteúdo desse direito pelo legislador ordinário, com a imposição de limites e condicionamentos ao seu exercício, desde que estritamente necessários para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos⁴⁶.

Em termos conclusivos, pode-se dizer que referentemente ao direito do patrimônio cultural, entendido como direito análogo aos direitos e garantias fundamentais, seria possível delinear o conteúdo e os limites do direito de propriedade com o estabelecimento de condicionamentos e limitações atinentes à preservação dos bens de interesses do patrimônio cultural.

Por fim, afirma-se que a delimitação do conteúdo do direito de propriedade por meio de condicionamentos e limitações favorece, no tocante aos bens de interesse do patrimônio cultural, a uma compatibilização entre os dois direitos fundamentais — o de propriedade e do patrimônio cultural —, resultando na imposição

46 CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. *In: Revista do Ministério Público*, ano 16, Outubro-Novembro 1995, n. 64, 1986, p. 11-38.

de restrições ao exercício das faculdades inerentes à propriedade em nome da proteção dos bens de interesse cultural⁴⁷.

4. Conclusões

— A origem da propriedade como instituição é justificada por meio de teorias que atribuem sua criação desde a vontade divina, passando pela valorização econômica até uma concepção materialista.

— Procede a idéia de que a relação entre o direito de propriedade e a proteção do bem como valor cultural, ante a nova perspectiva de uma teoria do Direito Civil, possui como fundamento tanto a base objetiva – a bipolaridade da relação — como a subjetiva, caracterizada no sentimento do outro pólo — a sociedade — em direção ao bem sobre o qual recai inexoravelmente um direito de propriedade concreto.

— É preceito constitucional explícito o direito de propriedade como um direito e garantia fundamental, na forma contida no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, qualidade que se espalha por todo o tecido constitucional e infraconstitucional.

— Na interpretação do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal — direito de propriedade como direito fundamental — constata-se, com relação a esse direito, a existência de uma garantia institucional e individual da propriedade privada.

— O aspecto da garantia institucional ou dimensão objetivo-institucional diz respeito exclusivamente ao legislador, impondo-lhe a proibição de abolir o direito de propriedade e o dever de produzir normas que permitam caracterizar como um direito individual a “propriedade privada”, possibilitando a sua existência, o acesso a todos e a capacidade funcional, quer do ponto de vista material, quer do ponto de vista processual.

— É fato que tanto a proibição quanto o dever atribuído ao legislador, no que se refere à garantia institucional, não se res-

47 MORENO, Alfonso Pérez. *El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*. In: *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 119, 1990, p. 13 a 43.

tringe aos atos do poder legislativo, ao contrário, além desses, também inclui os atos regulamentares que, de qualquer forma, conformam o direito de propriedade.

— A dimensão objetivo-institucional da propriedade, que proíbe a expedição de normas legais tendentes a abolir a “*propriedade privada*”, não tem o condão de submeter toda e qualquer propriedade a um domínio privado, uma vez que a proibição do legislador em exarar normas atinentes à eliminação da propriedade privada e à garantia da propriedade como instituto jurídico não impedem a existência de certos tipos ou classes de bens insusceptíveis de apropriação privada.

— A dimensão subjetiva-individual, o direito de propriedade, pretende assegurar ao titular dos bens o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade — usar, gozar, dispor e reaver —, favorecendo ao proprietário o direito de exercer suas prerrogativas inerentes à propriedade, de forma plena, de acordo com a conformação estipulada pela legislação ou, ao contrário, na impossibilidade de exercê-las, ter ao seu alcance as garantias processuais e patrimoniais para garantir o exercício de suas prerrogativas ou, no caso extremo, a garantia da justa indenização.

— O legislador deve respeitar o conteúdo fundamental da garantia da propriedade, nas suas vertentes — institucional e individual — e, ainda, os princípios da igualdade e da proporcionalidade na determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade que possam ocasionar o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e outro qualquer direito fundamental como, por exemplo, o que garante o patrimônio cultural preservado.

BIBLIOGRAFIA

ADROUGUE, Manuel I. *El derecho de propiedad em la actualidad*, Buenos Aires, Aleledo-Perrol, 1991.

ALVES CORREIA, Fernando. *O plano urbanístico e o direito de propriedade do solo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989.

- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000.
- BOTTOMORE, Tom (editor). *Dicionário do Pensamento Marxista*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MACHADO, Jônatas. Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa. In: *Revista do Ministério Público*, ano 16, out./nov. 1995, n. 64, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. I, 2. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984-1985.
- COULANGES, Numa Demis Fustel. *A Cidade Antiga*, tradução de Jonas Camarco Leite e Eduardo Fonseca, São Paulo, Hemus, 1975.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Renovar, 2000.
- FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. Direito ao ambiente e propriedade privada (aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das “leis-reserva” portadoras de vínculos ambientais), Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- FERREIRA, Sérgio Andréia. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- GIANINNI, Severo Massimo. *Basi Costituzionali dell'proprietà privata*, Política e Diritto, Milano, 1971.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: *Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), São Paulo, Editora Malheiros, 2001.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos e Filosóficos*, Edições 70, Lisboa, 1989.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 1989.
- MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1998.

- PENALVA, Ernerto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, Akal, 1990.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Servidão Administrativa*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril de 2002.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da Propriedade Imóvel (doutrina, jurisprudência)* Editora Saraiva, São Paulo, 1982.
- VIDAL, Marina Mariani de. *Curso de Derecho Reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1990.
- VIDAL, Marina Mariani. *Curso de Derechos Reales*, t. I, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1991.

DESMISTIFICANDO A EMENTA

Hildebrando Campestrini*

Esclareço, inicialmente, que estas notas surgiram de observações feitas (por mim e por não poucos participantes) em cursos que ministrei por este Brasil afora. A única pretensão deste texto é despertar, se possível, alguma reflexão.

A ementa, não só de acórdãos mas também de pareceres, tem crescido de importância, principalmente pelo acesso em tempo real proporcionado pela *internet*. Se, de um lado, esta facilidade trouxe informações seguras ao profissional do Direito, de outro, tem promovido o emprego exagerado, redundante, condenável até, de citações jurisprudenciais em peças processuais.

Essa última conduta vem criando uma cultura perigosa: se não citar alguma jurisprudência do Tribunal a que apela, o advogado sente-se menos seguro. Com alguns juízes também vem ocorrendo isso, argüindo que, ao citar jurisprudência do tribunal estadual, estará, em caso de recurso, garantindo a confirmação da sentença.

* *Professor (63). Autor de Como Redigir Ementas e de Como Redigir Petição Inicial (nesta, co-autoria de Ruy Celso Barbosa Florence), ambas pela Saraiva. Ministrou quase duas dezenas de cursos sobre o assunto em Tribunais e Grupos Julgadores (e-mail: hcampestrini@uol.com.br).*

Ora, sem entrar no mérito de tal conduta, o fato é que jurisprudência é hoje mercadoria valiosa, de surpreendente circulação, principalmente no meio digital e, em menor escala, no papel.

Assusta constatar que o advogado (e magistrados), antes de procurar, na lei, a solução do problema que lhe é posto, vasculha a jurisprudência de todos os tribunais. Parece-me que este proceder precisa ser repensado. Primeiro — a lei; depois — a jurisprudência, que existe para aplicar melhor a lei a determinado evento.

Alguém já afirmou que a Constituição não foi feita para ser lida e, sim, para ser diariamente meditada. Também os Códigos deveriam ser objeto de reflexão contínua, e a jurisprudência objeto de muito estudo e não de busca apressada, às vezes inconseqüente, de ementa que sirva (sem se conhecer o acórdão) para o caso que está sendo trabalhado.

As Escolas de Magistratura poderiam promover cursos para estudar a jurisprudência dos respectivos tribunais. Experiências isoladas nesse sentido têm trazido avanços significativos até para a segunda instância.

Ementa e *marketing*

Hoje, mais do que em qualquer outra época, o *marketing* domina as relações institucionais, empresariais e pessoais. O Poder Judiciário tem tido certa (às vezes, significativa) dificuldade para entender este mundo pós-moderno: o jurisdicionado, tomado pela síndrome do resultado, exige rapidez; o homem busca a eterna juventude (o mito do homem *light*); prevalece o jogo da sedução; predomina o vazio ético; instala-se a necessidade da profissionalização vertical e da atualização permanente (desde o porteiro até o presidente do órgão, passando por todas as categorias funcionais); valorizam-se os pró-ativos; e o grande capital é o conhecimento.

Nesta pós-modernidade, o *marketing* é peça poderosa. *Marketing* não significa informar, divulgar; significa, sim, veicular, vender um produto, valorizando-o com a agregação de valores. Assim, se determinado magistrado tem produtividade acima da

média, certamente será bem-visto; caso contrário, terá sua imagem aceita com reservas. Se um banco de dados jurisprudenciais oferece dificuldade ao acesso, deixará de ser consultado. Se for de fácil operacionalização, certamente será acessado com frequência. Por outra, sempre que disponibilizar ementas bem elaboradas, um determinado Tribunal (ou Procuradoria) deixará a impressão de um órgão zeloso, trabalhador, responsável.

É comum a impressão de que o Judiciário está preso ainda à limitadora (e perigosa) verbalidade semântica. Juvenal Arduíni chama a atenção para a importância da *verbalidade antropológica, que compendia o conteúdo do universo humano. Não só o que dizem os homens, mas principalmente o que são, o que fazem, como vivem e se relacionam* (Destinação Antropológica, São Paulo, Paulinas, 1989, p. 116). Ninguém quer ser entendido pela metade, por facetas. Cada um de nós quer ser conhecido na sua integralidade. E o Judiciário deve ser entendido no seu todo. Arduíni arremata (p. 117): *A compreensão das pessoas e sociedades é mais complexa do que pensamos. Quem quiser entender e encontrar os homens de seu tempo, há de ouvir o que diz a verbalidade antropológica.*

O fato é que ainda prevalece a verbalidade semântica. De certa forma, vale o que se escreve. Em curso que ministrei, um participante trouxe para apreciação dos colegas uma ementa (de lauda e meia) de um Tribunal superior. De imediato, alguns participantes manifestaram sua preocupação com aquele órgão. Tudo por uma ementa — por que não dizer? — sofrível. Tive dificuldade para convencer os descontentes de que aquela ementa era um caso isolado, que a maioria da produção daquela órgão era de boa qualidade.

O fato é que todo aquele que elabora ementa deve estar consciente de que, ao redigir aquela peça, está construindo (ou desconstruindo) a imagem do seu órgão. Esta responsabilidade deveria ser cobrada sistematicamente. Porque hoje a ementa, pelo seu consumo reiterado, passa a ser importante instrumento de *marketing* de qualquer órgão julgador. E, como diziam os antigos, é a partir do dedo que se conhece o gigante.

Conceito

A ementa vem ainda sendo conceituada como resumo ou síntese do acórdão ou do parecer. Como resumo, é inútil — é mais proveitoso ler a íntegra da peça (até porque o resumo pode omitir alguma passagem vital). Como síntese, a ementa também é suspeita, porque a síntese atém-se ao essencial — no caso, aos termos que figuram como fundamentais no julgado ou parecer. Em verdade, tanto o resumo como a síntese nada acrescentam, sendo, pois, redundantes.

O conceito mais pertinente de ementa nasce do seguinte: a decisão do magistrado passa a fazer lei entre as partes (ou o parecer, quando conclusivo, passa a norma de conduta do órgão). Ora, nada mais razoável que a ementa retrate, dentro das circunstâncias do julgado, esta norma, esta lei. Por conseqüência, lógico que a ementa (no seu dispositivo) deva ser elaborada dentro das normas fundamentais que regem a elaboração de uma lei.

Basicamente, a lei: 1) manda fazer — impõe um dever; 2) manda deixar de fazer — veda, proíbe; 3) permite — atribui um poder. No caso da jurisprudência há uma quarta possibilidade: conceituar (por exemplo: telefone de escritório de advogado é instrumento de trabalho).

Observa-se que a lei não manda não fazer — manda deixar de fazer. Há nisso uma diferença abismal. Por outra, essa diferença deixa patente que a lei deve estar sempre na forma positiva. Veja-se o exemplo: *não pode o juiz vedar ou dificultar o atendimento de advogado em horário reservado a expediente interno*. A lei manda não fazer (ou seja proíbe, veda); em momento algum a lei manda não fazer (como no exemplo: não pode o juiz [...]). Na forma positiva poderia ficar assim: *é defeso ao juiz vedar ou dificultar o atendimento [...]*.

Atente-se para o seguinte: toda vez que se nega o sujeito ou o verbo, o enunciado está na forma negativa (tornando, às vezes, impossível a ação). Veja-se o exemplo (com sujeito negativo): *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando [...]* (art. 5º, LXVI, da CF). Pergunta (para encontrar o sujeito): *quem será*

levado à prisão? Resposta: *ninguém* (no mínimo estranho). Tudo indica que o legislador tenha pensado assim: Sempre que a lei admitir liberdade provisória, fica vedado prender (alguém) ou manter (alguém) preso.

Isso permite traçar, em linhas gerais, que o dispositivo da ementa:

- a) impõe um dever (*manda fazer*);
- b) proíbe, veda (*manda deixar de fazer*);
- c) permite; ou
- d) conceitua.

Esse é o meio mais prático para superar o resumo ou a síntese. É só pensar: aqui a decisão: a) manda fazer? b) manda deixar de fazer? c) permite; ou d) conceitua?

Se na mesma ementa há alíneas diferentes (como, *v. g.*, proibir e permitir), haverá um dispositivo para cada comando.

Vale ressaltar que essa observação deverá ser levantada antes da redação do voto. Até para conduzir melhor o convencimento do magistrado.

Cabimento da ementa

Atualmente, o Código determina a elaboração de ementas para todos os julgados de turmas, seções ou plenários.

Ouso levantar a seguinte questão: não seria somente nos casos em que há decisão, ou seja, nos julgados em que há a apreciação de contraditório?

Assim, a mera homologação e a decisão por despacho não precisam de ementa. Quando chamado a verificar, num procedimento, a presença dos requisitos exigidos pela lei, o magistrado não está decidindo, isto é, resolvendo um conflito. Por exemplo: se um candidato requer sua inscrição na justiça eleitoral, cabe ao magistrado observar a regularidade da documentação exigida pela lei. Estando em ordem a documentação, o magistrado nada decide. Se, por outra, houver o questionamento de um determinado documento (sobre sua validade, por exemplo), aí, sim, o magistrado está decidindo. Nesse caso, cabe a ementa.

O mesmo se diga quanto ao parecer. Se, por exemplo, chamado a manifestar-se sobre a legalidade de determinado ato, o procurador, após acurada análise, chega à convicção de que tal ato é legal, a ementa é dispensável, até porque lidaria com o óbvio. Quando, ao examinar controvérsias, o procurador chega a uma conclusão (sua convicção – não sua opinião), aí cabe ementa. Se chamado a examinar um contrato e concluir que este está de acordo com a lei, não cabe ementa – não há contraditório.

Alguns TRTs têm ementado os casos relevantes. Pena que este *relevantes* fique a critério da subjetividade do magistrado. Poder-se-ia trabalhar nesta vertente: há contraditório – faz-se a ementa; não há contraditório (mera verificação de pressupostos legais) – dispensa-se a ementa.

Principais problemas da ementa

Verificou-se, em linhas anteriores, que, para uns tantos, ementa continua sendo resumo ou síntese – que, como se comentou, nada acrescenta.

No *Como Redigir Ementas* o leitor encontrará as oito características básicas do dispositivo da ementa: objetividade, concisão, forma positiva, forma propositiva, precisão, univocidade, coerência e correção.

Neste artigo, fixar-se-á um aspecto da primeira delas, de longe o mais importante. Trata-se, dentro da objetividade, da fidelidade do dispositivo ao que foi decidido.

Assusta o número de ementas infieis, no todo ou em parte, à decisão. Isso ocorre, principalmente, quando a ementa é feita dias (até meses) depois do julgamento. Um procedimento para evitar esse distanciamento pode ser: elaborar a ementa antes de iniciar a redação do voto (depois de estudar o relatório e definir o convencimento).

A título de ilustração do distanciamento entre o acórdão e a ementa, veja-se o seguinte:

“Escritório de advocacia. Taxa de licença de localização. Funcionamento e instalação.

“A atividade do advogado somente se subordina às normas éticas e estatutárias instituídas pela Lei n. 4.215/63.

“O advogado é indispensável à administração da Justiça e a sua atividade profissional não pode sujeitar-se ao Poder de Polícia dos Municípios.

“Recurso conhecido e provido”.

O relatório do recurso especial anota: “P.N. – Sociedade de Advogados pretende reaver a quantia paga a título de Taxa de Licença de Localização, Funcionamento e Instalação”. Ora, quem lê a ementa fica sem conhecer exatamente o que foi decidido. Certamente não se discutiu, no acórdão, se o advogado é, ou não, dispensável à administração da Justiça.

Tudo indica que o dispositivo da ementa ficaria melhor (fiel) assim: *É vedado ao município cobrar de escritório de advocacia taxa de licença de localização, funcionamento e instalação.*

Outro exemplo: “A gravidez extramatrimonial de mulher militar, embora reprovada pela moral tradicional, de forma alguma pode enodoar a dignidade da corporação, nem deve servir de fundamento de transgressão gravíssima de molde a justificar sua exclusão das fileiras”.

Parece que, em momento algum, o colegiado foi chamado a discutir se tal conduta era, ou não, reprovada pela moral tradicional. Talvez bastasse: *É injustificável excluir, da corporação, mulher militar por gravidez extramatrimonial.*

Vale acrescentar que existem ementas (felizmente, não tantas – mesmo assim inaceitáveis) que contradizem o voto. Ou são internamente contraditórias, como esta: *Procede culposamente o motorista que, em via pública, dotada de iluminação, no perímetro urbano, estaciona o veículo para, em seguida, passar sobre a vítima embriagada e caída na rua, causando-lhe lesões gravíssimas.*

Pergunta: *quem estaciona o veículo para, em seguida, passar sobre a vítima embriagada [...] está agindo culposamente?*

A verbetização

É preciso repensar a verbetização – conjunto de palavras ou expressões que encabeça o dispositivo. Como a essência da ementa está no dispositivo, a verbetização passa a ser acessório, simples recurso para determinar a que gênero e espécie está circunscrito o dispositivo.

Assim, se a decisão foi sobre a remoção de bens numa ação de penhora, a verbetização restringir-se-á ao gênero *penhora* e à espécie *remoção de bens*.

Atualmente, o principal objetivo da verbetização é auxiliar o consulente na busca do assunto que lhe interessa. Se a verbetização for imprópria ou deficiente, haverá grande probabilidade de não se encontrar o dispositivo.

Para evitar uma multiplicação exagerada (e incontrolável) de verbetes, a maioria dos órgãos que disponibilizam banco de dados jurisprudenciais, tem adotado o *thesaurus* – tesouro, como registra o Aurélio, “vocabulário controlado e dinâmico de descritores relacionados semântica e genericamente, que cobre de forma extensiva um ramo específico de conhecimento”.

Na prática, elaborado por técnicos (na maioria das vezes em comissões), o tesouro (vocabulário controlado) é uma lista de palavras ou expressões que podem ser empregadas na verbetização (e mesmo no corpo da ementa). Isso permite maior fidelidade e, na medida que padroniza, evita o emprego de sinônimos ou palavras com sentido semelhante. Por exemplo: *Elogio* (por *aplau-so*), *aplicação de recursos* (por *aplicação de verbas*), *solicitação* (por *apelo*); *AP* (no lugar de *Amapá* ou *Estado do Amapá*). O tesouro do TSE (de que foram tirados os exemplos acima) dá outras orientações, como termos relacionados, conceito de termos que possam gerar dúvidas.

É recomendável que todo banco de dados jurisprudenciais encaminhe inicialmente o consulente para o próprio tesouro, facilitando, assim, a busca.

Conclusão

Ementa não é penumbra, não é mistério, não é enigma. Ementa é luz feita de palavras. É do sábio, como ensina Arduíni (p. 110), *caminhar com cuidado entre as palavras, para que não suceda que, pisando uma delas, estejamos machucando o homem e suas aspirações.*

COMPETÊNCIA EM ACIDENTE DE TRABALHO: EXAME JURISPRUDENCIAL

Juan Augusto Faria de Oliveira*

Sumário: I - Introdução. II - Jurisdição e competência. III - Classificação da competência. IV - Sistemática constitucional. V - Delimitação do tema. VI - Dispositivos constitucionais aplicáveis. VII - Posicionamento atual da jurisprudência. VIII - Proposições. IX - Conclusões. X - Bibliografia.

I – Introdução

Algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho têm entendido que a Justiça Trabalhista possui competência para examinar as lides propostas por empregados contra empregadores, objetivando a indenização prevista na parte final do inciso XXVIII do art. 7º da CF/88: indenização civil a cargo do empregador quando incorrer em dolo ou culpa.

O posicionamento daquela Corte de Justiça contraria o posicionamento sedimentado do Supremo Tribunal Federal e do Supe-

* *Assessor para Assuntos Específicos, TJ – DASI 3, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e diplomado pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina.*

rior Tribunal de Justiça, no sentido de que a aludida competência é da Justiça Comum Estadual, tendo o presente estudo o objetivo de examinar os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

Sem desconhecer a atribuição constitucional do Superior Tribunal de Justiça para resolver os conflitos de competência entre quaisquer tribunais (art. 105, I, *d*, da CF/88), entende-se que a divergência criada pelos recentes julgados do TST deva ser dirimida, em última análise, pelo Supremo Tribunal Federal, porque a matéria em exame consiste na interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 109, I, e 114 da Constituição Federal.

A relevância da questão ganha importância maior quando se verifica que a hipótese envolve competência *ratione materiae*, absoluta e improrrogável, ensejando, em última análise, a nulidade das decisões proferidas por magistrado absolutamente incompetente.

II – Jurisdição e competência

Antes de cotejar as normas constitucionais que disciplinam a competência para o processamento e julgamento de indenizações em acidentes de trabalho e respectivos entendimentos jurisprudenciais, é preciso apreciar, ainda que superficialmente, a competência.

Não é segredo que, ao lado de outras formas de soluções de conflitos (autotutela, autocomposição entre outras¹), o Estado detém com exclusividade o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, solucionando conflitos entre seus jurisdicionados, com o intuito de pacificar a sociedade.

Da assertiva *supra* deflui o primeiro conceito necessário ao exame da questão, qual seja, o conceito de jurisdição, que significa, nos dizeres de Couture, “a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei,

1 — O presente estudo não discorre sobre a legalidade ou ilegalidade dessas formas de composição da lide e suas espécies, tais como a desistência, a submissão e a transação (espécies de autocomposição) e os modernos institutos da mediação e arbitragem.

em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente passíveis de execução” (*in Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1974, n. 25, p. 40, *apud* Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento: vol. 1. 24ª edição: revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 153).

A jurisdição é o poder-dever de atuação do Estado na solução de conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida. Essa atribuição é una e distribuída a todos os órgãos jurisdicionais do Estado.

A existência de inúmeras espécies de conflito exige a especialização do Judiciário, que é feita observando-se a extensão do território nacional, as partes envolvidas no litígio, a matéria que será apreciada, o valor da causa objeto de julgamento, entre outras circunstâncias.²

Sendo una a jurisdição,³ todo órgão jurisdicional, *a priori*, teria o poder-dever de solucionar qualquer conflito de interesse que lhe fosse submetido. Contudo, o Estado politicamente organizado enfeixa "regras" delimitando o exercício da jurisdição de acordo com sua estrutura organizacional.

As regras de competência consistem, portanto, nesses critérios de distribuição jurisdicional de acordo com a estrutura funcional e hierárquica do Judiciário, realizada com observância dos

2 — Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em seu conhecido Código de Processo Civil Comentado, adotando lição doutrinária de Moacyr Amaral Santos, ensinam que existem três critérios: objetivo, territorial e funcional, esclarecendo que “o primeiro engloba os critérios de fixação de competência segundo a natureza da causa (CPC 111, absoluta), seu valor (CPC 111, relativa), ou segundo a condição das pessoas em lide (CPC 111, absoluta). O segundo fixa a competência do juízo segundo os limites de suas circunscrições territoriais (CPC 111 relativa). O terceiro, estabelece a competência de acordo com os poderes jurisdicionais de cada um dos órgãos julgadores, conforme sua função no processo (CPC 111, absoluta)” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª edição: revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 382, n. 10 ao art. 87).

3 — A divisão em Jurisdição Comum e Especial é adotada para fins exclusivamente didáticos.

parâmetros antes mencionados (natureza ou valor da causa, partes envolvidas no litígio, entre outros).

Daí decorre que, para apreciar determinada lide, o órgão a que foi submetida a ação – e que detenha jurisdição – deverá possuir competência, conforme as regras disciplinares no ordenamento jurídico.

A propósito, as normas de competência estão definidas na Constituição Federal, nas leis processuais e, também, em normas de organização judiciária.

III – Classificação da Competência

O Código de Processo Civil estabelece uma primeira distinção das regras de competência, separando-as em normas de "competência internacional" e de "competência interna".

Na realidade, as normas definidas no Capítulo II, do Título IV, do Livro I, do CPC, que disciplinam a chamada "competência internacional", regulam a jurisdição dos órgãos do Poder Judiciário, ou, nas palavras do processualista Humberto Theodoro Júnior, as referidas normas determinam "*quando pode ou não atuar o próprio poder jurisdicional do Estado*" (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento: vol. 1. 24ª edição: revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 155).

As normas de competência interna, por sua vez, objetivam delimitar os órgãos jurisdicionais que processarão e decidirão as causas que estejam subordinadas à jurisdição brasileira.

Na estrutura organizada do Poder Judiciário, temos dois grandes grupos, a justiça comum e a especial. O primeiro é subdividido em Justiça Comum Federal e Justiça Comum Estadual. São especiais, as Justiças Eleitoral, Militar e Trabalhista.

A competência, como se sabe, é absoluta ou relativa. Enquanto que a competência relativa – fixada considerando-se o território ou o valor da causa (CPC, 102) – pode ser prorrogada, a competência absoluta – em razão da matéria – é improrrogável.

O objetivo deste estudo é analisar a competência pela matéria a ser apreciada – indenização civil em acidente de trabalho, por ato culposo do patrão. Sendo *ratione materiae*, a competência é absoluta e, portanto, improrrogável (exegese do art. 102 do CPC), inderrogável por convenção das partes (CPC, 111) e não convescesce, podendo ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou mesmo de ofício pelo magistrado.

Ainda mais, os atos decisórios proferidos por juiz absolutamente incompetente, ao longo da tramitação do processo (interlocutórios e sentenças), são nulos de pleno direito, conforme previsão expressa contida no art. 113, § 2º, do CPC, podendo ser objeto de ação rescisória, conforme art. 485, II, do CPC, ressaltando a relevância do tema em discussão.

IV – Sistemática constitucional

É possível afirmar, com segurança, que as normas gerais de competência da Justiça Especializada e da Justiça Comum Federal estão apostas na Constituição Federal, no Capítulo destinado à regulamentação do Poder Judiciário (Capítulo III do Título IV da CF/88).

Segundo a sistematização da Constituição Federal, na Seção IV do referido capítulo define-se a competência da Justiça Federal; na Seção seguinte (V), a competência da Justiça do Trabalho; na Seção VI, a competência da Justiça Eleitoral e as regras atinentes à Justiça Militar estão definidas na Seção VII do Capítulo III do Título IV da CF/88.

A Carta Política regulamenta, ainda, a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de estabelecer as atribuições da Justiça Militar estadual que, embora importantes, não são objeto deste estudo.

É importante observar que a Constituição define expressamente a competência dos Juízes Federais (art. 109 da CF/88), Trabalhistas (art. 114 da CF/88) e Militares (art. 124 da CF/88), não o fazendo em relação aos Juízes Eleitorais e Estaduais.

Com efeito, a Constituição Federal atribuiu à Lei Complementar a definição da competência dos Tribunais e Juízes Eleitorais e, no concernente aos Juízes que compõem a Justiça Comum Estadual, estabelece que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado” (art. 125, §1º, da CF/88).

A Constituição Federal não disciplina a competência dos Juízes Estaduais, só o fazendo em relação às Justiças Comum Federal e Especializada.

A atuação do Constituinte dos Estados-Membros não poderá contrapor-se às regras de competência fixadas na Constituição Federal, devendo harmonizar-se com o conteúdo da *Lex Mater*, entendendo doutrina e jurisprudência pátria que a competência da justiça comum estadual é residual, o que implica em afirmar que serão de competência da justiça comum estadual todas as causas que a Constituição Federal não atribui às Justiças Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral.⁴

V – Delimitação do tema

A competência da Justiça Comum Estadual para apreciar as lides envolvendo acidente de trabalho decorrerá da não incidência da hipótese na competência especializada – incluída a Justiça Comum Federal.

Apreciando a exegese dos julgados do STJ e do STF a respeito da matéria, além da não incidência da hipótese na competência especializada, existe outra razão para fixar a competência da Justiça Comum Estadual. Essa outra razão consiste em determinação constitucional no sentido de que referidas ações sejam apreciadas pela Justiça Comum Estadual (exegese do art. 109, I, da CF/88).

4 — A propósito — e fazendo um breve parêntese à questão em apreço —, a terminologia “competência residual”, de uso costumeiro na doutrina, não se demonstra a mais apropriada para definir a competência da Justiça Comum Estadual. É que a situação deve ser encarada sob o ponto de vista inverso, pois a regra geral determina a competência da Justiça Comum Estadual, sendo exceção as lides que o constituinte reservou aos demais órgãos jurisdicionais. Para fins didáticos, contudo, adota-se a terminologia de uso corriqueiro nos estudos sobre o tema.

Dessarte, objetivando a fixação do órgão jurisdicional competente para apreciar indenizações civis a cargo do empregador e decorrentes de acidente de trabalho, indispensável é a resposta a duas indagações: a) existe previsão constitucional atribuindo à Justiça Trabalhista a competência para o exame desse tipo de lide? b) existe previsão expressa atribuindo à Justiça Comum Estadual tal competência?

Fácil ver que, sendo negativas ambas as respostas, a competência será da Justiça Comum Estadual, porque detém, como se viu, competência residual.

VI – Dispositivos constitucionais aplicáveis

A questão da competência para o processamento e julgamento de causas envolvendo ação de indenização civil por culpa ou dolo do empregador abrange a interpretação dos seguintes dispositivos constitucionais:

“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;

[...]

“Art. 109 – Aos juízes federais compete processar e julgar:

“I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

[...]

“§ 3º – Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

[...]

“Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

Observa-se que para a interpretação mencionada deverá ser considerado o conceito de sistema jurídico “como sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior” (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros: São Paulo, 1995, p. 44).

VII – Posicionamento atual da Jurisprudência

a) No Tribunal Superior do Trabalho

Em 9-12-03, o Diário de Justiça publicou a seguinte orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, Seção de Dissídios Individuais (Subseção I):

“327. Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho: Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho”.

Em razão da orientação *supra*, tem entendido a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o seguinte:

“Competência material. Justiça do Trabalho. Dano moral e material. Acidente de trabalho.

“1. O que firma a competência material da Justiça do Trabalho para julgar pedido de indenização civil é o fato de o dano — patrimonial ou moral — ser causado por empregado a empregador, ou vice-versa, ambos agindo nessa qualidade jurídica, ou de

derivar supostamente de contrato de emprego, ainda que controvertido.

“2. A circunstância de o pedido alicerçar-se em norma do Direito Civil, em si e por si, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho se a lide assenta na relação de emprego, ou se dela decorre. Se assim é, resulta evidente que a competência da Justiça do Trabalho não se cinge a dirimir dissídios envolvendo unicamente a aplicação do Direito do Trabalho, mas todos aqueles, não criminais, em que a disputa se dê entre um empregado e um empregador nesta qualidade jurídica.

“3. Devem ser bem separados os dois casos em que o litígio abrange a discussão envolvendo o acidente de trabalho. No primeiro, a matéria refere-se ao pedido de concessão do benefício previdenciário no INSS. Nesta hipótese, a competência é da Justiça Comum (CF/1988, art. 109, inciso I). No caso em que se discute pedido de ressarcimento por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho causado em razão de culpa do empregador, a obrigação de indenizar decorre diretamente da relação empregatícia, donde exsurge a conclusão de que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a ação, nos termos do artigo 114 da Constituição” (Rel. Min. João Oreste Dalazen, *in* RR n. 1529/2002-009-18-00, j. em 1º-9-04, pela 1ª Turma do TST).

Acompanham o posicionamento da 1ª Turma, as 2ª e 3ª Turmas, como se vê, respectivamente, no julgamento dos processos ns. RR 778.718 relatado pelo Min. Renato de Lacerda Paiva e julgado em 24-8-04 e RR 776.453, relatado pela Mina. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e julgado em 18-8-04.

Em 29-5-03, os Ministros da Subseção I, especializada em dissídios individuais do TST, apreciou o Processo E-RR n. 483.206, tendo decidido, por maioria de votos, afastar a competência da Justiça Comum Estadual para o julgamento de ações de indenização decorrentes de acidente de trabalho. Na oportunidade, restaram vencidos os eminentes Ministros João Batista Brito Pereira, Rider Nogueira de Brito e Milton de Moura França, demonstrando que o entendimento do egrégio Tribunal Superior do Trabalho não está pacificado.

Nesse sentido, aliás, julgado recente da 4ª Turma do TST decidiu, à unanimidade de votos, pela incompetência da Justiça Trabalhista para julgar ações de indenização decorrentes de acidente de trabalho, *in verbis*:

“Justiça do Trabalho — Dano moral e físico decorrentes de acidente do trabalho (doença profissional) — Ação indenizatória — Artigo 7º, XXVIII, da CF — Incompetência.

“A Justiça do Trabalho é materialmente incompetente para apreciar e julgar dissídio individual entre empregado e empregador, que tem por objeto o direito à indenização prevista no artigo 7º, XXVIII, da CF, decorrente de acidente do trabalho. E, de fato, esse posicionamento é o que melhor se amolda ao comando inserto no artigo 109, I, da CF, que remete à Justiça estadual comum a competência para apreciar e julgar os feitos relativos a acidente de trabalho” (Rel. Min. Milton de Moura França, *in* RR n. 1689/2002-038-12-00, j. em 18-8-04 pela 4ª Turma do TST).

Dentre os integrantes da 4ª Turma do TST, o Min. Barros Levenhagen vem acompanhando o posicionamento de que a Justiça Comum Estadual é competente para apreciar ações de acidente de trabalho, ressalvando o seu posicionamento pessoal da seguinte forma:

“[...] o STF já consolidou a jurisprudência de a competência material para julgamento de indenização quer por dano material quer por dano moral, provenientes de infortúnio do trabalho, ser da justiça dos Estados e do Distrito Federal e não da Justiça do Trabalho.

“Com ressalva de entendimento pessoal e atento ao princípio da disciplina judiciária, impõe-se reconhecer a incompetência do Judiciário do Trabalho” (Rel. Min. Barros Levenhagen, *in* AIRR n. 2750/2001-026-12-00, j. em 1-9-04 pela 4ª Turma do TST).

b) *No Superior Tribunal de Justiça*

Pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça é da Segunda Seção daquela Corte a competência, *interna corporis*, para apreciar as lides atinentes a indenizações civis decorrentes de acidente trabalho, conforme dispõe o art. 9º, § 2º, do referido Regimento, para o qual “à Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos a: [...] III — responsabilidade civil, salvo quando

se tratar de responsabilidade civil do Estado; [...] V — direito do trabalho; [...] XII — direito privado em geral, salvo os mencionados no item IV do § 3º.

Entretanto, a Primeira Seção, a quem cabe julgar ações de responsabilidade civil do Estado e de direito público em geral (entre outras – art. 9º, § 1º, do RISTJ), ao apreciar ação de acidente de trabalho ajuizada contra Município, entendeu pela competência da Justiça Comum Estadual, aplicando o entendimento concentrado na Súmula 15 daquela Corte de Justiça (Rel. Min. Franciulli Netto, *in* CC n. 32.397/PR, j. em 14-4-04 pela 1ª Seção do STJ).

Referida Súmula 15 do STJ dispõe que “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho”.

A unanimidade dos Ministros da Segunda Seção Civil do STJ também adota o entendimento da mencionada Súmula 15 daquele Sodalício, lembrando-se que aquele órgão fracionário do STJ é composto pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha; Fernando Gonçalves; Aldir Passarinho Junior; Jorge Scartezini, Nancy Andrighi e Castro Filho.⁵

Compulsando-se os julgados que originaram a Súmula 15, de 14-11-90, do STJ, verifica-se que estes se referem exclusivamente a ações acidentárias dirigidas contra o extinto INPS (hoje INSS), objetivando a cobrança do seguro decorrente de acidente laboral. Entretanto, a jurisprudência consolidada da Corte Superior estende a aplicação da Súmula às ações de indenização civil a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa. Neste sentido: Agravos Regimentais em Conflito de Competência n. 43.191/MG, relatado pelo Min. Fernando Gonçalves e julgado em 13-9-04, e n. 34.085/SP, relatado pelo Min. Castro Filho e julgado em 10-3-04, ambos pela 2ª Seção do STJ.⁶

5 — Conforme <http://www.stj.gov.br/webstj/Institucional/Funcionamento/2secao.asp>, visualizada em 1º-10-04.

6 — Pesquisa jurisprudencial realizada no site do STJ (<http://www.stj.gov.br>), em 29-9-04 e 1º-10-04.

c) *No Supremo Tribunal Federal*⁷

Dentre os julgados coletados na pesquisa, o mais recente, do Supremo Tribunal Federal, recebeu a seguinte ementa:

“Agravado de instrumento – Julgamento das ações de indenização fundadas em acidente de trabalho – Competência da justiça comum – Recurso de agravo improvido.

“Compete à Justiça comum dos Estados-Membros e do Distrito Federal, e não à Justiça do Trabalho, o julgamento das ações de indenização fundadas em acidente de trabalho” (Rel. Min. Celso de Mello, *in* Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 485.085/SP, j. em 4-5-04, pela 2ª Turma do STF).

A decisão unânime foi escorada no voto do eminente Ministro Celso de Mello, para o qual “tem sido tradicional, no sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento, em sede constitucional (CF/46, art. 123, § 1º — CF/67, art. 134, § 2º — CF/69, art. 142, § 2º e CF/88, art. 109, I, *in fine*), da competência da Justiça comum dos Estados-Membros e do Distrito Federal para o processo e julgamento das causas de índole acidentária” (*corpo do acórdão*). O voto foi fundamentado por precedentes do Plenário, das Turmas e decisões monocráticas, aplicando-se igualmente a Súmula 501 do STF:

“Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista”.

No Supremo Tribunal Federal as decisões mais recentes a respeito do assunto têm respaldo em antigos julgados daquela Excelsa Corte, sendo relevante mencionar que a última decisão do Tribunal Pleno daquela Casa ocorreu em 1983, quando vigente a Constituição Federal de 1967, com a grande reforma de 1969. Eis o conteúdo da ementa daquela decisão:

“Competência. Ação acidentária. É expresso o parágrafo 2º do art. 142 da Constituição Federal – Norma específica que preva-

7 — Pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal, *link*: pesquisa simultânea de jurisprudência, em 29-9-04 – palavras chaves: acidente, trabalho e competência.

lece sobre a geral, do seu art. 125, I, que ‘os *litígios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça Ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na lei orgânica da magistratura nacional*’. Daí a jurisprudência fixada no enunciado da Súmula 501-STF, onde foi mencionado não importar que as ações acidentárias sejam promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista” (Rel. Min. Aldir Passarinho, *in* CJ n. 6.401/MA, j. em 13-4-83 pelo Tribunal Pleno do STF).

Conforme atual composição do Supremo Tribunal Federal,⁸ integram a Primeira Turma os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. A Segunda Turma, por sua vez, é composta pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

No julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 485.085-0, de São Paulo (transcrito anteriormente), que foi unânime, acompanharam o eminente Relator (Min. Celso de Mello) os Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Empossado em 25 de junho de 2003, o Ministro Joaquim Barbosa, como membro da Segunda Turma, não se posicionou acerca da celeuma jurídica em discussão. Entretanto acompanhou, sem ressalvas, o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE n. 403.832-5 pela 1ª Turma do STF, entendendo ser competente para o exame das ações de acidente de trabalho – em que se busca indenização civil por ato culposo do patrão – a Justiça Comum Estadual, de sorte que é possível afirmar que na Segunda Turma do STF é unânime o posicionamento de que a Justiça Comum Estadual é a competente para processar e julgar ações de indenização civil decorrentes de acidente de trabalho.

Se na 2ª Turma do STF existe unanimidade no tocante à competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar os feitos mencionados, o mesmo não se pode dizer da 1ª Turma da mais alta Corte do nosso Judiciário.

8 — Conforme descrição constante *in* <http://www.stf.gov.br/institucional/galeria/comissoes.asp>, visualizada em 1º-10-04.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 403.832-5/MG, o Min. Sepúlveda Pertence, relator do acórdão, entendeu pela competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar os feitos objeto deste estudo. Em posição oposta manifesta-se o Min. Marco Aurélio, enquanto que o recém empossado Min. Eros Grau ainda não se manifestou sobre a matéria.

O Min. Carlos Ayres Britto acompanhou o entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, mas com a ressalva do art. 114 da CF/88, que atribuiu à Justiça Trabalhista o exame de “*outras controvérsias decorrentes das relações de trabalho*”.

No mesmo Recurso Extraordinário, o Min. Cezar Peluso, após afirmar que “a cognição desse mesmo fato, quer exija, num caso, aplicação de norma trabalhista, quer exija, noutra, aplicação de norma de Direito Civil, é exclusiva da Justiça do Trabalho, competente para ambos”, encerrou seu voto acompanhando o posicionamento do relator, Min. Sepúlveda Pertence, para o qual a Justiça Comum Estadual detém competência para apreciar ações de indenização, a cargo do patrão, decorrentes de acidente de trabalho.

Assim, o único Ministro a manifestar-se concretamente em sentido diverso do que vem sendo adotado pela maioria do STF é o Ministro Marco Aurélio, tendo os demais acompanhado a exegese dominante, que atribuiu à Justiça Estadual o exame de referidas ações.

d) Súmulas do Supremo Tribunal Federal

Em matéria de acidente de trabalho, o Supremo Tribunal Federal editou três Súmulas:

Súmula 235, de 16-12-63: É competente para a ação de acidente do trabalho a Justiça Cível Comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora.

Súmula 501, de 3-10-69: Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Súmula 736, de 9-12-03: Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

O entendimento condensado na Súmula supracitada, à primeira vista, indica que os processos de indenização civil por acidente de trabalho são de competência da Justiça Laboral, sob o fundamento de que a culpa do patrão decorre do “descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Contudo, o entendimento condensado na Súmula 736 não se refere às ações de indenização a cargo do empregador por acidente de trabalho (em que se analisa a responsabilidade civil do patrão), mas sim “às ações coletivas de prevenção de acidente ou doença do trabalho e fundadas nas normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Neste sentido, transcreve-se lúcido entendimento doutrinário do magistrado paulista Celso José Pimentel, em artigo intitulado “O STF, sua Súmula 736 e, de novo, a competência para a demanda de acidente ou doença do trabalho fundada no direito comum”, *in verbis*:⁹

“A Súmula 736 *plus dixit quam voluit*. Seu enunciado dirige-se apenas às ações coletivas de prevenção de acidente ou doença do trabalho e fundadas nas normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

“O asserto decorre da análise dos quatro precedentes da súmula.

“O primeiro deles, CJ 6959, de 1990, reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para apreciar reclamação trabalhista de funcionários do Banco do Brasil que pretendiam a prometida aquisição de imóveis em Brasília, cidade para qual se transferiram em função do trabalho. Confira-se a ementa. Mostra-se, portanto, estranho ao teor da súmula e sua inclusão parece não se justificar.

9 — *in* <http://www.stac.sp.gov.br/cedes/trab-juridicos/cedes-trab-60.htm#sdfootnote1sym>.

“O segundo, RE 206220/MG, este sim cuidou da competência da Justiça Trabalhista para a ação civil pública que objetivava a preservação do meio ambiente do trabalho.

“O terceiro, PET 2260/MG, cuidou de cautelar acolhida para apontar a Justiça do Trabalho como competente para 'ação de indenização contra o empregador por danos decorrentes de acidente do trabalho'. Sobre constituir matéria que outra vez aparesenta-se estranha ao enunciado da súmula, o pronunciamento do STF nesse caso ficou superado em posterior acórdão unânime da mesma 1ª Turma e relatado pelo mesmo e eminente Min. Sepúlveda Pertence, o que aliás foi objeto do segundo e referido estudo, RE 349.160-1/BA, DJU 14-3-2003, sem se falar em outros pronunciamentos adiante anotados.

“O quarto e último dos precedentes, RE 213015/DF, embora não analise competência de modo direto, cuida da ação civil pública trabalhista e da legitimidade do Ministério Público do Trabalho.

“Assim, desprezados o primeiro precedente, pela aparente impertinência, e o terceiro, também pela ulterior definição da matéria em sentido contrário, quer dizer, pelo reconhecimento da competência da Justiça comum e estadual, sobram o segundo e o quarto precedentes, ambos cuidando da ação civil pública trabalhista para preservação do ambiente do trabalho.

“Daí a conclusão segura de que a Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal disse mais do que quis dizer. Apesar de não integrar o enunciado, sua definição dirige-se às ações civis coletivas trabalhistas, não à demanda de indenização de empregado contra empregadora por acidente ou doença do trabalho fundada no direito comum”.

Em decorrência do raciocínio *supra*, a competência para o processamento e julgamento de indenizações por acidente de trabalho, a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, subsiste o entendimento do STF, que atribui à Justiça Comum Estadual o exame da matéria.

VIII – Proposições

O art. 114 da Constituição Federal, ao tratar genericamente sobre competência *ratione materiae*, diz ser atribuição da Justiça Trabalhista o julgamento de "*dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores*", bem como, "*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*", definidas em lei.

A Lei Federal n. 8.984, de 7 de fevereiro de 1995, regulamentou a expressão constitucional "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho", atribuindo à Justiça Trabalhista a competência para o julgamento dos "dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador" (art. 1º).

Em decorrência dessa regulamentação, é inarredável a afirmação de que as indenizações civis decorrentes de acidente de trabalho, a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII, da CF/88), não estão incluídas entre "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" (art. 114 da CF), pois se assim fosse, o legislador infraconstitucional o teria dito e o Superior Tribunal de Justiça teria declarado judicialmente dessa maneira.

Outrossim, remanesce a dúvida em saber se as pretensões indenizatórias civis, materiais ou morais, decorrentes de acidente de trabalho, estão inseridas na regra geral do art. 114 da CF/88, que atribuiu à Justiça Trabalhista o exame de todos os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

É pacífico na jurisprudência pátria que as ações de indenização civil decorrentes de acidente de trabalho estão inseridas no conceito amplo do art. 114 da CF/88, como sendo "dissídios individuais [...] entre trabalhadores e empregadores".

Verificado que as ações de indenização por acidente de trabalho são consideradas como dissídio entre trabalhador e empregador, resta indagar qual norma jurídica sustenta o entendimento

das Cortes Superiores (STF e STJ), atribuindo à Justiça Comum Estadual a competência para o julgamento dessas ações.

O art. 109 da Constituição Federal, sistematicamente voltado à definição da competência da Justiça Comum Federal, atribuiu aos Juizes Federais a competência para julgar todos os processos em que for parte (como autoras, rés, assistentes ou oponentes) a União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

Entretanto, o comando constitucional ressalvou da competência da Justiça Federal, entre outras, as ações decorrentes de acidente de trabalho (de competência da Justiça Comum Estadual) e aquelas sujeitas à Justiça do Trabalho. Fácil perceber que as ações de acidente de trabalho não se inserem nas causas atinentes à Justiça Trabalhista. É que, se fosse assim, não seriam tratadas por rubricas diferentes, mas sim no conceito genérico de ações sujeitas à Justiça do Trabalho.

Há quem argumente que a expressão "acidente de trabalho" constante do art. 109, I, da CF/88, refere-se somente às ações de índole previdenciária (objetivando o seguro estatal no caso de ocorrência de acidente laborativo), não alcançando as indenizações previstas na parte final do art. 7º, XXVIII, da CF/88.

Entretanto, penso que a interpretação correta é a de que a expressão "acidente de trabalho" constante do art. 109, I, da CF/88 se refere às ações de índole previdenciária e às de natureza civil, quer porque as ações previdenciárias estão disciplinadas no § 3º do art. 109 da CF/88, quer porque o art. 7º, XXVIII, da CF/88 disciplina as ações acidentárias propostas contra o INSS e contra o empregador, sendo aquelas reguladas pela Legislação Previdenciária e estas pelo Código Civil pátrio.

Em decorrência dos direitos sociais previstos no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, é inquestionável a assertiva de que o acidente de trabalho é um só, sendo definido em lei como aquele "que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que

causa a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (art. 2º, da Lei n. 6.367/76).¹⁰

Embora o acidente de trabalho tenha conceito único, suas conseqüências jurídicas não são únicas, pois gera responsabilidade previdenciária do Estado e responsabilidade civil do empregador, por ato praticado contra o obreiro, desde que incorra em dolo ou culpa.

Os Tribunais Superiores (STF, STJ e TST) entendem que a Justiça Trabalhista pode aplicar normas de direito comum para resolução de lides sujeitas à sua competência.

O Supremo Tribunal Federal, ao se posicionar sobre a competência da Justiça Trabalhista para aplicar normas de direito comum, conferiu àquela Justiça especializada o processamento e julgamento exclusivo de lides sujeitas à sua competência, entre as quais as indenizatórias de empregado contra empregador, sob o fundamento de ofensas morais na relação empregatícia. Esse entendimento, entretanto, não aumentou a competência da Justiça do Trabalho porque os processos acidentários continuaram sendo da competência exclusiva da Justiça Comum Estadual.

A propósito, o Ministro Sepúlveda Pertence assim posiciona-se:

“É da jurisprudência do STF que, *em geral*, compete à Justiça do Trabalho conhecer da ação indenizatória por danos decorrentes da relação de emprego, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do direito comum e não do Direito do Trabalho” (*in* RE 403.832-5/MG, j. em 11-11-03).

A seguir, conclui sua Excelência que: “*da regra geral* são de excluir-se, por força do art. 109, I, da Constituição, as ações fundadas em acidente de trabalho, sejam as movidas contra a autarquia seguradora, sejam as propostas contra o empregador”.

10 — Um registro importante é que as doenças profissionais são equiparadas a acidente de trabalho. Neste sentido, José de Oliveira esclarece que “*de um modo geral três são as espécies de acidentes do trabalho: acidente do trabalho-tipo, doença profissional e doença do trabalho atípica*” (OLIVEIRA, José de. *Acidentes do Trabalho: teoria – prática – jurisprudência: de acordo com a Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 2).

A par de permitir que a Justiça Laboral resolva litígios invocando normas de direito comum, colhe-se do corpo do referido acórdão esclarecimento objetivando a fixação da competência:

“Impõe-se indagar a natureza do dano, cuja reparação se pleiteia – se decorrente de acidente de trabalho ou de causas de natureza diversa [...]” (STF – 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Perence, *in* RE 403.832).

A doutrina pátria consoa com esse entendimento, ao afirmar que importam à fixação da competência *ratione materiae*, a *causa petendi* e o pedido formulado. Nesse sentido, traz-se à colação o seguinte entendimento doutrinário:

“As ações de indenização acidentária fundadas no direito comum (art. 159 do CC) são da competência da Justiça Comum Cível e não da Especial, Justiça do Trabalho, já que se subsomem às normas legais da apuração da responsabilidade civil. Não se demanda a relação do trabalho nem a reparação acidentária, com base no seguro monopolizado, de sorte que a competência jurisdicional refoge da Justiça do Trabalho e das Varas de Acidente do Trabalho.

“Não se pode ampliar a competência da Justiça do Trabalho para que também possa julgar os litígios resultantes de acidentes laborais. O acidente do trabalho é litígio que tem por base a responsabilidade objetiva (responsabilidade sem culpa) e se instaura entre o segurado e o INSS, o segurador obrigatório. A ação de responsabilidade civil derivada de acidente do trabalho discute matéria diversa da relação de emprego. A relação de emprego, as controvérsias daí decorrentes (art. 114 da CF/88), é o que determina a competência da Justiça do Trabalho – matéria bem diferente daquela de discutir de quem é a culpa no acidente ou na ocorrência da doença profissional ou do trabalho – com a conseqüente diminuição da capacidade laborativa. Nem se redargua que enquadrável a espécie na área das ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’ constante do art. 114 da CF/88.

“Demasiado elástico deferir-se a competência, nestes casos, para a Justiça do Trabalho, debaixo da justificativa de que o pedido de indenização tenha sido feito em razão da relação de

emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. Ao contrário, no pedido de indenização não se discute a relação de emprego. Esta pouco importa. A *ratio legis* e o fundamento do pedido têm relação simplesmente no apotegma ‘quem causa o dano a outrem tem a obrigação de indenizar’, seja ele seu empregado ou não. A *causa petendi* e o pedido demarcam a natureza da tutela jurisdicional pretendida, definido-lhe a competência” (Amorim, Sebastião Luiz e Oliveira, José de. Responsabilidade Civil: Acidente do Trabalho: Comentários – Jurisprudência – Casuística. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 22).

A propósito da *causa petendi*, esclarece ainda a doutrina que “a causa de pedir desvenda a natureza da lide que se ajuíza e, por vezes, pelos fatos e fundamentos da demanda, fixa a competência absoluta do juízo, *ratione materiae*” (Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado : e legislação processual civil extravagante em vigor. 3ª edição: revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 385, n. 3 ao art. 91).

E qual a natureza jurídica das ações de acidente de trabalho por dolo ou culpa do empregador? No julgamento do Conflito de Competência n. 16.229/PR, de 10-12-97, o relator, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, faz a seguinte observação:

“Tratando-se de pedido de indenização com base na prática de ato ilícito, observa-se a natureza privada da controvérsia, independente de qualquer vínculo laboral porventura existente entre as partes, avultando-se a pertinência da matéria com o direito das obrigações e impondo-se a competência da justiça comum estadual, ausente na relação processual ente federal elencado no art. 109-I da Constituição para julgar a causa” (julgamento unânime pela 2ª Seção do STJ).

No mesmo sentido, o Min. Nilson Naves, no Conflito de Competência n. 260/RS, em ação ajuizada pelo empregador contra o empregado, com fundamento no art. 159 do Código Civil, ponderou que “como a causa de pedir é o ato ilícito e o objeto é a reparação certamente de ordem civil, compete à Justiça Comum processar e julgar a ação”.

Assim, é inafastável a conclusão de que, pela natureza jurídica da *causa petendi* e dos pedidos formulados nas ações de indenização por acidente de trabalho, decorrentes de ato culposo do empregador, referidas ações submetem-se à competência da Justiça Comum estadual.

Além da natureza jurídica da pretensão que fixa a competência da Justiça Comum Estadual, conforme inteligência do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, outras circunstâncias confirmam esse entendimento.

A primeira delas, conseqüência de interpretação histórica, decorre do fato de ser tradição no Direito Brasileiro, desde a instauração da Justiça Trabalhista, que as causas envolvendo acidente de trabalho são julgadas pela Justiça Comum Estadual.

A propósito do assunto, transcreve-se a seguinte observação feita pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 485.085, do qual foi relator, *in verbis*:

“Cumpre assinalar que tem sido tradicional, no sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento, em sede constitucional (CF/46, art. 123, § 1º — CF/67, art. 134, § 2º — CF/69, art. 142, § 2º e CF/88, art. 109, I, *in fine*), da competência da Justiça comum dos Estados-membros e do Distrito Federal para o processo e julgamento das causas de índole acidentária. Daí a orientação sumular firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que, na matéria em questão, deixou consignado esse entendimento: ‘Compete à Justiça ordinária estadual o processo e o julgamento em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista’ (Súmula 501).

“Os litígios relativos a acidentes do trabalho – expressão esta que designa, consoante acentua Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, tomo IV/275, 2ª ed., 1974, RT), ‘quaisquer questões ou composições [...], ainda quando se incluam em regramento de contratos coletivos de trabalho’ – não se expõem, por isso mesmo, à competência da Justiça do Trabalho”.

A existência de Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 29/00), propondo alteração na competência da Justiça Trabalhista, é outra razão que justifica a competência da Justiça Comum Estadual, segundo o ordenamento jurídico atual.

A propósito, o texto da PEC aprovado no Plenário do Senado em 7-7-04,¹¹ propõe a seguinte alteração na competência da Justiça Trabalhista:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

“V – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Ora, se o atual texto constitucional impusesse à Justiça Trabalhista a competência para julgar as ações de indenização civil por acidente de trabalho, a cargo do empregador quando incorresse em dolo ou culpa, não haveria necessidade de alteração do texto legislativo, como indevidamente se propõe.

Enquanto não houver modificação na competência *ratione materiae* da Justiça Trabalhista, prevalece o entendimento sufragado pelo Excelso Pretório, no sentido de que a Justiça Comum Estadual detém competência para o exame de tais ações.

Por outro lado, há que se considerar o fato de que a competência em comento é *ratione materiae* e de caráter absoluto, não podendo autoridade judiciária sem competência, em razão da matéria, proferir qualquer ato judicial, sob pena de nulidade absoluta.

Não bastasse isso, o Tribunal Superior do Trabalho, ao proferir julgamentos em que se dá por competente para julgar feitos envolvendo matérias a serem resolvidas pela Justiça Comum Estadual, está proferindo atos judiciais nulos, passíveis de revisão em ação rescisória (art. 485, II, do CPC).

Como derradeira razão a justificar a competência da Justiça Comum Estadual para o julgamento das ações de indenização civil decorrentes de acidente de trabalho, ajuizadas por empregado em razão de ato culposo do empregador, consiste na disciplina judiciária, pois o Supremo Tribunal Federal, interpretando os

11 — in <http://200.155.4.38/legis/projetos/reforma/reforma.asp>.

arts. 109, I, e 114 da Constituição Federal, exercendo mister que lhe é atribuído constitucionalmente, concluiu pela competência da Justiça Comum Estadual, no que é acompanhado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a edição de Súmulas, que são pensamentos condensados da jurisprudência da Corte.

Nesse sentido, transcreve-se ensinamento constante no Pedido de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível n. 96.010326-0, de São Miguel do Oeste, relatado pelo magistrado Nilton Macedo Machado, aplicável à questão em apreço:

“A uniformização da jurisprudência, assentando dentre teses jurídicas relevantes qual a que deve prevalecer, por representar igualdade na distribuição da justiça (os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes), é instituto necessário e orientador não só para os tribunais, como, e, principalmente, para os juízes de primeiro grau e às partes, evitando perplexidade e insegurança, pois, ‘antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta’”.

O posicionamento jurisprudencial *supra* tem respaldo em lição doutrinária do processualista Roberto Rosas, inserta no corpo do acórdão, com o seguinte teor:

“O princípio da igualdade de todos perante a lei parecerá irrealizável, se a lei for interpretada de modo diverso, apesar de serem idênticas as situações. Não importa tanto a concepção do igualitarismo jurídico, mas sim a forma e a moralidade que o condicionaram, como frisou Kelsen. O homem do povo não concebe duas decisões antagônicas resolvendo a mesma tese, o mesmo princípio, o mesmo fato. Por isso, José Alberto dos Reis dissera: que importa a lei ser igual para todos, se aplicada de modo diferente a casos análogos? Antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme, cada um sabe com o que pode contar; perante jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito. E a inconstitucionalidade dessa aplicação? A Constituição Federal erige a igualdade de todos perante a lei como primeiro dos direitos e garantia individuais; logo, se a lei é uma, não admitirá duas teses conseqüentes. O fato de uniformizar-se a jurisprudência não significa

estiolar a interpretação do direito e da lei” (Comentários ao CPC, RT, v. 5, p. 17).

Não se quer dizer aqui que não se possa pensar diversamente do entendimento predominante ou que se tenha que acatar, sem qualquer questionamento, o posicionamento dos Tribunais Superiores. O que se pretende esclarecer é que a orientação jurisprudencial consolidada constitui segurança jurídica imprescindível à pacificação dos conflitos.

Na atual conjuntura normativa-jurisprudencial, as decisões do TST são fatalmente nulas e essa declaração de nulidade é o que se espera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, quando se posicionarem sobre o exame da *quaestio*, cuja competência originária é da Justiça Comum Estadual.

IX – Conclusões

Pontificadas as normas e os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis ao caso vertente, extraem-se as seguintes conclusões:

— É *ratione materiae* a competência para apreciação de ações de indenização por acidente de trabalho quando o empregador incorrer em dolo ou culpa;

— A Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal não se refere às indenizações a cargo do empregador que age com culpa, mas às “ações coletivas de prevenção de acidente ou doença do trabalho e fundadas nas normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”;

— Os acidentes de trabalho inserem-se no conceito amplo de dissídio individual entre trabalhador e empregador, previsto no art. 114 da CF/88;

— O conceito de acidente de trabalho é único, embora enseje dupla reparação, ambas a cargo do empregador, sendo uma a título de indenização securitária e gerenciada pelo INSS e outra por ato culposo do patrão;

— Conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal, o art. 109, I, da Constituição Federal, em sua atual redação, ao tra-

tar o acidente de trabalho separadamente das ações de competência da Justiça Trabalhista, atribui à Justiça Comum Estadual a competência para o julgamento de ações de indenização civil decorrentes de acidente de trabalho por ato culposo do empregador;

— A natureza jurídica das ações de indenização por acidente de trabalho a cargo do empregador é de índole civil, estabelecendo a competência da Justiça Comum Estadual para o exame da matéria;

— Historicamente, as ações de indenização por acidente de trabalho a cargo do empregador que incorrer em dolo ou culpa sempre foram de competência da Justiça Comum Estadual, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988;

— A Reforma do Judiciário (PEC n. 29/00), pretendendo ampliar a competência da Justiça Trabalhista, corrobora o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro vigente confere à Justiça Comum Estadual a competência para o exame das ações de indenização por ato ilícito do patrão;

— A disciplina judiciária, como princípio, recomenda a adoção de entendimentos jurisprudenciais sedimentados no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, a fim de que não se criem embaraços por meio de julgamentos conflitantes a respeito do mesmo assunto, afastando a Justiça de seu primeiro e principal objetivo: a pacificação social.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade Civil: Acidente do Trabalho: Comentários – Jurisprudência – Casuística*. São Paulo : Saraiva, 2001.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado : e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição: revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes do Trabalho: teoria – prática – jurisprudência: de acordo com a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PIMENTEL, Celso José. O STF, sua Súmula 736 e, de novo, a Competência para a Demanda de Acidente ou Doença do Trabalho Fundada no Direito Comum, in <http://www.stac.sp.gov.br/cedes/trab-juridicos/cedes-trab-60.htm#sdfootnote1sym>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*: vol. 1. 24ª edição: revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

DELITO CULPOSO

Leoberto Baggio Caon*

Não é nosso propósito fazer, e nem o presente estudo comportaria um histórico aprofundado das origens da teoria da culpa, tema dos mais abrasivos na moderna repressão. Mezger, nesse ponto, anota com mérito que o problema da culpabilidade é o transtorno do destino de castigar. Von Liszt já destacava tal circunstância ao firmar que “pelo aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade mede-se o progresso do Direito Penal”, anotações constantes na excelente obra Culpabilidade, de Luiz Augusto Freire Teotônio, Editora Minelli, 2002. O Código Penal em seu art. 18 estabelece: “Diz-se o crime: I) doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II) culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo Único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Trata-se, pois, de relembrar o entendimento clássico de que representação e vontade são elementos imprescindíveis ao dolo. Uma não existe sem a outra, mesmo porque só se almeja aquilo que previamente se representa de modo global.

* Advogado.

A previsibilidade é, como se sabe, o limite da culpa. O que não é previsível para o agente, nas circunstâncias em que se achava, não é culpável. Em resumo, há culpa *stricto sensu* quando o responsável deixa de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária ou especial, a que estava obrigado, sendo capaz de fazê-lo, e não prevê o resultado que poderia prever, ou, prevenindo-o, levemente supõe que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

De outro prisma, a doutrina moderna não põe em dúvida que o tipo de injusto dos crimes culposos constitui categoria distinta da dos crimes dolosos. A antiga teoria do direito penal concebia o dolo e a culpa como espécies da culpabilidade, de modo que identificava numa e noutra categoria de ilícito penal elementos comuns, relativos à ação, à tipicidade e à antijuricidade. Hoje se entende que as faltas culposas divergem das posturas dolosas, na tipicidade e na ilicitude, e que só na ação e na culpabilidade encontramos basicamente a mesma estrutura, nessas duas espécies de embustes.

A essência da culpa *stricto sensu* reside na transgressão de um dever objetivo de cuidado. Esses crimes têm na ação contrária ao cuidado exigível o seu elemento fundamental, apresentando, pois, um desvalor de ação e não de resultado. É claro que o crime não se configura sem o desfecho, mas este decorre de um momento de azar (*exner*), cuja função, na estrutura do crime culposo, tem sido objeto de largo debate, permanecendo obscura. O cuidado objetivo exigível decorre de normas de comportamento, na vida de relação em geral e no círculo de atividade a que pertence o agente, que são o resultado de ampla previsão de possíveis perigos, baseada na ciência, na experiência e na reflexão. A ação ou omissão contrária ao cuidado exigível é típica, se provoca a eficácia que configura o delito. O tipo dos crimes culposos é aberto, já que a conduta contrária ao dever de cuidado deve ser fixada em cada caso pelo juiz.

O tipo de injusto nos crimes culposos, como ensina Jescheck (*Lehrbuch*, § 54), determina-se pela possibilidade de advertir o perigo de realização do tipo, pela manobra de quem, em vista desse perigo, não observa o cuidado objetivamente exigido, e pela

produção do resultado típico. Dessa forma estabelece-se a antijuridicidade que não basta para a configuração do delito. Este exige a culpabilidade, que é sempre reprovabilidade pessoal. A estrutura da infração nos crimes culposos é a mesma da dos crimes dolosos. Deve o agente ser imputável e ter atuado com a consciência real ou potencial da ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento diverso. A consciência da ilicitude refere-se à possibilidade individual de conhecimento da contravenção do cuidado exigível, e se exclui, evidentemente, pelo erro sobre o dever jurídico de atuar. O juízo de reprovação, que é a culpabilidade nos crimes culposos, requer sempre a previsibilidade do resultado pelo agente concreto, na situação concreta em que ele atuou (Maurach, *Lehrbuch*, § 46).

A transgressão do dever objetivo de cuidado é fundamental, mas não é decisiva, porque se deve ainda demonstrar que essa transgressão foi reprovável. Como diz Jescheck (*Lehrbuch*, § 55), a violação de normas especiais sobre o cuidado a ser observado não indica, certamente, em todos os casos, que o autor tenha atuado culposamente, da mesma forma que a observância das normas de cuidado existentes não exclui que possa haver culpa, se a especificidade da situação exige mais do que se tenha regulado. Maurach (*Lehrbuch*, § 44) também esclarece que a observação de que se omitiu o cuidado exigível, o único que afirma é que o autor infringiu os princípios de cautela de validade geral, atendendo às aptidões do termo médio. Nada se diz, ainda, sobre a desobediência crítica, que se refere à possibilidade concreta de evitar a lesão do dever de cuidado.

De mais a mais, a tipicidade no crime culposo consagra-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa dotada de prudência. As normas de conduta, que aqui se mencionam, são princípios da experiência sobre determinados modos de comportamento, com certos perigos que lhes são próprios, e as medidas adequadas para evitá-los.

A ação que desrespeite ao cuidado e à atenção exigida, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, provocando o resultado, é típica. Se apesar da observância do cuidado objetivo ocorrer o resultado, não temos crime, mas mero infortúnio. Se tal resultado

era imprevisível para uma pessoa razoável, exclui-se desde logo a própria tipicidade e a ilicitude da ação, como ensina o saudoso mestre Heleno Cláudio Fragoso, na defesa promovida no Rio de Janeiro, em ação penal deflagrada contra engenheiros acusados de delito culposo em decorrência do desabamento do elevado sobre a Avenida Paulo de Frontin, caso de imensa repercussão nacional à época.

Revistas as premissas específicas em vigor, cabe assinalar que a denúncia deve demonstrar satisfatoriamente a imperícia, a negligência ou a imprudência, de modo a permitir uma defesa compatível, pois é preciso averiguar a validade de todos os elementos probantes do processo, apenas como modelo nos feitos mais corriqueiros na vida forense, a velocidade, embriaguez, obediência às regras de trânsito, condições materiais do veículo, e pesquisar inclusive as causas de natureza climática (temperatura, grau de umidade, gelo, vento, chuva torrencial, sem contar com terremotos, abalos sísmicos, escorrimientos tectônicos etc.).

Durante muito tempo imaginou-se que a possibilidade do evento constituía o vetor do crime culposo e que esse delito tinha no resultado lesivo o seu aspecto fundamental, sendo fato punível que se consubstanciava num desvalor do resultado. Essa concepção deixava num plano secundário a tipicidade e, sobretudo, a antijuridicidade do crime culposo, além de supor que a natureza da culpa estivesse num elemento psicológico.

Com a caprichosa obra de *Engisch (Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930, 277)*, pela primeira vez se fez ver que entre a ação ou omissão provocadora do resultado e a culpabilidade faltava um momento importante, que era o da falta de cuidado externo, sem a qual não era possível sustentar a ilicitude do crime culposo. Quando se verificou que a ação, nos crimes culposos, só era antijurídica, na medida em que violava o cuidado exigido no âmbito da vida de relação, demonstrou-se que o elemento decisivo do ato reprovável residia no descrédito da ação e não no desvalor do resultado.

Aníbal Bruno, com seu enorme talento, *Direito Penal, Parte Geral, Forense, 1967, Tomo 2, p. 92 e 93*, aponta:

“A forma típica da culpa é a culpa consciente, em que o resultado previsível não é previsto pelo agente. É a culpa sem previsão. Ao lado desta, construiu a doutrina a chamada culpa consciente, em que o resultado é previsto pelo agente, embora este sinceramente espera que ele não aconteça. A culpa com previsão representa um passo a mais da culpa simples para o dolo. É uma linha quase imponderável que se delimita do dolo eventual. Neste, o agente não quer o resultado, mas aceita o resultado de produzi-lo. Na culpa com previsão, nem esta aceitação do risco existe, o agente espera que o evento não ocorra”.

Também, por outro caminho, podemos excluir a culpabilidade, afirmando a inexigibilidade de outra conduta, que tem, nos crimes culposos, maior amplitude, e nos quais a culpa comum manifesta-se pela imprudência, negligência ou imperícia.

Nos delitos culposos, o ônus da prova pertence por completo à acusação. Não se exige do acusado que confesse ou que admita sua responsabilidade. Não só é compreensível como lícito que ele procure eximir-se. Afinal, “quem acusa está na obrigação de oferecer prova da existência da infração. Não o fazendo, impõe-se a absolvição do réu” (RT 281/518). O que não é possível é presumir a autoria ou a co-autoria, pois não existe participação em crime culposos.

Cobra relevo observar que quando existir mais de um réu, sob pena de inépcia, a denúncia obriga-se a apontar quem é o autor da imprudência, da imperícia ou da negligência. Não se pode ignorar o que cada um dos acusados fez ou deixou de fazer especificamente.

A culpa da vítima só exclui a culpa do agente se for exclusiva. O erro concorrente do ofendido serve apenas para atenuar a responsabilidade penal do agente, influenciando na pena que lhe deve ser imposta (*Lehrbuch*, § 55), de que a concorrência de culpa totalmente inesperada da vítima pode excluir a previsibilidade do resultado.

Claus Roxin, magnífico doutrinador alemão, anota que a culpabilidade tem seus efeitos em termos objetivos e subjetivos porque as pessoas possuem um sentimento de atuar livremente.

Explicar-se-á, agora, alguns aspectos relevantes de ordem prática. Instaurado o procedimento, é imperioso que se verifique as condições de procedibilidade, isto é, se existe justa causa ou o *processus justus*, condição *sine qua non* da persecução penal. Seria redundância arrolar o rito e as fases processuais atinentes ao delito culposo.

Observa Jimenez de Asúa, com bastante propriedade, que muitas das condições objetivas e extrínsecas de punibilidade, que *“non son propiamente tales, sino elementos valorativos y, más comúnmente modalidades del tipo. En caso ausencia funcionará como formas atípicas que destruyen la tipicidade”*.

Exemplo: Quando o agente, em acidente de trânsito, é denunciado por dolo eventual, triste norma localizável no art. 18, I, do *Codex Punitivo*, num exercício nítido do direito penal autoritário, embora todas as condições reunidas no sumário apontem para o delito culposo, dentro da velha e surrada parêmia do *in dubio pro societate*, quase sempre porque o indiciado dirige embriagado e em velocidade incompatível. Embora em fatos de conseqüências gravíssimas, ainda, assim, a melhor orientação pretoriana vem-se pautando no sentido da existência da culpa. A divergência entre a culpa, aqui consciente, e o dolo eventual é antiga, existindo entre ambos os institutos apenas um traço comum, que é a previsão do resultado antijurídico. Enquanto neste o acusado presta anuência ao adverso desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou presunção de que este não ocorrerá (RT 589/317).

De feito, nem o art. 302 do Código Brasileiro de Trânsito, lei que veio em boa hora, com o desiderato de minimizar a carnificina existente na afluência automobilística, até agora sem sucesso, não obstante a expectativa que se criou, transformada em norma milagreira e símbolo de uma identidade particular que o país, meio por vergonha da verdade e meio por ufanismo desinformado, foi capaz de superar este antigo confronto, embora estipule com rutilante clareza que “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: penas – detenção de dois a quatro anos, e suspensão

ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”, *inter alia*.

Mais ainda: há crime culposo quando se verifica o erro de fato. O acusado supõe que a pistola está descarregada, põe-se a manejá-la, terminando por atingir outra pessoa, que vem a óbito. A culpa é, na hipótese, irrecusável, porquanto o agente tem o dever e a capacidade de cuidado, mas atua de modo censurável ao provocar uma situação previsível, vivificando o comportamento social desvalioso, pois a arma de fogo é sempre um instrumento perigoso, com a qual não se brinca sem macular a prudência ordinária.

Supondo que a arma estivesse vazia, atuou ele em situação de erro de fato, que exclui sempre o dolo. O erro pode, no entanto, derivar de culpa, caso em que não haverá crime culposo, como indica o art. 24 do Código Penal. É o erro de fato inescusável. É óbvio que o erro, quando justificável, exclui o dolo e a culpa. Nada há de estranho, porém, na punição a título de culpa, se o desvio é criticável, resultando da transgressão de um dever de atenção. O erro de fato não justifica o homicídio intencional na legítima defesa putativa, que é fato antijurídico: nesse caso há apenas exclusão da tipicidade (erro de tipo), ou, como se tem entendido entre nós, da culpabilidade (RTJ 41/778).

Nosso mestre Silva Franco indicou, a propósito, a lição de Wessels, cuja dicção soa: “Existe dolo eventual quando o autor se tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformatado com o risco da realização do tipo, antes até concordando com a ocorrência do evento do que renunciando à prática da ação” (O Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, I, T. 1º/88).

É possível, via remédio heróico, pedir a desclassificação do tipo posto na exordial acusatória para a culpa, como preconizou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – HC n. 024/2002.

A justa causa confunde-se com o legítimo interesse de agir do órgão acusatório, quando este se movimenta sem fundamento. O processo pode ser deflagrado sem que exista o direito de punir,

habilitando o *habeas corpus*, cânone constitucional, rápido e eficaz, como método de coartar o abuso, o constrangimento. Desarte, as questões sobre a *legitimatío ad causam* (ativa e passiva) apresentam-se como condições de procedibilidade. O mesmo se diga da inexistência de coisa julgada ou de litispendência (José Frederico Marques, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. 2, p. 302).

Geralmente, as ações culposas ocorrem nos acidentes de trânsito e em questões que envolvem erros técnicos na execução de obras civis, pontes, prédios, viadutos, sendo preciso estabelecer com certeza a causa do evento a fim de estabelecer a responsabilidade.

A condenação exige certeza, objetiva e geral, ou seja, confiança demonstrável, *sub specie universalis*, baseada em seguros elementos de convicção. Não basta a íntima convicção subjetiva do julgador, que será mera crença. A certeza é a convicção baseada em provas de que o juízo corresponde à realidade. O juízo de probabilidade, e mesmo de alta probabilidade, é juízo de dúvida. Dúvida e ausência de prova são sinônimos na justiça criminal. Como ensinava Eberhardt Schmidt (*Deutsches Strfprozess*, 1967, 48), “constitui princípio fundamental do processo penal o de que o acusado somente deve ser condenado, quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam sua autoria e culpabilidade com completa certeza (*mit voller Gewissheit*). Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido (*Bleiben auch nur die geringste Zweifel, so muss der Beschuldigte freigesprochen werden*).

A exatidão deve recair sobre a autoria e sobre a culpabilidade. A prova de culpabilidade também pertence por completo à acusação (*Rocco, L’oggetto del reato*, 1932, 367). É indispensável, portanto, que a acusação indique, de forma indubitável, a prova de que o acusado violou o dever de cuidado que lhe incumbia e de que o fez de forma reprovável.

Quanto mais se desenvolvem e se intensificam as atividades humanas e mais densas se tornam as populações, maior é o número de interesses que se chocam e se contradizem. Este conflito incondicional é a essência da própria vida e a razão dos pre-

ceitos da conduta humana, cuja missão principal é limitar, conciliar e combinar atividades.

Se fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos, se a inteligência e a sabedoria humana pudessem enfeixar nos preceitos legais as diretrizes a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua, e não caberia à doutrina e à jurisprudência o papel tão preeminente que ora desempenham, na feliz anotação de Alvino Lima, *in Culpa e Risco*, RT — 1963, p. 219.

A lesão ao direito de outrem, por ser inevitável, nem sempre conduz à responsabilidade.

Resta ainda assinalar que o dolo, na ótica brasileira, vem restrita a dois aspectos localizáveis no art. 18 do nosso Estatuto Repressivo, o qual adotou a teoria do consentimento, contrária à alemã, baseada na tripartição do dolo, que incluiu o dolo eventual, ou o dolo direto de segundo grau, dirigido àqueles efeitos colaterais que o agente sabe necessariamente ligados à obtenção de sua finalidade última. Como dizia HUNGRIA, *primus inter pares* no círculo dos penalistas brasileiros:

“Vê-se que o nosso legislador de 40, ao fixar a noção do dolo, não se ateu à chamada teoria da representação (para a existência de dolo, basta a representação subjetiva ou previsão do resultado como certo e provável), que, aliás, na sua pureza, está inteiramente desacreditada; e, com todo acerto, preferiu a teoria da vontade (dolo é a vontade dirigida ao resultado), completada pela teoria do consentimento (é também dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável, consente ao advento deste ou, o que vem a ser o mesmo, assume o risco de produzi-lo). Dolo é ao mesmo tempo representação e vontade” (Comentários ao Código Penal, vol. I, Tomo 2, Editora Revista Forense, 1995, p. 111).

A prática dolosa exige sempre a vontade, o querer, no sentido de desejar. Mas o que significa querer? Há duas conclusões inafastáveis: primeiro, querer o resultado reprovável; segundo, querer no sentido de não poder isentar-se da prática condenável ou antijurídica. Alguns tribunais e juristas defendem a existência

do dolo eventual, por exemplo, em acidentes de trânsito, mesmo admitindo que o motorista não queria o resultado, mas assumiu o risco para tal, isto é, não se preparou ou se decidiu a favor das conseqüências do ato, oriundas de um infortúnio, circunstância que, a meu modesto sentir, sempre representa a culpa.

A teoria que exige o dolo reclama a idéia da vontade, e esta padece de uma compreensão ambígua da palavra “querer”, fato que exorta as Cortes a examinarem cuidadosamente se o autor, no momento do lance, aceitou, assumiu ou anuiu com o resultado danoso.

Ultrapassados, entretanto, os limites objetivos da norma de direito, por dolo ou por culpa, incide o agente na responsabilidade decorrente de seu ato ou de sua abstenção, em especial num país como o nosso onde a violência pela violência virou banalidade, e verdadeiros atos de barbárie ocorrem todos os dias nas mais diversas regiões do solo pátrio.

De outro lado, é enorme e complexa a diferença entre o delito culposo – culpa consciente e o dolo eventual, porquanto sempre ocorre a previsão do resultado. Tal *vexata quaestio*, contudo, está previamente dirimida pelo legislador ao definir no art. 18, inciso I, do CP que no dolo eventual o agente “não quer o resultado”, porém “assume o risco de produzir o resultado”. Concluir-se-ia em seguida: dispensável, portanto, qualquer ulterior consideração, seja de ordem doutrinária, seja de natureza jurisprudencial. Manifesto equívoco. A expressão “assumir o risco”, por sua manifesta imprecisão, contribui muito pouco para o deslinde do que se poderia classificar como um dos *Strafrechtlich Grundgenprobleme* (problemas fundamentais do direito penal), pois não se sabe ao certo, é o óbvio ululante, quando alguém “assume o risco de produzir determinado resultado”. Remarcando tal dificuldade, diz Fábio Roberto D’ávila, Doutor pela Universidade de Coimbra:

“No entanto, o Código Penal de 1984, ao tratar sobre o tema em seu art. 18, inciso I, previu não apenas o dolo em sua forma direta, mas também o denominado dolo eventual (*dolus eventualis*) que, quer por sua natureza, quer pela ambigüidade da forma como foi previsto, gera graves equívocos em sua distinção da

culpa consciente” (Crime Culposo e Imputação Objetiva, RT, São Paulo, 2001, p. 107).

De forma idêntica, assevera Luís Greco, discípulo de Claus Roxin (ao traduzir a obra de Ingeborg Puppe, a notável Livre-docente da famosa Universidade de Heidelberg, A Distinção entre Dolo e Culpa, Editora Manole, São Paulo, 2004, p. XVII):

“O fato é que, ao contrário do que a doutrina brasileira ainda costuma pensar, a lei não resolveu nada. Isso porque as palavras que a lei usa — assumir o risco de produção do resultado são ambíguas”.

Posto isso, insignes doutrinadores, como Claus Roxin, propugnam pela análise das atitudes que caracterizariam os elementos emocional (volitivo) e intelectual (representação) do dolo eventual e de culpa consciente. Entende, assim, o vetusto mestre tedesco que o subsídio do dolo eventual caracteriza-se por um resignar-se ou conformar-se com a conclusão, enquanto o elemento volitivo da culpa consciente apresenta como traço fundamental o agir levianamente, acreditando que o resultado não irá ocorrer. Quanto ao básico do dolo eventual, pode-se dizer que a sua essência reside em levar a sério a produção do resultado, enquanto que o elemento intelectual da culpa consciente revela uma atitude de não levar a sério a sua ocorrência.

Leve-se em conta, ainda, que a sistemática do art. 18 do citado diploma, relativa à divisão entre culpa e dolo, não permite qualquer tipo de dúvida, até porque o dolo eventual, antes de ser eventual, é dolo, ou seja, além da impossibilidade de ser presumido (por afronta ao estado de inocência), é necessário o conhecimento e a vontade por parte do indivíduo, cujo resultado nunca lhe é apazível, confortável ou indiferente, tampouco desejável, menos ainda que tivesse ele seriamente refletido e estivesse consciente sobre a possibilidade da realização do tipo. Daí poder concluir-se que a culpa não reside, grosso modo, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de uma obra causadora de um dano socialmente reprovável.

Isso significa a explicação da 2ª Fórmula de Frank: soubesse de antemão que ocorreria uma morte ou lesão grave o agente atuaria? A resposta clara é não.

As singelas anotações marcam minha convicção de que a culpa, mais do que presente na maioria dos casos relacionados, é não só incompatível com o dolo eventual, como traduz apenas o envolvimento em ato crítico e danoso a que desgraçadamente alguém se entrelaça, sem almejar o resultado, ainda que, como dito, de trágicas conseqüências. Quem não quer não pode ser punido severamente por não querer, exceto “quando ocorrente” a discutível, contestada e conservadora regra do risco assumido.

Tudo isso desvela uma engenharia mental das mais difíceis, mormente em uma democracia em que o Estado deve provar a culpa. Atrevo-me, acrescentar, ainda, para a diferenciação entre esta e a culpa, outro dado de suma relevância, muito pouco explorado ou debatido nos pretórios, e quase nunca usado como legítimo instrumento de defesa do imputado.

É conhecido o velho entendimento que no processo penal, ao contrário do que sucede no processo civil, não se julgam relações jurídicas: julgam-se os homens e suas ações. Daí o grande relevo que possuem os antecedentes do acusado no processo penal.

Passados mais de sessenta anos, a *Constitutio Criminalis Carolina* (p. 25, 26, 31 e 37) já determinava ao juiz que procurasse informar-se “a fim de saber se o acusado pode ser julgado capaz de ter cometido o delito” (Mittermayer, Tratado das Provas em Matéria Criminal, tradução A. Soares, Rio, 1909, p. 376). E os mestres da prova, ao constituírem seus sistemas, invariavelmente incluem o exame dos antecedentes ou como indício ou presunção. A integridade do acusado era considerada por Mittermayer “a mais forte presunção”:

“Porém a mais forte presunção é deduzida dos antecedentes e da moralidade do acusado. Com o seu auxílio a tarefa do Juiz é simplesmente facilitada” (Obra citada, p. 375).

O mestre de Heidelberg desenvolvia, nesse passo, conhecida colocação de Benthan (*Teoria delle Prove Giudiziarie*, tradução Z. Barnardi, Bruxelles, ano de 1842), cujo ponto culminante se atingiu com o sistema de Malatesta e Gorphe, para quem os antecedentes do acusado podem funcionar como “indício de incapacidade moral para o delito”.

Dessarte, não bastam simples avaliações na aceitação da denúncia. É preciso também que o juiz avalie sobre esse aspecto. Ora, em ambas as hipóteses acontece o resultado, um assumindo o risco e outro não o desejando. É evidente que demonstrada a capacidade moral para evitar o delito não há fugir da culpa.

Só com o avanço do direito penal é que apareceu a culpa, já que antigamente a punição vinha da efetivação do ato delituoso com a produção de um resultado de dano ou perigo.

Desconsidero o pensamento de que a culpa é mero pressuposto de aplicação da pena, apartada dos requisitos da infração. Filio-me, sem hesitação, à corrente de Heleno Claudio Frago, João Mestieri e Juarez Tavares, dentre tantos outros, porque o direito penal não admite a exclusão da culpabilidade do conceito de crime, bem como o sistema penal e processual brasileiro, pois geraria a ignávia da possibilidade de crime sem censura, na feliz anotação do magistrado paulista Luis Augusto Freire Teotônio – ob. citada, p. 119.

A matéria, como me referi no início, é árida, palpitante e permite várias conclusões, e não se cogita de impor um pensamento único e irretocável acerca da culpabilidade. É imperioso respeitar o contrário em nome da democracia.

O delito culposos está inscrito na legislação pátria e vem sendo aplicado de forma elogiável em nossos tribunais, dentro dos diversos graus de complexidade apresentados caso a caso. Ocorrem erros nos julgados, sim, alguns sérios. Contudo, impossível desconhecer e emprestar a regra dos delitos culposos outra que não aquela vinculada à imperícia, negligência ou imprudência, sem a preocupação maior da terceira opção, o dolo eventual, que fere inclusive – na esmagadora maioria dos casos – o art. 5º, XXXVIII, letra a, da Carta Republicana, a ser atendido apenas em condições especialíssimas e indúvidas na assunção do resultado, cláusula que não se apegam à modernidade, à boa política criminal e acima de tudo à alvitrada aplicação da justiça.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA — O perigo do eventual abrandamento na apreciação dos pressupostos específicos do artigo 50 do Código Civil — Análise comparativa

Olavo Rigon Filho*

I — Introdução ao tema — motivação e objetivos do trabalho

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, tão declamada em verso e prosa pelos doutrinadores e aplicada pelos tribunais, foi finalmente normatizada pelo Código Civil. A redação do artigo 50 do Código Civil, como veremos, traz requisitos específicos que diferem na essência de outras normas legais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, do Código Tributário Nacional, da Lei de Defesa da Concorrência e da Lei de Crimes Ambientais.

Sabemos que a concretização da norma é feita mediante a construção interpretativa que se formula a partir dos juristas e, principalmente, da compreensão e interpretação que é dada pelos

* *Advogado e Professor da Associação dos Juizes Federais do Estado de Santa Catarina — Ajufesc.*

magistrados. É na aplicação prática, exteriorizada pelas decisões judiciais, que se moldará o artigo 50 do Código Civil.

O objetivo deste texto é reafirmar e reavivar as linhas mestras e os principais vetores da doutrina da desconsideração, demonstrando que pequenos desvios na aplicação dos requisitos específicos do artigo 50 do Código Civil poderão fragilizar o próprio sistema que abarca as sociedades empresárias. Sim, pois se constata, ainda que de forma inexpressiva, algumas decisões, talvez sob o vezo analógico e inadequado do Código de Defesa do Consumidor, que estão afrouxando os requisitos específicos para a desconsideração, contentando-se com meros indícios ou criando presunções não legais, trazendo preocupação para a segurança das relações societárias.

Ora, o art. 50 do Código Civil não insere como pressuposto a justificar a desconsideração o fato da má gestão da empresa ou a dificuldade ou o obstáculo ao ressarcimento de prejuízo ao credor. Muito menos são admissíveis ilações ou decisões que venham a declarar a ineficácia da personalidade jurídica pelo simples fato de o sócio majoritário ser possuidor de mais de 90% das quotas, criando uma presunção de confusão de patrimônio, capaz de justificar a penetração nos bens pessoais e denotando um abrandamento preocupante.

Abrandamento da jurisprudência que poderá, paulatina e inadvertidamente, promover uma distorção dos fundamentos que deram vida ao artigo 50 do Código Civil.

II — Crise da pessoa jurídica — abuso de direito — tendência legislativa

A teoria da desconsideração só nasceu em função de uma crise da pessoa jurídica, de uma disfunção daquilo que era idealizado como perfeito. Crise de função gerada pelo abuso da utilização da personalidade jurídica¹.

1 José Lamartine Correia de Oliveira mostra bem esse histórico em seu fantástico livro "A dupla crise da Pessoa Jurídica", Saraiva, 1979.

A desconsideração da personalidade jurídica é, pois, um capítulo do abuso do direito. Sim, pois na medida em que a autonomia patrimonial, a limitação da responsabilidade dos sócios, constitui-se, para alguns maus empresários, como um instrumento facilitador da fraude e da lesão aos credores, houve uma natural reação do direito — que sabemos não admite o conceito de absoluto —, primeiro da jurisprudência e depois do legislador, impondo um freio à possibilidade de tais iniquidades².

Uma das primeiras aplicações foi no campo fiscal, de modo a reprimir a sonegação e a evasão de impostos. O artigo 135 do Código Tributário Nacional albergou a essência da teoria, criando um instrumento eficaz contra a fraude e o abuso de direito. Essa onda rapidamente chegou às lides trabalhistas, nas quais é comum que a execução recaia sobre bens dos sócios.

Observando a tendência de coibir o abuso de direito — e aqui de forma bem mais abrangente — o legislador criou regras específicas para a defesa do consumidor e do interesse público ao meio ambiente sadio.

Finalmente, e como forma de positivar o que já era uma realidade jurisprudencial, o legislador estabeleceu no artigo 50 do Código Civil o instituto da desconsideração.

Essa regra legal trouxe também em sua essência o combate ao abuso da personalidade, estabelecendo, como requisitos específicos, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Assim, dentro do atual quadro legislativo observa-se uma variada gama de leis criadas para responsabilizar o administrador ou o sócio, superando a autonomia da empresa. Só que nem todas têm as mesmas matizes, como adverte o Prof. José Lamartine Correia de

2 Esses freios legais também não são insuperáveis. A criatividade do nocivo empresário é impressionante. Basta tornar ilimitada a responsabilidade e aparecem os “laranjas”. Não há limite para os aventureiros ou os fraudadores. Sempre aparece um golpe novo na praça, e na maioria das vezes tem como protagonista empresas, formalmente constituídas, mas cujo propósito, único, é fraudar o crédito alheio.

Oliveira³. Algumas leis não têm em sua gênese a desconsideração da personalidade jurídica e outras alargaram muito o conceito original. A análise de alguns textos normativos permitirá demonstrar a diferença de alcance e dos pressupostos específicos para a aplicação da teoria da desconsideração, caso a caso.

III — Discrímen entre o Código Civil e as demais leis que tratam do tema

No campo fiscal e trabalhista o instituto da desconsideração da personalidade jurídica ganhou contornos próprios, visando a estabelecer uma espécie de *solidariedade*, sempre que houver abuso, excesso de poder ou qualquer espécie de ilegalidade, entre a pessoa jurídica e a pessoa natural do sócio ou administrador.

O professor Lamartine Correia⁴ destaca bem esse sutil afastamento da doutrina clássica, ao ensinar que: “quando são responsabilizados diretores que, embora agindo dentro de suas atribuições, o fizeram com culpa ou dolo, é a culpa ou o dolo próprios que levam a imputar responsabilidade à pessoa natural, responsabilidade de resto inimputável à pessoa jurídica, não havendo portanto qualquer desconsideração: a responsabilidade solidária dos diretores por não-cumprimento de obrigações ou deveres impostos pela lei a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade deriva também de fato próprio dos diretores, como pessoas naturais, nada havendo de desconsideração em tal responsabilidade”. E se é fato próprio dos diretores não há falar em desconsideração, e sim em solidariedade.

Assim, presentes as hipóteses de fraude, abuso, excesso de poder ou qualquer espécie de ilegalidade, estar-se-á abrindo portas para que a execução recaia sobre bens dos sócios ou administradores.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão recente, proferido em Embargos de Divergência em Recurso Especial (n.

3 Ob.cit., p. 555.

4 Ob.cit., p. 555.

260.107/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 10-3-2004) estreitou um pouco o raio de aplicação dessa solidariedade, estabelecendo uma interpretação mais restritiva, quando afirma que “simples inadimplemento não caracteriza infração legal” e, que “em qualquer espécie de sociedade comercial é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou da lei (art. 158, I e II, da Lei n. 6.404/76)”.

Já o Código de Defesa do Consumidor, a lei de defesa da concorrência e a lei de crimes ambientais, sem afastar-se da teoria clássica da desconsideração, ampliaram, com relevantes razões de interesse público, as hipóteses de penetração nos bens dos administradores ou sócios.

No Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, temos, na primeira parte do *caput* do artigo 28, a versão clássica do instituto que prevê a desconsideração nos casos de abuso no exercício de direito, excesso de poder ou ato ilícito.

A segunda parte da referida norma indica outros pressupostos para a desconsideração, a saber: a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração⁵. Como se vê o âmbito de abrangência é bem maior e atinge em cheio a própria má administração⁶.

É claro que o legislador criou a norma, visando a proteger determinados credores, ou seja, os consumidores, que merecem especial deferimento legal.

Diga-se o mesmo das hipóteses legais tipificadas no art. 18 da lei de defesa da concorrência e no art. 4º da lei de crimes ambientais que, na mesma esteira de proteção ao consumidor,

5 Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, 2000, p. 354, considera o rol meramente exemplificativo, sendo bem “ampla” a gama de hipóteses em que poderá ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica.

6 Remete-se o leitor para ler a crítica contundente sobre essa abrangência no artigo de Raquel Sztajn publicado na Revista do Direito do Consumidor, v. II, p. 71.

ampliam a idéia clássica da doutrina para desconsiderar a personalidade jurídica “sempre que for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos”, independente, é óbvio, de existir ou não abuso ou fraude.

Em suma, ainda que os sócios ou administradores da pessoa jurídica tenham atuado com boa-fé, honradez e lisura, isto é, sem abuso de direito ou fraude, e não havendo patrimônio suficiente, deverá ser desconsiderada a pessoa jurídica para ressarcir os prejuízos do consumidor e os do meio ambiente.

O Código Civil, diferentemente, bebeu da fonte clássica do instituto, tão festejada por José Lamartine Correia de Oliveira, Fábio Konder Comparato e Rubens Requião, mesclando as teorias, objetiva, adotada pelos dois primeiros, e subjetiva, defendida pelo último, estabelecendo em seu artigo 50 que somente o desvio de finalidade ou a confusão de patrimônio podem gerar a desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, sem a amplitude do CDC ou da lei de crimes ambientais, limita a penetração nos bens pessoais do administrador ou sócio a situações específicas e que devem ser evidentemente comprovadas.

O artigo 50 do Código Civil, portanto, não elege como pressuposto específico para a desconsideração a má gestão ou o infortúnio societário derivado de obstáculos comerciais e de mercado. Portanto, para que se possa transformar de limitada em ilimitada a responsabilidade, é preciso que haja prova de abuso praticado pelo administrador ou sócio, com desvio de função ou confusão de patrimônio.

Quando se fala em desvio de função — que para o Prof. Fábio K. Comparato a “desconsideração da personalidade jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultando, sem dúvida, as mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito”⁷ — tem-se sempre que o administrador desviou-se do objeto social para perseguir fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. Não só se desviou do objeto social como aproveitou da capa protetora da

⁷ *O Poder de controle na Sociedade Anônima*, 3. ed., 1983, p. 284-286.

pessoa jurídica, que tem uma função econômica dirigida ao mercado, com propósito escuso, visando a fraudar terceiros.

Quando se fala em desvio de finalidade, não se pode esquecer que estamos nos deparando com conceito indeterminado, em que a gama de situações da vida real, notadamente pela criatividade de péssimos empresários, que com o “jeitinho” criam situações, das mais variadas, para abusar do direito, permite ao magistrado certa margem de discricionariedade na avaliação da prova e na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Veremos, contudo, que dentro da ótica da discricionariedade, havendo duas opções contrapostas, deverá prevalecer aquela que prestigia a autonomia empresarial, como valor primordial do sistema econômico e jurídico que abarca as sociedades comerciais.

Já na segunda hipótese — confusão patrimonial — a atuação do sócio ou administrador confunde-se com a da própria sociedade, sendo esta utilizada como verdadeiro escudo para confundir o patrimônio. É a verdadeira mistura de patrimônios, como se as pessoas jurídicas e físicas pudessem ser geridas financeiramente como se fossem a mesma pessoa.

Isso não significa afirmar que teremos sempre uma presunção de confusão de patrimônio só pelo simples fato de um dos sócios ser detentor de 90% das quotas. Absolutamente. Só esse fato não é suficiente para essa caracterização. É preciso mais. É preciso que se demonstre que efetivamente houve a confusão dos patrimônios, e que a empresa foi utilizada abusivamente com o propósito de servir de escudo para fugir às obrigações contratadas.

Outra forma de confusão patrimonial ocorre quando terceiros encontram dificuldade para identificar qual empresa de um grupo econômico é responsável por determinada obrigação, o que também é conhecido como “confusão de esferas”⁸.

Assim, desvirtuada a utilização da pessoa jurídica, por quaisquer desses pressupostos, tem-se descartada a autonomia patrimonial no caso concreto, permitindo-se o ataque aos bens do

8 Fábio Konder Comparato, ob.cit., p. 373-374, cita interessantes exemplos.

sócio ou do administrador, que desonesta e fraudulentamente abusa da personalidade jurídica.

IV — Interpretação — a regra geral é a autonomia patrimonial. A desconsideração é exceção a essa regra

Não pretendemos fazer uma defesa da empresa nacional ou do empresário. As mazelas dos maus empresários não podem ser colocadas para debaixo do tapete ou desconsideradas pela Justiça. Ao contrário, deve-se incentivar o uso da penetração nos bens dos administradores e sócios sempre que houver o abuso de direito.

Agora não podemos, também, tratar o sócio ou administrador como uma espécie de Geni — condenado por antecipação a ser apedrejado como responsável pelos infortúnios da empresa — e que deverá, sempre, independentemente das situações, ter seus bens constrictados para o ressarcimento dos credores.

Ora, toda a filosofia do direito societário está fincada na preservação da autonomia da personalidade jurídica como princípio básico. Essa é a regra. A desconsideração, como um desvio, um abuso da pessoa jurídica, é a exceção.

Na dúvida, no entrechoque de provas, ou quando não ficar provado o abuso, deve prevalecer o princípio da autonomia patrimonial. Princípio que está no centro das atenções de nosso sistema econômico.

Sistema econômico que se ressentir de uma alergia muito séria a instabilidades geradas por movimentos jurisprudenciais que titubeiam na avaliação dos critérios da separação de patrimônio, fornecendo sinais dúbios a respeito do tema, e que refletem diretamente na falta de confiança dos investidores⁹.

Sabe-se, pois, que o sistema societário está intrinsecamente ligado ao mercado. O chamado risco de mercado nada

9 *Folha de São Paulo*, segunda-feira, 9 de agosto de 2004, Paineis S.A., B2: “Incertezas — O economista Edmar Bacha falará amanhã, na Febraban, sobre questões que envolvem incertezas jurídicas. Segundo ele, o problema impede a existência de um mercado de crédito de longo prazo no país, bem como a queda da taxa de juros para níveis internacionais”.

mais é do que um “conceito de previsibilidade de agir”, que é governado por regras comportamentais que se sustentam nas relações de segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema. Se há mudança no comportamento desse sistema — e o Poder Judiciário tem esse poder de alterar essas regras — os reflexos são imediatos e recaem nos riscos do mercado.

Não há dúvida de que o risco faz parte do negócio. O capitalista convive com o risco. O que não tolera — e tem verdadeira aversão — é a incerteza na avaliação desse risco e a possibilidade de comprometer além do capital investido.

Uma coisa é certa: tolera perder o que investiu na empresa, todavia não admite correr risco de responder com o seu patrimônio pessoal. A partir do momento em que esse fenômeno deixa de ser exceção e passa a ser regra, o investidor e as empresas passam a ter uma estratégia muito mais conservadora, com imediatos e graves reflexos no mercado.

É o que está acontecendo com empresas prestadoras de serviço que utilizam enorme contingente de empregados. Qualquer desarranjo empresarial implicará no comprometimento do patrimônio pessoal dos sócios, independentemente da natureza ou da causa do débito trabalhista.¹⁰

Basta a empresa não possuir bens suficientes para que a solidariedade seja aplicada, independentemente das razões do infortúnio, se abusivo, fraudulento ou não. A Justiça Trabalhista já sinalizou ao mercado e não há dubiedade no posicionamento jurisprudencial: a solidariedade e a característica de responsabilidade ilimitada são uma realidade.

Não se questiona a tendência de contenção da responsabilidade limitada dos sócios. Não é de hoje que o legislador responsabiliza o administrador por atos ilegais ou abusivos cometidos contra credores ou acionistas. Essa tendência foi advertida por Rubens Requião (RT 511/19) que disse, inclusive, que “tem conotação ideológica”, notadamente quando se constata que

10 Frisa-se, mais uma vez, que as decisões das lides trabalhistas não estão respaldadas no Código Civil.

nossa Constituição abraça o sistema capitalista com roupagem social.¹¹

O legislador do Código Civil, aparentemente, não pretendeu ir tão longe.

A falta de autonomia e a responsabilidade ilimitada — no Código Civil — têm contornos de aplicação mais rígidos. Seus requisitos são específicos e merecerão da jurisprudência uma aplicação cautelosa. Isso não quer significar que estejamos a advogar a timidez ou o medo na aplicação do instituto. De forma alguma. O que queremos dizer é que existe uma razão maior para a cautela. E essa razão está diretamente ligada ao estímulo da cadeia produtiva e na aceitação do mercado capitalista.

V — Risco econômico — segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema societário

A separação patrimonial constitui o verdadeiro estímulo à atividade econômica sem envolver nos riscos os bens particulares dos sócios. Na exata medida em que esses riscos são amplificados por uma quebra do sistema, por relaxamento das regras do jogo, esse estímulo converte-se em desestímulo e na quebra da cadeia produtiva, pois o capitalista irá pensar duas vezes antes de aplicar seu capital em uma sociedade. Isso se reflete na prática das empresas prestadoras de serviço, aquelas cujas atividades envolvem grande número de empregados, com relação aos riscos do negócio referentes a problemas de ordem trabalhista, em que as decisões, de maneira generalizada e de forma indiscriminada, atingem diretamente o patrimônio pessoal dos sócios.

11 José Afonso da Silva — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5. ed., RT, p.669 — atesta que “Temos afirmado que a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, *caput* e incs. II e IV). [...] Mas ela, apesar disso, abre caminho às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou, conforme já observamos no estudo anterior do conceito de Estado Democrático de Direito”.

Claro que não podemos ser cegos à realidade que está presente em nossos dias que é justamente a de uma pequena parcela de empresários que usam e abusam da empresa com propósitos ilícitos e fraudulentos. Essa realidade existe e infelizmente está presente em nosso dia-a-dia. Só que não podemos transformar esses abusos, causados por aventureiros e pseudo-empresários, como uma regra de aplicação da teoria da desconsideração. Assim, sempre que houver a prova de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, deverá o magistrado intervir e estender os efeitos de obrigações sociais aos bens particulares dos sócios ou dos administradores, observando, sempre, o devido processo legal e o contraditório¹².

É da essência do capitalismo o elemento *risco econômico* que pode ser traduzido pela possibilidade contingencial de auferir lucro e de arcar com prejuízo. É óbvio que no sistema empresarial, seguindo o modelo capitalista, o investidor tem como regra justamente esse risco econômico, desde, é claro, que seu risco fique delimitado ao capital investido, estando a salvo o seu patrimônio particular. Se não for assim, certamente não teremos um fomento da circulação de riquezas, visto que será muito mais interessante para o capitalista aplicar seu dinheiro no mercado, não expondo seu patrimônio a risco. Na teoria da empresa, agora revigorada pelo novo Código Civil, tem-se justamente esse objetivo, traduzido na personificação da atividade econômica, de forma organizada, para a produção e circulação de bens ou de serviços. O empresário é, sem dúvida, um dos atores do sistema econômico, visto que sem o seu capital a engrenagem do capitalismo não funciona. Por isso é que pensamos que o instituto da desconsideração deve ser visto como um instrumento normativo criado para corrigir um desvio de função da sociedade empresarial, de sorte a não comprometer, assim, o próprio sistema empresarial, tão importante para a saúde econômica e social da sociedade.

12 Filiamo-nos à corrente que entende que o administrador ou o sócio deve participar necessariamente no pólo passivo da relação jurídico-processual desde o início e não só na fase de execução de sentença.

O que queremos destacar — e esse é o objetivo deste estudo — é que certo afrouxamento das decisões na aplicação dos requisitos específicos de aplicação do instituto, que como dissemos é uma anomalia da sociedade, pode levar a um sobressalto o sistema empresarial, na medida em que o próprio sistema capitalista reage rapidamente quando o risco do negócio é substancialmente atingido.

É o que destaca Paula Forgioni¹³: “Eis outra mola propulsora do direito comercial: quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídica proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial. Na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de *regularidade e previsibilidade de agir*: quem entra no mercado sabe que o seu agir (e também o agir do outro) é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis”.

Na medida em que essa previsibilidade é abalada por um alargamento, um afrouxamento dos requisitos do instituto, tem-se, também, em certa medida, a própria quebra da confiança e da segurança jurídica do investidor.

O legislador teve consciência dessas razões, afinal vivemos num sistema capitalista, mitigado pela bandeira do social. E só o fato da inexistência de patrimônio suficiente para solver uma dívida, desde é claro, não objeto de confusão (leia-se: fraude) patrimonial ou desvio, não basta para a aplicação da teoria da desconsideração. Muito menos o fato de o sócio administrador ter substancial participação societária. É preciso mais. É preciso que haja de forma comprovada a quebra do sistema societário, mediante a existência de uma confusão patrimonial ou de um desvio de função.

13 A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 130/12.

Em excelente artigo, Marlon Tomazette¹⁴ sustenta este ponto de vista: “Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção a desconsideração. ‘A pessoa jurídica é um postulado básico que serve de base para transações comerciais e deve haver razões fortes para um tribunal ignorar este postulado’. Apenas se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica é que cabe falar em desconsideração, e sacrificar a autonomia patrimonial.

“A personificação das sociedades é dotada de um altíssimo valor para o ordenamento jurídico, e inúmeras vezes entra em conflito com outros valores, como a satisfação dos credores. A solução de tal conflito se dá pela prevalência do valor mais importante. O progresso e o desenvolvimento econômico proporcionado pela pessoa jurídica são mais importantes que a satisfação individual de um credor. Logo, deve normalmente prevalecer a personificação”.¹⁵

Marlon Tomazette¹⁶ arremata, dizendo: “A aplicação generalizada da desconsideração acabaria por extinguir uma das maiores criações do direito, a pessoa jurídica, e por isso há de se ter cautela sempre, não considerando suficiente o não cumprimento das obrigações da pessoa jurídica. Assim já se pronunciou o 1º TACivSP, afirmando que ‘percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus gerentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio da finalidade da entidade jurídica. Do contrário seria banir completamente o ins-

14 Tomazette, Marlon. “A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo código civil”, RT-794/79.

15 Um claro exemplo dessa visão é o acórdão de nosso Tribunal, relatado pela Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta (Agravo de Instrumento n. 2003.023452-7, de Timbó): “Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional. Necessidade de prova convincente da fraude ao princípio da autonomia da separação patrimonial. Recurso improvido. A desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de medida excepcional, uma vez que pode acarretar graves e irreversíveis prejuízos ao patrimônio particular dos sócios, não deve ser deferida sem um mínimo de prova convincente do uso fraudulento do princípio da autonomia da separação patrimonial”.

16 Ob.cit., p. 83.

tituto da pessoa jurídica' (1º TACivSP, 3ª Câm., Ap. 507.880-6, j. 15-9-1992, rel. Juiz Ferraz Nogueira)".

Fábio Ulhoa Coelho¹⁷ também sustenta esse posicionamento:

"[...] somente quando a pessoa jurídica for utilizada para a realização de uma fraude ou abuso de direito é que o Juiz está autorizado a ignorá-la. O simples prejuízo de terceiros em razão da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais nunca será, por si só, fundamento para a *desconsideração*. Sem o elemento subjetivo, intencional, destinado a ocultar uma ilicitude atrás da pessoa jurídica, não há como superar a autonomia patrimonial que a caracteriza. Se inexistente fraude ou abuso de direito, a personalização da sociedade, associação ou fundação deverá ser amplamente prestigiada".

Isso tem maior significação na medida em que o novo Código Civil — corretamente, diga-se de passagem — adotou um misto de critério objetivo e subjetivo¹⁸ para a delimitação dos requisitos específicos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Se tivesse adotado só o critério objetivo — adotado por Konder Comparato e Lamartine Correia — certamente os contornos decisórios seriam mais limitados, envolvendo, tão-somente a questão da confusão patrimonial. É que no sistema subjetivo lidamos com conceitos indeterminados e com a questão do convencimento probatório, e é óbvio que o julgamento deve ser precedido de cautela, sempre observando aquilo que está na matriz do instituto, ou seja, a regra geral é a de que a autonomia patrimonial deve prevalecer e a exceção, uma vez demonstrado de forma cabal a utilização abusiva da sociedade, com finalidade escusa e/ou confusão de patrimônio, é que declarará a ineficácia da autonomia, adentrando-se (penetrando-se) no patrimônio, do sócio ou do administrador.

17 *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, 1991.

18 A teoria subjetiva é a defendida por Rubens Requião e se funda na fraude e no abuso. Fábio Konder Comparato adota a teoria objetiva que tem como fundamento da desconsideração a confusão patrimonial entre o controlador e a sociedade controlada.

VI — Conclusão

O artigo 50 do Código Civil, como vimos, não acrescentou nada de novo ao que vem sendo exposto ao longo dos anos pelos doutrinadores quando interpretam a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Já outras leis esparsas, fruto da mutação dos valores predominantes na sociedade, como são exemplos os casos do interesse público ao meio ambiente, a proteção do fisco, aos trabalhadores ou ao credor consumidor, extrapolaram os conceitos e critérios tradicionalmente analisados pelos doutrinadores, impondo, o que é muito salutar, efeitos jurídicos sequer antes imaginados.

Todavia se de um lado há um estímulo, em função das necessidades sociais de proteção a determinadas categorias de credores, de tornar ilimitada a responsabilidade dos atores da gestão da empresa, de outro lado há também um estímulo a uma sociedade industrializada e produtiva que privilegia a personificação da pessoa jurídica com patrimônio independente de seus sócios ou administradores. Esse *discrímen*, criando sistemas jurídicos distintos, é que impõe aos intérpretes e aplicadores do direito uma exegese mais restritiva e cautelosa, como verdadeira exceção à regra, quando da aplicação da regra do artigo 50 do Código Civil.

LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO NA VISÃO EPISTEMOLÓGICA DE LUIS ALBERTO WARAT

Pedro Manoel Abreu*

Sumário: 1. Notas introdutórias acerca da evolução do processo de conhecimento e a crise da ciência no século XX; 2. O mundo e a obra de Luis Alberto Warat e sua contribuição crítica para a ciência do Direito; 2.1. Warat por Warat; 2.2. Warat, a partir de sua bibliografia; 2.2.1. Momento: técnico-instrumental e antidogmático; 2.2.2. Momento epistemológico; 2.2.3. Momento político e afetivo; 2.2.4. Momento da carnavalização no ensino e no discurso jurídico; 2.2.5. Momento psicanalítico; 3. O pensamento waratiano; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

* *Mestre em Ciências Jurídicas pela UFSC e Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

1. Notas introdutórias acerca da evolução do processo de conhecimento e a crise da ciência no século XX

O Século XVIII foi conhecido como o Século das Luzes, do Iluminismo ou da Ilustração, sugerindo o otimismo no poder da razão de reorganizar o mundo.

No Renascimento desenrolara-se a luta contra o princípio da autoridade e a busca dos próprios poderes humanos, pelos quais o homem tecerá ele mesmo a trama de seu destino.¹

No século XVII, o racionalismo e o empirismo, com Descartes, Locke e Hume, deram o substrato filosófico do conhecimento – Descartes justificando o poder da razão de perceber o mundo através de idéias claras e distintas; Locke valorizando os sentidos e a experiência; Hume sustentando o problema da exterioridade das relações frente aos termos.²

Emancipada do cartesianismo, a filosofia do Iluminismo deve a Descartes e a Malebranche o gosto pelo raciocínio, a busca da evidência intelectual e notadamente a audácia de exercer livremente seu juízo e de levar a toda parte o espírito da dúvida metódica. O advento da *ciência galileana*, também no século XVII, por outro lado, teve igualmente grande importância, já que seu método experimental fecundou outros campos da pesquisa. Essa ciência, aliada da *técnica*, modelou um novo homem, o construtor, o artífice do futuro, que não mais se contenta em contemplar a harmonia da natureza, mas quer conhecê-la para dominá-la.³

Essa natureza, no Iluminismo, exsurge dessacralizada, desvinculada da religião. O homem, livre de qualquer tutela, capaz de solucionar seus problemas com base em princípios racionais, estende o domínio da razão para todos os âmbitos — político, econômico, moral e religioso. No plano político a burguesia atinge sua maioria, no mesmo momento em que se fortalece o capita-

1 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993, p. 111.

2 *Idem, idem*, p. 111.

3 *Idem, ibidem*, p. 112.

lismo como modo de produção predominante. A Revolução Industrial é marcada pelo aparecimento da máquina a vapor em meados do século XVIII e pela introdução do processo de mecanização das indústrias.⁴

O século XVIII foi também o das revoluções burguesas: Revolução Gloriosa na Inglaterra (1688), já no final do século antecedente e a Revolução Francesa. Esses acontecimentos repercutem no Novo Mundo com os movimentos de emancipação, como a Independência dos Estados Unidos (1776), a Inconfidência Mineira (1789) e a Conjuração Baiana (1798).

Na Inglaterra os representantes da Ilustração são sobretudo Newton e Reid, herdeiros de Locke e Hume. Na França, surgem Montesquieu, Voltaire e Rousseau. Essas idéias são popularizadas através da publicação da Enciclopédia.⁵

Immanuel Kant (1724-1804), o grande idealizador da modernidade, interessou-se desde logo pela ciência newtoniana e pelo debate acerca da confusão conceitual então existente sobre a natureza do conhecimento. Questionou, em sua obra *Crítica da razão pura*, se era possível uma “razão pura”, independente da experiência. Seu método tornou-se conhecido como *criticismo*.

Condenou os empiristas e discordou integralmente dos racionalistas, ao sustentar que o conhecimento deve constar de juízos universais, da mesma maneira que deriva da experiência sensível. Para superar essa aparente contradição, explicita que o conhecimento é composto de *matéria* e *forma* – a matéria seriam as próprias coisas, ao passo que a forma seríamos nós mesmos.⁶

O criticismo, em sentido amplo, implica sempre um estudo metódico e prévio do ato de conhecer e dos modos de conhecimento, ou seja, uma disposição metódica do espírito no sentido de situar, *preliminarmente*, o problema do conhecimento em função da correlação sujeito-objeto. Marca, por outro lado, uma atitude superadora e sintética, aceitando e recusando certas afirmações

4 *Idem, ibidem*, p. 112.

5 *Idem, ibidem*, p. 112.

6 *Idem, ibidem*, p. 113.

do empirismo e do racionalismo, tendo, porém, valor próprio e autonomia.⁷

Para Reale, o que distingue e marca o criticismo kantiano é a determinação *a priori* das condições lógicas das ciências. Assevera que o conhecimento não pode prescindir da experiência, já que esta lhe fornece o material cognoscível; todavia, tal conhecimento não pode prescindir de elementos racionais, uma vez que somente adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão. Nesse sentido, diz Kant que os conceitos sem as intuições (sensíveis) são vazios e as intuições sem os conceitos são cegas.⁸

Há no pensamento kantiano, por outro lado, uma funcionalidade essencial entre aquilo que considera *a priori* e os elementos da experiência, justificando que somente se pode afirmar algo *a priori*, isto é, com validez em si no ato mesmo de pensar, se essa asserção é feita em função da experiência. Por outro lado, somente é possível experiência condicionada a conceitos admitidos *a priori*. Essa idéia central de que o nosso espírito condiciona a experiência e é concomitantemente despertado por ela, de suas formas condicionantes, constitui a nota essencial da *transcendentalidade* (que não pode ser encarada como modalidade de *transcendência*).⁹

O conhecimento, segundo o criticismo, envolve sempre uma contribuição positiva e construtora por parte do sujeito cognoscente em razão de algo que está no espírito, anteriormente à experiência do ponto de vista gnoseológico. Alguns estudiosos de Kant, a propósito, lembram que não podemos apanhar um punhado de neve sem lhe imprimir a forma de nossos dedos.¹⁰

Para Kant, o nosso conhecimento experimental é um composto do que recebemos por impressões e do que a nossa própria faculdade de conhecer de si mesma tira por ocasião de tais impressões. Conclui, entretanto, que não é possível conhecer as

7 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 100.

8 REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 100.

9 *Idem, idem*, p. 101.

10 *Idem, ibidem*, p. 102.

coisas tais como são em si, ou seja, o *noumenon* (a coisa em si) é inacessível ao conhecimento, já que apenas podemos conhecer os *fenômenos* (etimologicamente, “o que aparece”). Nessa perspectiva, para o pensamento kantiano a realidade não é um dado exterior ao qual o intelecto deve se conformar, mas, ao contrário, o mundo dos fenômenos só existe na medida em que “aparece” para nós, e, portanto, de certa forma, participamos de sua construção.¹¹

Nesse norte, Kant depara-se com dificuldades insolúveis no plano da realidade metafísica, especialmente no que pertine à existência de Deus, a imortalidade da alma, a liberdade, a infinitude do universo. Ao sustentar que todo o conhecimento é constituído pela forma *a priori* do espírito e pela matéria fornecida pela experiência sensível, não há justificar a existência de Deus, já que não temos experiência sensível dele. Na *Crítica da razão prática*, entretanto, tenta recuperar a realidade metafísica enunciando que, pela análise da moralidade, deduz-se a liberdade humana, a imortalidade da alma e a existência de Deus.¹²

Kant, tal como Copérnico, afirmara que não é o Sol que gira em torno da Terra, mas o contrário, afirma que o conhecimento não é o reflexo do objeto exterior, pois é o próprio espírito que constrói o objeto do seu saber. Daí dizer-se que realizou uma *revolução copernicana*.¹³

Já no final do século XIX, Nietzsche, numa perspectiva política, pressentiu que a ciência era a nova Deusa e que faria uma aliança com o Leviatã, antevendo como são estreitas, hoje, as relações, unindo o Estado e a Ciência. Ela, tal como a religião, por fragmentos, promete o fim dos males que pesam sobre a humanidade, algo que os padres deixam para o além. Garante uma forma de segurança ao afirmar que seus progressos indefinidos vão permitir uma racionalização da existência, numa “boa” administração e redução do trabalho, numa extensão quantitativa e qualitativa das necessidades, numa satisfação maior destas, numa regulamentação geral das sociedades. Anuncia, portanto, tanto no plano coletivo como no individual, o “êxito” conjunto dos programas pla-

11 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires, *op. cit.*, p. 113.

12 *Idem, idem*, p. 113.

13 *Idem, ibidem*, p. 113.

tônico e cristão. Por mais grandiosos que sejam os projetos de conhecimento e de transformação da natureza, para Nietzsche os efeitos políticos e sociais da Ciência são deletérios. Ainda que não insista nas suas terríveis possibilidades destrutivas, destaca a constituição de uma elite científica, cada vez mais distanciada dos povos e da realidade viva. Para ele, o suposto bem-estar cotidiano do progresso é constituído de mediocridades, de falsas novidades, de sobrevivências artificiais.¹⁴

O desenvolvimento das ciências experimentais, para Nietzsche, engendra uma nova piedade mentirosa — a pretensão à positividade, que deveria sacudir as imaginações religiosas e o saber metafísico. Em sua realidade social a ciência nada mais é que a seqüência desse tipo de crenças, porquanto também se funda numa crença, uma vez que não há ciência sem pressupostos. Em sua crítica à ideologia da ciência, no Anticristo, sustenta que o progresso é apenas uma idéia moderna, não existindo uma lei segundo a qual o desenvolvimento seja forçosamente elevação, crescimento, fortalecimento, pois do ponto de vista da vontade, da vida, é decadência. Basta lembrar que “são sucessivas as vitórias obtidas pelas forças reativas sobre as forças ativas, pelos cristãos sobre os pagãos, pelos padres sobre os povos, pelos escribas da ciência sobre os artistas criadores, pelos funcionários sobre os produtores”. É que as forças ativas, por sua natureza, são descontínuas, sem filiação, sem história: “elas existem apenas por sua presença”. Já as forças reativas, também por sua natureza, instalam-se na continuidade: “do platonismo ao cristianismo, do cristianismo à ciência positiva, dessa ciência ao fortalecimento do Estado-Nação, a conseqüência é clara. E conclui, amargamente, dizendo que é dessa degenerescência que se escreve a história, chamando-a de história da humanidade”.¹⁵

Já Freud tem uma concepção singular da atividade científica, operando um remanejamento profundo da natureza e os objetivos das chamadas ciências humanas, representadas especial-

14 CHÂTELET, Francois et PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: História do Pensamento Político*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p. 30.

15 *Idem, ibidem*, p. 31-32.

mente pela sociologia e pela psicologia. Estas tentaram decalcar sua metodologia e seus objetivos nas ciências da natureza, procurando atingir um conhecimento objetivo assentado em dispositivos experimentais e em técnicas de aplicação. Trataram a realidade social e a realidade psíquica como coisas cognoscíveis e, portanto, transformáveis. No terreno da aplicação, submeteram-se, dando-lhe validade, ao critério teórico verdade/erro: normal/patológico. Freud, ao contrário, procura situar-se imediatamente no nível do chamado patológico, tomando como objeto habitual, “normal”, certas doenças nervosas, sem causas fisiológicas detectáveis, apagando paulatinamente as linhas de demarcação entre o normal e o patológico.¹⁶

Duas tendências da investigação Freudiana denunciam uma desconfiança profunda em face do sistema cartesiano revisto e corrigido por Comte e Spencer. Em primeiro lugar, o pessimismo, pois, por mais imbuído que esteja de ciência, de rigor, de exatidão, não crê de modo algum que possa existir um dia controle e posse da natureza, domínio da materialidade e serena organização dos homens. Da ciência a que se devota espera apenas “uma denúncia das tolices, dos conformismos, das brutalidades que tornaram a vida contemporânea massiva, triste e pesada”. Em segundo lugar, a insatisfação pessoal, pois jamais coloca um ponto final em sua “doutrina”. Dos Estudos sobre a histeria (1895) a Moisés e o Monoteísmo (1938), tem-se apenas remanejamentos, dúvidas, questões postas e respostas abertas, no seu conjunto pontuado por sinais de interrogação, que nenhum enunciado decisivo parece abolir.¹⁷

Todavia, apesar dessas interrogações, sua pesquisa se apoiava em certezas polêmicas, como a concepção que o homem construiu de si mesmo, desde a idade clássica, que é destruída em seus fundamentos. Essa concepção pode ser representada numa equação: essência do homem=personalidade=consciência=ego=eu=vontade livre.¹⁸

16 *Idem, ibidem*, p. 36.

17 *Idem, ibidem*, p. 37.

18 *Idem, ibidem*, p. 37.

Sucedem que desde Descartes estabeleceu-se que a personalidade é a fonte do conhecimento, a origem da obra, o juiz da intenção e da ação. A materialidade, apresentada como corpo individual, da natureza, da máquina social, do corpo político, aparece como material, como meio dessa personalidade, “a qual, se quer ser digna de sua essência, deve-se tornar consciência cada vez mais clara, *ego* sempre mais *eu*, vontade cada vez mais livre”. É com tal concepção que trabalham as instituições que emanam do poder — o ensino, a partir do séc. XIX, passando a formar os quadros da nação; a legislação e seus aparelhos, prendendo e castigando os rebeldes; a medicina social (tornada psiquiatria), pondo os desviantes no isolamento, a política, afirmando defender a coletividade e garantir a segurança das pessoas e dos seus bens etc. Essas técnicas de controle e normalização nasceram e se legitimaram idéias filosóficas e políticas do séc. XIX, apropriadas pelos governos, a serviço da ordem burguesa.¹⁹

A ciência do século XX, conforme assinala John Horgan, deu origem a um paradoxo maravilhoso, porquanto o mesmo progresso extraordinário que gerou as previsões de que em breve talvez venhamos a conhecer tudo o que pode ser conhecido também alimentou dúvidas quanto ao nosso verdadeiro poder de conhecer *alguma coisa*. E indaga: “Quando uma teoria sucede à outra tão rapidamente, como poderemos estar seguros de que são válidas?”²⁰

Essa pergunta reflete o pensamento crítico de alguns filósofos, desde o início do século XX, que passaram a sustentar a necessidade de reavaliação do conceito de ciência, dos seus critérios de certeza, da sua relação com a realidade e da validade dos modelos científicos.²¹

Nesse contexto, surgiu o Círculo de Viena com a intenção de investigar até que ponto as teorias, “através da análise da sua estrutura lógica”, teriam probabilidade de ser verdadeiras. For-

19 *Idem, ibidem*, p. 37 e 38.

20 HORGAN, John. *O fim da ciência*: Uma discussão sobre os limites do conhecimento científico. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 48.

21 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Op. cit.*, p. 163.

mado em 1928 por Carnap, Schlick, Hahn e Neurath, o Círculo de Viena sofreu influência de Wittgenstein e da lógica matemática de Russel e Whitehead. Tais autores são representantes da tendência *neopositivista*, ou do chamado *empirismo lógico*.²²

Nas teorias do Círculo de Viena a experiência e a linguagem se completam. Nessa perspectiva, os lógicos do Círculo de Viena têm a convicção de que a lógica, a matemática e as ciências empíricas esgotam o domínio do conhecimento possível. Com o *princípio da verificabilidade*, identificando significado e condições empíricas de verdade, pretendeu-se excluir a filosofia do domínio do conhecimento real.²³

De fato, a posição cética dos filósofos em relação à ciência gerou um difundido mal-estar dos cientistas em relação aos filósofos, diante da asserção de que a ciência não poderia alcançar o conhecimento objetivo. Na visão dos físicos britânicos T. Theocaris e M. Psimopoulos os quatro “traidores da verdade” especialmente notórios seriam Karl Popper, Imre Lakatos, Thomas Kuhn e Paul Feyerabend, havidos como “transgressores intelectuais da pior espécie”.²⁴

Nas entrevistas que realizou com Popper, Kuhn e Feyerabend, Horgan confessa que tentou descobrir se esses filósofos eram realmente tão céticos e reticentes em relação à capacidade da ciência de alcançar a verdade. Acabou convencido que eles, todos, tinham muita fé na ciência, pois o ceticismo que proclamavam era motivado por sua crença. Aponta que talvez a maior falha deles foi exatamente a de atribuir à ciência um poder maior do que ela realmente tem. Receavam, em verdade, que a perda de admiração pela ciência pudesse levá-la ao fim, assim como todas as formas de busca do conhecimento. Com isso, estariam tentando proteger a humanidade, inclusive os cientistas, da fé ingênua.²⁵

Como exemplo dessa fé ingênua, cita o Charles Sanders Pierce, fundador da *filosofia do pragmatismo*, que definiu *verdade*

22 *Idem, idem*, p. 163.

23 *Idem, ibidem*, p. 163.

24 HORGAN, John. *Op. cit.*, p. 48.

25 *Idem, idem*, p. 49.

absoluta como tudo aquilo que os cientistas afirmarem ser verdade, chegando ao fim de seu trabalho.²⁶

Popper, Kuhn e Feyerabend procuraram contestar, cada qual a seu modo, essa atitude bajuladora em relação à ciência. Compreenderam que, numa era de ascensão científica, o objetivo mais elevado da filosofia deveria ser colocar em xeque a ciência, infundindo a dúvida. Com isso a busca humana do conhecimento poderia continuar aberta, potencialmente infinita e só assim poderíamos continuar assombrados diante do mistério do universo.²⁷

2. O mundo e a obra de Luis Alberto Warat e sua contribuição crítica para a ciência do Direito

2.1. Warat por Warat

Discípulo de *Gioja* — grande formador de discípulos na Argentina —, dele saiu contagiado pelo amor pela filosofia, herdando-lhe o prazer pela formação dos futuros filósofos e pelo ensino.²⁸

Warat, argentino de nascimento, brasileiro naturalizado, chegou ao Brasil nos idos de 1972, no auge do regime militar daquele país. Após breve passagem pela Unisinos, radicando-se na Universidade Federal de Santa Maria, onde ministrou o primeiro curso de Teoria Geral do Direito e Epistemologia Jurídica no Brasil, lecionando de modo exaustivo a Teoria Kelseniana. Ali desenvolveu a proposta da Almed — Associação Latinoamericana de Metodologia e Ensino do Direito²⁹. Nesse período desenvolveu pesquisas semiológicas e lingüísticas, notadamente no campo da

26 *Idem, ibidem*, p. 49.

27 *Idem, ibidem*, p. 50.

28 WARAT, Luis Alberto. "Falando de vinte anos". In: MONDARDO, Dilsa. 20 Anos Rebeldes: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 14.

29 A ALMED foi criada em Buenos Aires em 1974, com a missão de reformular as práticas pedagógicas ligadas à Faculdade de Direito, segundo Dilsa Mondardo (*op. cit.*, p. 27).

interpretação da lei, à época consideradas ousadas e subversivas.³⁰

Posteriormente, convidado por recomendação da Capes, pela Universidade Federal de Santa Catarina, que então instalava seu curso de pós-graduação em ciências jurídicas, marcou indelevelmente sua passagem pelo CPGD/UFSC, tornando-o um centro de excelência no desenvolvimento da pesquisa jurídica e formando uma geração de professores e pesquisadores, reconhecidamente importantes no Brasil. Warat, um verdadeiro iconoclasta, enfrentou a reação inquieta da velha-guarda de juristas com um discurso considerado explosivo e excessivamente desestabilizador.³¹ Na UFSC foi o criador de várias disciplinas, nunca lecionadas no Brasil: Metodologia do Ensino e da Pesquisa do Direito; Lingüística; Teoria da Argumentação Jurídica; Direito e Psicanálise (mundialmente inédita); Ecologia Política e Direito; Epistemologia Jurídica; Teoria Crítica e Dogmática Jurídica; Filoestética e Direito.³²

Nos anos 80 escreveu uma trilogia de textos: *A ciência jurídica e seus dois maridos*; *Manifesto do surrealismo jurídico*³³ e *Amor tomado pelo amor* (este, trabalho de pós-doutoramento). Essa trilogia tinha em comum uma proposta de renovação da linguagem do Direito. Rompeu com a forma de pensamento clássica, que mostrava o Direito como sendo contínuo e homogêneo, para uma forma de apresentação que destacava o valor do descontínuo, o ambivalente e o incerto; o poético como fuga do pensamento alienado; o barroco como forma de expressão do encontro do novo com a instância do jurídico; uma exaltação do poder da metáfora.

Em seu campo profundo de pesquisa apresenta o *desejo* como vetor articulador, estabelecendo as bases para uma *pedagogia do desejo*, uma *semiologia do desejo*, uma *epistemologia carnalizada*, atenta às incidências da metapsicologia e de uma ecologia do desejo. O percurso de seu pensamento começou por

30 WARAT, L. A. *Idem, idem*, p. 15 e 16.

31 *Idem, ibidem*, p. 16.

32 *Idem, ibidem*, p. 17.

33 Do autor: *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

Barthes, Borges e Cortázar, passando por Bakhtin, para chegar ao surrealismo e culminar em Freud. De Barthes aprendeu que a parte mais substancial de um signo se encontra no valor infinito das significações; de Bakhtin, a idéia da carnavalização, projetando-a ao plano epistemológico (hoje equiparada com o desenvolvimento do chamado paradigma epistemológico da complexidade). A idéia de carnavalização levou-o ao surrealismo, percebendo que este configurava uma projeção da psicanálise nas artes, inscrevendo diretamente seu discurso na metapsicologia freudiana e outros desvios psicanalíticos.³⁴ Juntando o sentido e o desejo, demonstrou como os signos jurídicos alienam nossa capacidade de lidar com a incompletude, “obturando a falta no jogo da completude dos sentidos, apelando para a multiplicidade de ficções que estabelecem um de ‘faz de contas’ que afasta a lei e seus processos interpretativos do inesperado, das impossibilidades e dos paradoxos da história”.³⁵

Ao estabelecer a diferença entre a *lei jurídica* e a *lei do desejo*, demarca que a primeira nega a existência do limite, da impossibilidade. Já a jurídica realiza-se na negação ou alienação de suas próprias impossibilidades. Apresenta-se auto-suficiente, completa e com o poder de predizer, absolutamente, o repertório das condutas proibidas. “O desejo depende da transgressão do interdito. A lei jurídica impõe, abstratamente, uma proibição para constituir o sujeito de Direito como um conjunto de normas”.³⁶

Numa perspectiva pedagógica, sustenta um novo paradigma do direito ecologizado, redefinindo o clássico paradigma que organiza o pensamento dos juristas a partir do Código napoleônico. Este novo paradigma estaria sustentado numa dupla norma fundamental gnoseológica³⁷ — *o dever do cuidado* e da *não abstração* —, como condição de validade das normas jurídicas. Psicanaliticamente pensando, a *dupla norma fundamental ecológica do Direito* permitia introduzir a culpa e a responsabilidade no

34 WARAT, L. A. *Idem, idem*, p. 18 e 19.

35 *Idem, idem*, p. 19.

36 *Idem, idem*, p. 19.

37 Essa concepção da dupla norma fundamental teve, segundo o autor, a contribuição teórica de Lênio Streck e de Maurício Berni.

perverso mundo das decisões jurídicas. A ecologia do processo decisório passaria a exigir o compromisso dos juízes com as suas decisões, porquanto as abstrações não eximiriam mais nenhuma culpa.³⁸

A semiologia ecológica supõe a aproximação, num mesmo campo profundo, de vários centros de interesse (antropológico, psicanalítico, epistemológico e de gênero), todos como fontes principais da aproximação do ecológico com o semiológico. No fundo, uma semiologia da autonomia, da transmodernidade.³⁹

A epistemologia carnavalizada estaria focada na complexidade, isto é, na necessidade de uma epistemologia e de uma ciência da autonomia “que se fundem em uma nova visão do mundo físico ainda não submetido à ordem determinada da verdade ou à objetividade imposta pelo paradigma epistêmico da modernidade: uma recuperação do valor positivo, da desordem, do caos e da imprevisibilidade”.⁴⁰

Define-se como Cartógrafo⁴¹, ou seja, empregando a *cartografia*, estratégia *carnavalizada*, forma de marcar a presença do próprio investigador na realidade que tenta interpretar, isto é, perceber-se imerso nas intensidades do trabalho em que atua, atento às linguagens que encontra, tendo para elas uma atitude antropofágica, devoradora de tudo o que considera expressivo e relevante para a composição de sua cartografia.⁴²

2.2. Warat, a partir de sua bibliografia

Warat tem um discurso complexo e mutante, atendendo aos deslocamentos que empreende ao reformular as diversas questões que enfrenta. Para alguns a riqueza e a complexidade do seu discurso levam a senti-lo um tanto caótico e dispersivo. Todavia essa dispersão é apenas aparente e deliberada. Como Barthes e

38 WARAT, L. A. *Idem, idem*, p. 21.

39 *Idem, idem*, p. 21 e 22.

40 *Idem, idem*, p. 22.

41 Cartografia, método introduzido por Guattari como uma estratégia para pensar, interpretar e avaliar o mundo.

42 MONDARDO, Dilsa. *Idem, idem*, p. 24 e 25.

Foucault, é um escritor da intertextualidade, entendida como “produtividade onde se operacionaliza a polifonia das significações. Trata-se, enfim, de uma matriz anônima, onde se dá o trabalho do significado”.⁴³

Sua obra pode ser definida através de momentos históricos, traçados não necessariamente por um critério cronológico, mas sobretudo da evolução de seu discurso e pelas direções novas de seu pensamento crítico, segundo a classificação de Mondardo.

2.2.1. Momento: técnico-instrumental e antidogmático

Com formação em Filosofia do Direito, no grupo de Gioja, foi professor adjunto, herdando uma matriz pedagógica clássica, tradicional e autoritária. Inicialmente tinha uma postura aristocrática em relação ao saber que ministrava aos alunos. Todavia, nunca foi um professor totalmente neutro, iniciando um processo de sedução dos alunos, transmitindo “verdades”.

Com a morte de Gioja, e seu contato com professores do Departamento de Pedagogia, superou seus resquícios autoritários, passou a assimilar técnicas que privilegiavam a dinâmica de grupo sobre a aula magistral. A partir daí passou a dar um tratamento científico à metodologia do ensino, trabalhando a reflexão sobre o discurso pedagógico.

Do ponto de vista do conteúdo, e já coincidindo com os primeiros contatos com o Brasil, passou a desenvolver uma atitude iconoclasta. Fornecia aos alunos um instrumental semiológico que pudesse desmanchar certas ilusões que os juristas tinham sobre o funcionamento, a natureza e os efeitos da linguagem do Direito e o ato de interpretação da lei. Nesse período escreveu, em parceria com Ricardo Entelmann, *Derecho al derecho*⁴⁴, à época conside-

43 MONDARDO, Dilsa. *Idem, idem*, p. 71.

44 Ver: WARAT, Luis Alberto. *Derecho al derecho*. Buenos Aires: Abedo-Perrot, 1970.

rado mais subversivo que o posterior *A ciência jurídica e seus dois maridos*.^{45 46}

2.2.2. Momento epistemológico

Esse momento coincide com a III Jornada da Almed, em Santa Maria, Rio Grande do Sul. A referência teórica está no livro que publicou com Rosa Maria Cardoso da Cunha, *Ensino e saber jurídico*. Introduziu a problemática epistemológica no interior da pedagogia do ensino do Direito, tornando-a intrínseca à metodologia do ensino. Fez da epistemologia um conceito para a reflexão sobre a metodologia do ensino. A partir de Bachelard argumenta que realmente se aprende Direito quando se consegue aprender a desaprender o que a tradição jurídica pretende ensinar.⁴⁷

Pôs em crise as funções transformadoras e libertárias da epistemologia, vendo-a como um discurso dominador. Denunciou a necessidade de discutir e criticar a própria produção epistemológica, respondendo à necessidade da negação dos seus próprios pressupostos. Na sua ótica, a epistemologia escondia as dimensões de poder do discurso jurídico. Por ser um lugar que procura a certeza, a univocidade, o controle da indeterminação, terminaria como discurso ideológico, que precisaria ser percebido pelos alunos para que pudessem aprender num processo de desalienação epistemológica.⁴⁸

Para ele, os epistemólogos teriam tentado estratificar a idéia de que a instância epistêmica permitira a criação de um discurso absolutamente preservado dos embates ideológicos, espécie de filtro mágico das verdades. Tentou provar o contrário a seus alunos. A *episteme*, longe de cumprir esta função, portava em si mesma o “vibrião da ideologia”.⁴⁹

45 Ver, do autor: *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.

46 *Idem, ibidem*, p. 73.

47 *Idem, ibidem*, p. 81 e 82.

48 *Idem, ibidem*, p. 83.

49 *Idem, ibidem*, p. 83 e 84.

2.2.3. Momento político e afetivo

A partir de Foucault, que reivindica a inscrição do poder no discurso, Warat, com a cooperação de Leonel Severo da Rocha, lança sua famosa “semiologia do poder”. Da semiologia política se ocupa, fundamentalmente, na obra *O Direito e sua linguagem*.^{50 51}

Com Barthes afirma que a semiologia política deve ocupar-se da linguagem que se produz e se espalha sob a proteção do poder. “A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, recupera-as para a metafísica institucional dominante, ornamenta-as de verdades, torna-as a-históricas e, enfim, rouba-as do sentido original de sua enunciação. Daí a palavra ou o discurso estereotipado ser um dado político”. Afirma que ignorar isso é contribuir para a própria conservação do discurso como estereótipo. O discurso, ligado à ideologia, tende a se desterritorializar do registro exclusivamente simbólico, para invadir os sujeitos, na tentativa de gerar corpos ideológicos, que agem de forma fascista sobre si mesmos.⁵²

A partir da sua semiologia do poder, passa a tomar corpo a idéia de que o ensino do Direito tem uma dimensão prioritariamente política, como um espaço político de produção do poder das significações do Direito. O ensino seria um lugar onde se desenvolve a luta política no espaço instituído. Warat fala agora de uma pedagogia do desejo e manifesta preocupação teórica pela dimensão afetiva do processo ensino-aprendizagem. O desejo é focado, numa proposta psicanalítica de metodologia do ensino, simplesmente como um laço de afeto. Reivindica um vínculo entre professores e alunos que considere o que se mobiliza sentimentalmente num processo de aprendizagem.⁵³

50 Ver do autor: *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.

51 *Idem, ibidem*, p. 85.

52 *Idem, ibidem*, p. 85 e 86.

53 *Idem, ibidem*, p. 86 e 87.

2.2.4. Momento da carnavalização no ensino e no discurso jurídico

A idéia de carnavalização, Warat desenvolveu relativamente ao sentido do aprender, como descoberta, como amadurecimento. Tradicionalmente, a aprendizagem significa a mera acumulação de informações, de conhecimentos. Levar o aluno a compreender, todavia, para Warat, é fazê-lo sentir que existe uma coincidência entre o que está aprendendo e a sua vida. Aprender seria simplesmente um modo de descobrir a vida e isso é o que o professor pode ensinar, pois aprender, crescer, é poder caminhar com os próprios pés, substituindo os preconceitos, os estereótipos, as crenças hipnóticas por si próprio.⁵⁴

2.2.5. Momento psicanalítico

A tentativa de aproximar o Direito da psicanálise desenvolveu-se de modo complexo e paulatinamente, ao longo de sua obra, de três maneiras: a) fazendo a releitura de conceitos e campos temáticos de uma perspectiva conceitual; b) considerando a psicanálise como metodologia do ensino; c) procurando fazer a psicanálise das instituições jurídicas.⁵⁵

Em *O amor tomado pelo amor*⁵⁶ e em seus trabalhos de pós-doutorado, afirma que a democracia é a realização histórica do princípio da realidade em Freud — a aceitação do outro como diferente, confrontando com o entendimento da igualdade formal dos juristas sobre democracia. Concebe a democracia como um jogo de diferenças para a concretização histórica da autonomia. A par disso, fala numa concepção ecológica de cidadania, vista numa perspectiva psicanalítica e ecológica, numa ecocidadania, como corolário de sua concepção da ecologia do desejo. A ecocidadania revela uma cidadania preocupada com as formas de dis-

54 *Idem, ibidem*, p. 89 e 90.

55 *Idem, ibidem*, p. 94.

56 Ver: *O amor tomado pelo amor*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

criminação entre os homens e os povos, como luta contra as múltiplas formas de discriminação. A ecologia, a cidadania, os direitos humanos, através da psicanálise, são convergentes, como três movimentos de transformação da sociedade. Tais temas, aliados à problemática da democracia e da ideologia, constituiriam o território nuclear a ser desenvolvido no processo de ensino do Direito.⁵⁷

Warat, de forma criativa e inovadora, começa a trabalhar na marginalidade dos temas que enfrenta. A questão da democracia mostra o que falta ao discurso jurista sobre ela; assumiu os direitos humanos como uma questão de desejo; trabalhou a cidadania, mostrando suas carências ecológicas, e a ecologia, revelando suas insuficiências psicanalíticas. Abordou esses temas em seu aspecto institucional, demonstrando como a força simbólica do Estado os converteu em modalidades do inconsciente político da sociedade.⁵⁸

3. O pensamento waratiano

O devir das verdades incertas pode ser uma síntese da obra de Warat, na tentativa de compreendê-lo por meio dela, confrontada com o problema do caráter incompleto e incerto das verdades. É uma idéia flutuante, sem nenhuma definição conceitual em sua literatura, extraída do conceito de carnavalização. Em toda a sua obra revela profunda inquietação com respeito à função das verdades. Ostensivamente questiona os posicionamentos consagrados pela tradição epistemológica das ciências sociais, tentando mostrar o sentido político da normatividade que instauram. Demonstra sua profunda preocupação sobre o poder que emana da “pureza das verdades”, indignado pelos efeitos massificadores do processo de produção das verdades, colocando em evidência a existência de uma ideologia sobre as condições de produção de verdades (*senso comum teórico*).⁵⁹

Duvida da *episteme*, insistindo reiteradamente que a epistemologia não era mais do que uma *doxa* politicamente privilegiada,

57 *Idem, ibidem*, p. 94 a 96.

58 *Idem, ibidem*, p. 98.

59 *Idem, ibidem*, p. 101.

acrescentando que, por trás dos conceitos e das verdades, há uma cumplicidade, que é obviamente política. Examinando os problemas da interpretação da lei, sustenta que não existem normas claras ou obscuras. A clareza da norma não depende de procura lógica ou metodológica, pois uma norma é clara para mais de um intérprete quando há uma prévia coincidência ideológica, ou seja, uma cumplicidade!!! Nesse viés, colocou as verdades fora dos lugares epistêmicos, carnavalizando-as (ensinando que o valor da vida encerra uma concepção do saber, liberta do lugar da certeza).⁶⁰

O devir indeterminado das verdades, em seu sentido carnavalizado, pode ser apreendido a partir da idéia de intertextualidade, que teve em Bakhtin seu primeiro teórico (assim como da carnavalização). A intertextualidade para Bakhtin encontra-se necessariamente definida pela polifonia, o dialogismo e a polissemia. Warat procura, além de Bakhtin, prolongar o olhar da carnavalização como experiência marginal e cosmovisão do mundo, permitindo a reconciliação do homem com suas paixões.⁶¹

Para Warat, carnavalizar a epistemologia é reconhecer que as verdades propostas pelas ciências sociais são explicações assustadas, respostas omissas, conceitos mutilados que provocam práticas mutiladoras, montagens insensíveis, questões de desejos, hipóteses deserotizadas, convicções sem futuro. Como estratégia para a realização e superação do devir incerto das verdades propõe a substituição dos discursos tradicionais, que falam verdades, pela poética, como uma forma de compreender a ciência fora da ciência.⁶²

A partir da idéia de carnavalização como devir incerto das verdades, definem-se os principais conceitos que articulam os fragmentos de seu discurso.⁶³ a) a *ideologia*, entendida como conjunto de crenças, saberes, utopias, que negam o devir das verdades, apresentando-as como completamente explicáveis pelo discurso da ciência e da epistemologia; b) a noção de *castração*

60 *Idem, ibidem*, p. 102 e 103.

61 *Idem, idem*, p. 104 e 105.

62 *Idem, ibidem*, p. 106.

63 Conforme o relato preciso de Dilsa Mondardo, *op. cit.*, p. 107.

como um discurso de verdades perfeitas que impedem o desejo por um excesso de saber; c) a noção de *história* “seria a realização sem ilusões dos desejos e dos afetos”, o devir incerto e intertextualizado das significações, uma cartografia; d) a relação *democracia-totalitarismo*, configurando a dimensão simbólica da política, já que a democracia é vista como o lugar da produção do “ainda mais” do sentido, ou o lugar onde o desejo trabalha a indeterminação do sentido e da verdade para ampliar a sua conotação e o *totalitarismo* como a negação coercitiva.

A idéia do *devir incerto das verdades* não significa um devir sem objetivação ideológica. Preocupa-se com a democracia e maior justiça social numa sociedade que tende à autonomia individual e coletiva.⁶⁴

4. Conclusão

Warat sublinha que a verdadeira ciência esconde-se nos mistérios do saber esquecido, e que o surrealismo é o que pode nos aproximar poeticamente⁶⁵. E o surrealismo significaria uma rejeição consciente e justificada de todas as pobrezaas espirituais da modernidade. E conclui que sem essa rejeição não haveria autonomia, nem cidadania.⁶⁶

Nessa contextura, é falso e limitado o entendimento que pretende reduzir a ciência do Direito ao seu conteúdo meramente dogmático, à sua normatividade, sem situá-la no conjunto das ciências sociais, ou sem perceber que o Direito é também discurso, é linguagem, é interpretação, é ideologia, é conhecimento, mas é igualmente desejo, sentimento, pois deve ter seu objeto fundamentalmente no homem. Mais do que isso, no cidadão, autor e interlocutor da história e destinatário político da própria ciência e do próprio Direito.

Inimaginável, por outro lado, sobreviver qualquer discussão dogmática acerca da verdade, como ainda se sustenta notada-

64 *Idem, ibidem*, p. 109.

65 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do medidor*. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 236.

66 *Idem, ibidem*, p. 232.

mente no âmbito do processo, sem afrontar a síntese do pensamento waratiano do “devir das verdades incertas” ou das “certezas polêmicas” do pensamento freudiano ou ainda a dúvida, que alimentou a posição cética dos filósofos do século XX, difundindo, todavia, a certeza de que a busca do conhecimento continua aberta, potencialmente infinita, e assim continuaremos assombrados diante do mistério do universo.

Resgatando seu surrealismo poético, Warat ao apostar na cidadania e nos Direitos Humanos, num discurso permeado de afetividade e de alteridade, enfatiza que é o homem que se situa no centro de seu mundo, no encontro com o outro, partindo de seus vínculos. Pressupõe, por isso, a reunificação do eu a partir da diferença que se aceita no outro, vislumbrando a cidadania como a aceitação do forasteiro que tem de ser integrado, “para evitar que o amor nos abandone”. São os direitos humanos e a cidadania instalados na sua “outridade” complexa, ou seja, a cidadania apartada do ter para poder ser compreendida como realização do ser na complexidade dos seus vínculos.⁶⁷

Para os homens a quem falta tudo e que estão excluídos do seu ser — sentença —, a última possibilidade que têm de construir sua cidadania é no apoiar-se, afetivamente, uns nos outros, sem maltratá-los por suas diferenças, e sem tentar manipular suas desordens internas, por não poder controlar seu próprio caos interior. “A cidadania e os Direitos Humanos terminam sendo uma aposta no vínculo, para não se ficar só”, pois todos somos vulneráveis e precisamos de um tipo de cidadania que nos ajude a suportar isso.⁶⁸

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

67 *Idem, ibidem*, p. 240.

68 *Idem, ibidem*, p. 240.

- CHÂTELET, François et PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: História do pensamento político*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, 776p.
- HORGAN, John. *O fim da ciência: Uma discussão sobre os limites do conhecimento científico*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Trad.: J. Rodrigues de Mergue. Ed. Acrópolis. Versão para eBook: eBooksBrasil.com. Fonte Digital: br.egroup/acropolis.
- MONDARDO, Dilsa. *20 Anos Rebeldes: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.
- WARAT, Luis Alberto. “Falando de vinte anos”. In: MONDARDO, Dilsa. *20 Anos Rebeldes: O Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- _____, *O ofício do medidor*. Vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.
- _____, *Derecho al derecho*. Buenos Aires: Abedo-Perrot, 1970.
- _____, *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.
- _____, *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- _____, *O amor tomado pelo amor*. São Paulo: Acadêmica, 1990.
- _____, *O Direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- _____, *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- _____, *Manifestos para uma ecologia do desejo*. São Paulo: Acadêmica, 1990.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ATIVIDADE JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: ANOTAÇÕES EM TORNO DE QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS

Ruy Samuel Espindola*

1. Introdução. 2. O campo de atuação dos princípios constitucionais e dos jurídico-administrativos. 3. Questões teóricas em torno dos princípios constitucionais e dos jurídico-administrativos. 4. Atividade administrativa, Estado Democrático de Direito e princípios jurídicos. 5. Princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais que incidem sobre o campo das atividades jurídico-administrativas — a) princípios constitucionais fundamentais; b) princípios constitucionais gerais; c) princípios constitucionais setoriais. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Os princípios constitucionais constituem o tema de maior importância em nosso País, na atualidade. Nunca tantos estudos monográ-

* Advogado militante, sócio da “Espindola & Valgas Advogados Associados” — Professor de Direito Constitucional da Esmesc — Mestre pela UFSC e Doutorando pela UFPR — Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas — ABCD.

ficos, artigos, coletâneas, teses, dissertações, seminários e cursos foram endereçados à sua dissecação doutrinária, normativa e jurisprudencial. Nenhum setor do Direito escapa à sua força conformadora, às necessidades de aprofundamento para a sua exata compreensão e aplicação diante das instigantes situações apresentadas, especialmente, pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo.

Há no Brasil um rico movimento cultural e científico em prol e na direção desses princípios. Podemos dizer que a partir dos anos 90 esse movimento passou a ser sentido, fortemente, no cenário acadêmico nacional. O presente estudo baseia-se e procura retroalimentar aspectos desse movimento: baseia-se na hodierna doutrina nacional, precipuamente, e retroalimenta aspectos tendentes a elucidar o papel dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Administrativo, no centro das chamadas *atividades jurídico-administrativas*.

Além disso, este estudo procura conciliar a formação do professor de Direito Constitucional, do pesquisador, com a experiência do advogado militante na seara do Direito Público que, em processos judiciais, administrativos e legislativos, tem debatido, postulado, refletido, explicado, criticado e enaltecido o papel dos princípios constitucionais; procura fornecer elementos à melhor compreensão da relação entre princípios constitucionais, que, unidos, regem as atividades jurídico-administrativas, as atividades da administração pública, e as funções que lhes são correlatas em um Estado Democrático de Direito. Objetiva elucidar quão rica é a trama principiológica que enreda as atividades jusadministrativas em nossa Constituição da República, apresentando algumas questões contemporâneas que reclamam a atenção dos operadores do Direito em geral. Apresenta reflexões teóricas e exemplos práticos e tematiza vários princípios constitucionais positivos, explicando-lhes o conteúdo e o valor, com remissão à abalizada doutrina.

2. Campo de atuação dos princípios constitucionais e dos jurídico-administrativos

Os princípios constitucionais são multifuncionais, cumprem diversos papéis na ordem jurídica. Vinculam a prática de vários atos jurídico-públicos: leis, sentenças e atos administrativos. Vin-

culam as ações dos poderes públicos (executivo, legislativo e judiciário, federais, estaduais e municipais) e dos poderes privados. Concretizam-se por meio do processo legislativo, do processo administrativo e do processo judicial, além, é claro, do processo de interpretação e aplicação privada pelos particulares. Multifuncionais porque ganham eficácia, realizabilidade, tendo em conta três pontos distintos e convergentes:

a) são paramétricos, servem para aferir o grau de correspondência (validade/invalidade) das leis, sentenças e atos administrativos e privados aos seus comandos normativos. Portanto, podem emprestar fundamento jurídico a pedidos nas ações judiciais, operantes dos controles direto e indireto de constitucionalidade, ações judiciais anulatórias de atos jurídicos em geral, ações populares, mandados de segurança, ações civis públicas, controle interno da administração pública etc.;

b) são vetores de sentido interpretativo predominantes para normas e fatos, para normas constitucionais e demais normas e atos infraconstitucionais, ou seja, impõem que o intérprete, ao lidar com problemas jurídicos concretos, empreste à solução o sentido mais concordante com o mandamento principiológico — nas sentenças, ocupam o capítulo da fundamentação, nas petições iniciais, o arrazoado que explicita a causa de pedir;

c) são supridores de lacunas normativas, ou melhor, diante de lacunas da ordem jurídica, podem emprestar seus comandos ou suas razões na busca do melhor critério à solução de problema carecedor de norma jurídica. E o são de maneira mais impositiva do que os velhos métodos de integração enumerados pela legislação: costumes, analogia, jurisprudência e princípios gerais do direito (artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e 127 do Código de Processo Civil).

Nenhuma autoridade constitucional ou legal, poder, órgão ou agente público ou pessoa privada, escapa à sua força normativa vinculante. Todos devem submeter-se aos seus ditames, de acordo com o grau de densidade de cada norma constitucional continente de princípio jurídico. Como já dito, sentenças, leis e atos administrativos e privados devem-lhes obediência, sob pena de invalidade.

Uma Constituição, seja ela federal ou estadual (ou municipal, para quem entende, como nós, que as Leis Orgânicas municipais são constituições¹), contém complexa trama de princípios que são próprios ao campo do Direito Constitucional e muitos outros que se espraiam por outros ramos da Ciência Jurídica. Aí pululam o que podemos chamar de princípios constitucionais gerais e de princípios constitucionais específicos a certas especializações do Direito.

No caminho dos princípios constitucionais específicos (ou setoriais) encontraremos os de índole penal, processual civil e penal, previdenciária, tributária, financeira, civil, administrativa, etc. Para os efeitos deste trabalho interessam-nos especialmente os princípios de índole jusadministrativa².

Os princípios jurídico-administrativos regulam a atividade administrativa, a de produção de atos e processos administrativos, a realizada pelo estado e sua burocracia na perseguição de fins públicos regrados pelo Direito Administrativo, pelo Direito Constitucional, em feliz convergência³.

Certos princípios jurídico-administrativos foram incorporados expressa ou implicitamente pela atual Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas Leis Orgânicas Municipais, operando novos níveis de vinculação e regulação até então não conhecidos pelos juristas brasileiros.

Para termos ainda que uma tênue e pálida idéia da importância dos princípios constitucionais (tantos os gerais quanto os específicos de natureza jurídico-administrativa) em relação à atividade administrativa estatal, lembramos que, por exemplo, os procedimentos e atos praticados pela Ordem dos Advogados do Bra-

1 Cf. ilações a partir de Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 311-326.

2 Precursora obra sobre princípios constitucionais referentes à administração pública é a da jurista mineira Carmem Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, 308p. O livro de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, 296 p., reúne, com precisão e profundidade, elementos para uma descrição e reflexão sobre princípios de direito administrativo existentes na ordem jurídica brasileira.

3 Para verificar o papel dos princípios constitucionais no controle dos atos administrativos, ver a obra de Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 1999, 213p.

sil (e pelos demais conselhos e corporações profissionais) a eles se submetem, igualmente os procedimentos desenvolvidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e de Processo Ético-Parlamentar, a atividade Ético-Partidária dos Partidos Políticos, os julgamentos de contas desenvolvidos pelos Tribunais de Contas e Casas Legislativas, e, é claro, todas as atividades que giram em torno do papel desempenhado pela Administração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional, e seus agentes, sejam esses por investidura ou por colaboração, nestas compreendidas todas as atividades de Administração Pública desenvolvidas pelo Poder Judiciário ou Poder Legislativo. Nessa trama de instituições, é preciso lembrar que quase todas elas se reproduzem em três níveis federativos: federal, estadual e municipal.

3. Questões teóricas em torno dos princípios constitucionais e dos jurídico-administrativos

Na teoria jurídica contemporânea, os princípios são considerados normas jurídicas de impositividade e vinculação⁴. Tem-se que a norma é gênero que deriva as espécies regra e princípio, que se distinguem entre si pelo grau de densidade normativa.

Quando adentram às Constituições, esses princípios ganham patamar constitucional, o que os torna fundamento do sistema jurídico.

4 Como expressão dessa teoria indicamos: Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 288p.; Walter Claudis Rhotenburg, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1999, 88p.; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, 326p.; Fábio Corrêa Souza de Oliveira, *Por Uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, 347p.; Humberto Avila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. 127p.; Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, Del Rey, n. 1, janeiro/junho 2003, p. 607-630.

A doutrina especializada reconhece a existência de princípios implícitos⁵ e princípios expressos no texto constitucional, princípios constitucionais expressamente referidos e princípios constitucionais inferidos dos enunciados normativo-constitucionais. Ambos teriam igual dignidade jurídica, vinculando de igual maneira as pessoas e entes já referidos.

Tendo em conta os princípios constitucionais incidentes sobre a atividade jurídico-administrativa, podemos também distinguir regras e princípios constitucionais de índole jusadministrativa, tais como princípios constitucionais administrativos expressos e implícitos.

Quanto aos princípios implícitos, calha ressaltar que, às vezes, um princípio, em nível constitucional federal, tem forma implícita, e em âmbito constitucional estadual ou municipal, assume forma expressa⁶. Além disso, até mesmo a legislação infraconstitucional pode densificar, pode “alongar”, o braço normativo do princípio constitucional, adensando seu conteúdo jurídico por meio da lei. Isso tem ocorrido com expressiva significação no campo do Direito Administrativo⁷.

Aliás, os princípios jurídico-administrativos, ou melhor, o núcleo de princípios que informa e adstringe a prática administrativo-pública tem níveis constitucional, legal e infralegal, numa ver-

5 Ver sobre princípios constitucionais implícitos o artigo de Raquel Fernandes Perrini, *Os Princípios Constitucionais Implícitos*, Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, outubro/dezembro de 1996, p. 113-69.

6 A Constituição Catarinense em vigor, artigo 16, § 5º, prescreve: “No processo administrativo, qualquer que seja o objeto ou o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou decisão motivados”. No plano estadual foi tornado princípio constitucional explícito o que no federal entende-se como princípio constitucional implícito: o princípio da motivação dos atos e decisões administrativas. No sentido da motivação como princípio implícito no plano da Constituição Federal, ver Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 1994, 526p., p. 57-58.

7 Ver, por exemplo, a Lei Federal n. 9.784/99, que instituiu o Código de Processo Administrativo em nível federal. Em vários dispositivos ela densificou princípios constitucionais federais. Cita-se o contraditório e a ampla defesa (arts. 2º, *caput*, X, 26, 38, 41, 46, 56) e o princípio da razoabilidade (art. 2º, inciso VI).

dadeira relação lógica de complementação, desenvolvimento, densificação e concretização⁸.

4. Atividade Administrativa, Estado Democrático de Direito e Princípios Jurídicos

Os princípios constitucionais condensam, em uma ordem jurídica dada, os principais valores políticos, sociais e econômicos encampados pelo Direito em sua função ordenadora do Estado e da Sociedade. Todavia, realizam tais tarefas, como já dissemos alhures, de forma jurídica *normativamente predominante*⁹.

Depois de serem incorporados pela ordem jurídico-constitucional, as aspirações políticas, as utopias, os sonhos, as concepções filosóficas ou éticas assentes no teor prescritivo dos princípios assumem fundamental e determinante função normativa na ordem jurídica de um Estado-Nação.

O Estado contemporâneo é um estado em que a atividade administrativa é essencial para a realização de seus fins, especialmente seus fins sociais e políticos. Para conseguir alcançá-los, a Administração Pública, e sua burocracia, é regulada por um amplo leque de regras e princípios constitucionais, legais e infralegais. Fala-se, por isso, entre outras razões, do protagonismo da administração na realização da Constituição, especialmente no campo dos Direitos Fundamentais Sociais¹⁰.

8 Sobre a idéia de densidade e concretização dos princípios constitucionais, ver nosso livro, antes citado, p. 233-243.

9 Cf. nosso livro, p. 80.

10 Nesse sentido ver Andreas J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha — os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2002, 119p., e Giancarlo Rolla, *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, México, Universidade Autónoma de México, 2002, 180p. Ainda sobre a relação entre princípios constitucionais e democracia, indicamos nosso artigo *A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais*, Jurisprudência Catarinense, Florianópolis, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, n. 87, 1999, p. 15-30.

Em uma ordem que veio pactuada pela cláusula estruturante “Estado Democrático de Direito”¹¹, que para dar concretude a esse princípio fundamental desdobra-se em tantos outros princípios gerais e especiais, especialmente aqueles pertinentes ao capítulo do Direito Constitucional Administrativo¹², os princípios constitucionais assumem especial tarefa de consecuições no plano judicial, administrativo e legislativo.

O juiz, o administrador, o legislador e os particulares não só podem quanto devem atender aos imperativos dos princípios, que constituem máximas de otimização de valores constitucionais.

Assim, o juiz, ao lidar com causas jurídico-públicas, que envolvem a Administração Pública e seus corolários lógico-jurídicos, o legislador ao regular as matérias de pertinência jurídico-administrativa, o administrador, ao realizar atos administrativos, e o particular, ao relacionar-se com a Administração ou qualquer de suas ramificações burocráticas, devem ocupar-se, respeitar e fazer com sejam respeitados os princípios constitucionais que se espraiam sobre a atividade administrativa.

O sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, especialmente o subsistema jurídico-administrativo nele inserido, estrutura-se com a necessária abertura¹³ para questões novas, cambiantes, imprevistas nas regras legais e constitucionais que exigem, para sua boa, jurídica e razoável inteligência, a interpretação/aplicação dos princípios constitucionais: quantas situações pareceriam insolúveis ou extremamente injustas caso fôssemos

11 Ver, para aprofundamentos: Inocêncio Mártires Coelho, *Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, ano 30, n. 118, 1993, p. 5-18, e Katsutoshi Matsmoto, *O Estado Democrático de Direito*, Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 8, n. 33, outubro/dezembro, 2000, p. 262-283.

12 Ver neste sentido o texto de Gerfran Carneiro Moreira, *Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito*, in: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*, São Paulo, Max Limonad, 2001, 226p., p. 81-142.

13 Sobre a idéia de sistema jurídico aberto, formado por regras e princípios, ver nosso livro, p. 186-193.

apenas olhá-las ou tentar resolvê-las unicamente com a visão presa às regras constitucionais e legais, quanto déficit de legitimidade e justiça, quantas situações esdrúxulas e incontornáveis nos apareceriam, não fossem os comandos de otimização dos princípios constitucionais, que ordenam que o Direito e os direitos realizem-se da melhor forma possível dentro de limites jurídicos e fáticos do ordenamento normativo.

No Estado Democrático de Direito, o segredo na atividade administrativa, a *arcana imperii*, é repelida pelo princípio da publicidade dos atos administrativos¹⁴; a discriminação injusta ou o privilegiamento abusivo vão condenados à incidência do princípio da impessoalidade; a segurança, a certeza, a calculabilidade das expectativas dos indivíduos vão asseguradas pelo princípio da legalidade; a honestidade, a lealdade administrativa, a retidão no agir administrativos vão impostos pelo princípio da moralidade administrativa; a agilidade, o atendimento hígido e eficaz dos serviços públicos, as demandas de seus cidadãos consumidores, a continuidade e regularidade de sua presteza refletem-se nos imperativos otimizatórios do princípio da eficiência. Todos esses princípios, refletidos expressamente no texto constitucional federal, densificam a cláusula do Estado Democrático de Direito em nível jurídico-constitucional-administrativo.

Esses princípios, entre outros, endereçam-se ao objetivo precípuo do constitucionalismo: o controle do poder político, o controle do atuar administrativo em face dos direitos da pessoa humana, dos grupos sociais organizados e suas demandas por saúde, educação, justiça, lazer, moradia, segurança e demais elementos que compõem o feixe de valores circundantes da esfera mínima de dignidade exigível por cada pessoa, especialmente as desprovidas de posses e recursos materiais suficientes à sua subsistência e de sua família.

Controlar o poder para impedi-lo de cometer injustiças ou compeli-lo a realizar o justo é a aspiração do Direito Constitucional (e Administrativo) da atualidade, revelando-se pelos princípios

14 Ver as observações de Norberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade – para uma teoria geral da política*, 4. ed., São Paulo, Paz e Terra, p. 27-31, sobre “público”, “secreto”, “publicidade” e “poder invisível”.

que condensam direitos fundamentais de defesa ou direitos fundamentais a prestações¹⁵.

Cabe aí, também, o papel dos princípios constitucionais, especialmente o papel dos princípios constitucionais jusadministrativos. Esses princípios promovem ou contêm a ação administrativa pelas suas otimizações principiológicas, potencializam o atuar das regras por meio de interpretações que lhes são conformes e realizadoras.

Para dar transparência, confiabilidade, eficiência, segurança e legitimidade nas relações entre o estado e a pessoa humana, entre a autoridade e a liberdade, entre as normas de competência estatal e as normas de direitos fundamentais, faz-se imprescindível o conhecimento, a atenção, o uso e o respeito ao núcleo de princípios constitucionais pertinentes à atividade administrativa, sob pena de se frustrarem os objetivos e as promessas do Estado Democrático de Direito.

O núcleo dos princípios jusadministrativos pode ser exposto em três níveis: o dos princípios constitucionais fundamentais, o dos princípios constitucionais gerais e o dos princípios constitucionais setoriais que incidem sobre o campo do Direito Administrativo, ou, mais propriamente, sobre as atividades jurídico-administrativas estatais.

5. Princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais que incidem sobre o campo das atividades jurídico-administrativas

Luís Roberto Barroso, em texto rico à classificação dos princípios constitucionais¹⁶, distinguiu o que chamou de princípios constitucionais fundamentais, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais setoriais.

Para Barroso os princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, configuram a

15 Para aprofundar a idéia de direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações, ver Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, 386p., p. 248-321.

16 Cf. seu *Princípios Constitucionais Brasileiros*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 1, 1993, p. 168-85.

sumarização de todas as demais normas constitucionais, e para os quais elas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas ou desdobradas como deduções analíticas das normas matrizes — princípios fundamentais. Na opinião do autor, os princípios fundamentais correspondem aos princípios constitucionais de organização. “Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc.”¹⁷ Como exemplo, destaca os seguintes princípios: princípio republicano (art. 1º, *caput*, da CR); princípio federativo (art. 1º, *caput*); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*); princípio da separação de poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV).

Por sua vez, princípios constitucionais gerais, para o jurista carioca, “[...] embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos. São exemplos o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural”¹⁸. Dá os seguintes exemplos: princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV).

Para o autor, os princípios constitucionais setoriais, “[...] são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade

17 *Idem*, p. 173-4.

18 *Idem*, p. 174.

em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública”¹⁹. Exemplifica dessa forma: princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*); princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*); princípio da moralidade (art. 37, *caput*); princípio da publicidade (art. 37, *caput*); princípio do concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, *d*, e 35, III), dizendo-os todos respeitantes à Administração Pública, como segmento normativo específico da Constituição, entre outros exemplos.

Essa classificação é muito importante para especificação dos princípios constitucionais que incidem sobre o campo das atividades jurídico-administrativas. Vamos fazê-la tendo em conta apenas alguns princípios, sem querer esgotar o núcleo principiológico pertinente ao centro das atividades jurídico-administrativas.

a) Princípios constitucionais fundamentais

Dentre os princípios constitucionais fundamentais acima enumerados, sem dúvida alguma, os mais importantes para o plexo de princípios pertinentes às atividades jusadministrativas

19 *Idem*, p. 174.

são o “princípio republicano”²⁰ e o “princípio do estado democrático de direito”²¹.

O **Princípio Republicano** (art. 1º, *caput*, CR) impõe que se entenda a administração pública como instituição que tem por fim atender às aspirações do povo, que elegeu representantes (o chefe do executivo, chefe da administração pública, em nosso sistema presidencialista) para este fim; implica na periodicidade dos mandatos, na realização de eleições gerais para escolha dos governantes, no exercício do sufrágio universal, direto e secreto; implica na responsabilidade penal, civil, administrativa e política dos gestores públicos de todas as qualidades, sejam agentes políticos ou agentes administrativos; implica em que a administração, no parlamento, no judiciário ou no executivo, atue guiada pelo interesse público como aspiração de todos, para todos, de forma legítima, sem privilégios ou discriminações arbitrárias de qualquer espécie; reclama a prestação de contas, a transparência administrativa e a eleição de fins públicos verdadeiros e legitimados pelo interesse comum do povo; implica, especialmente, o respeito às liberdades públicas, ou melhor, ao conjunto de direitos fundamentais pertinentes ao homem.

Esse princípio, por sua larga abertura e baixa densidade, é melhor compreendido em consonância com os princípios constitucionais gerais (legalidade, igualdade, responsabilidade dos agentes públicos por seus atos, etc.) e setoriais jusadministrativos (legalidade administrativa, impessoalidade, moralidade, etc.) que

20 O princípio republicano recebeu profundo estudo na obra de Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2. ed., atualização Rosolea Folgosi, São Paulo, Malheiros, 1999.

21 Para efeito de aprofundamentos em literatura contemporânea, ver as obras sobre “Estado de Direito” e sua dimensão atual, “Estado Democrático de Direito”, “Estado Constitucional”: Sérgio Cademartori, *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, 188p.; Diego Valadés, *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, 131p.; José Joaquim Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Lisboa, Cadernos Democráticos, 1999, 82p.; Peter Haberle, *El Estado Constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, introd. Diego Valadés, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, 339p.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, 2. ed, São Paulo, Saraiva, 1999, 153p.

lhes densificam o núcleo normativo, que lhes desdobram o conteúdo principiológico em outros princípios de maior densidade.

O Princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CR) exige que se otimizem, em todos os níveis (legislativo, executivo e judiciário), os instrumentos de controle sobre a administração pública, sobre o poder público, e se maximizem os direitos fundamentais da pessoa humana, direitos que devem constituir padrões de conduta material para os gestores e para as instituições administrativo-públicas. Esse princípio exige que a administração prossiga seus fins públicos orientados por um dos grandes princípios capitais, que constitui decorrência normativa e axiológica do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana. A personalização do Direito Administrativo e a refundamentação do conceito de interesse público em bases jusfundamentais exigem o olhar atento do jurista e dos aplicadores do Direito²².

O princípio do Estado Democrático de Direito proscreve, como já dito, o segredo, o oculto da administração pública, condena a *arcana imperii*; exige uma atuação imparcial dos gestores públicos; exige transparência, publicidade, respeito ao devido processo legal, tanto em sua dimensão substantiva quanto adjetiva; exige o respeito aos padrões de juridicidade dimanados das Constituições (federal, estadual e municipal), das leis e dos contratos, e demais atos normativos reconhecidos pela ordem jurídica como válidos e vinculantes. Acima de tudo, esse princípio fundamental, esse princípio estruturante²³ impõe a inteligência dos princípios administrativos como princípios que devem orientar a ação da administração na perseguição de fins públicos matizados por elevados valores constitucionais democráticos: dignidade da pessoa humana, pluralismo ético, político, étnico, cultural, filosófico, tolerância, não discriminação, publicidade, igualdade de oportunidades, isonomia, etc.

22 Cf. reflexões apresentadas em artigo de Marçal Justen Filho, *Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 26, 1999, p. 115-136.

23 Para aprofundar a idéia de princípio estruturante, ver nosso livro, p. 183-193.

Além disso, esse princípio quer garantir a segurança de expectativas das pessoas; exige segurança, a segurança das integridades física e moral dos cidadãos, mas também a segurança de suas posições jurídicas, de seus direitos e interesses no âmbito de uma ordem democrática; exige que todas as instituições, sejam as verticais (federal, estadual e municipal), sejam as horizontais (executivo, legislativo e judiciário), se contenham na ordem do Direito.

Assim, Princípio Republicano e Princípio do Estado Democrático de Direito são “peças fundamentais” à compreensão do núcleo de princípios pertinentes às atividades jusadministrativas. Sem esses princípios fundamentais, seus corolários, os princípios constitucionais gerais e os princípios constitucionais setoriais, não teriam a coesão de sentido, completude e clareza, não permitiriam um condicionamento recíproco de comandos normativos. Todos os princípios gerais e os setoriais constitucionais devem, ao ser interpretados e aplicados, atender aos conteúdos, aos comandos, às *otimizações (maximizações)*²⁴ dimanadas desses dois princípios fundamentais e seus consectários.

b) Princípios constitucionais gerais

Os princípios constitucionais gerais espraiam-se por todo o continente do Direito, consagram valores aplicáveis em todos os ramos da Ciência Jurídica, e em cada esgalho do jurídico assumem forma, conteúdo e efeitos peculiares, dependendo dos fatos e atos que o jurista tiver diante dos olhos para interpretar e resolver. Muitos princípios constitucionais gerais convergem para explicar suas pertinências temático-normativas com o núcleo principiológico jusadministrativo. É muito grande a gama desses princípios gerais e aqui não pretendemos tematizá-la de modo exaustivo,

24 A categoria *otimização* associada a princípio deve ser compreendida no contexto da obra de Robert Alexy, que a utiliza, entre outras razões, para especificar a diferença entre regras e princípios:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que está caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

apenas na medida necessária à elucidação de suas conseqüências no âmbito do Direito Administrativo.

Dentre esses princípios constitucionais gerais podemos destacar os princípios constitucionais da legalidade/liberdade²⁵, princípio da razoabilidade²⁶, princípio da segurança jurídica²⁷, princípio da igualdade²⁸, princípio do devido processo legal, princípios do contraditório e da ampla defesa, princípios do juiz e do promotor naturais²⁹.

O Princípio da Legalidade/Liberdade (art. 5º, inciso II, da CR) impõe que toda intervenção na esfera de direitos, na esfera de liberdades da pessoa, se opere por meio da lei, ato jurídico-político votado pelo povo, pelos seus representantes (desdobramento do Princípio Republicano), aqui especialmente os representantes do legislativo e do executivo em atuações conjugadas; a criação de direitos, de obrigações, de proibições e sanções, para ter racionalidade, calculabilidade, regulação das expectativas dos indivíduos, deve dar-se por intermédio da lei (desdobramento do Princípio do Estado Democrático de Direito).

A legalidade, a lei, sua juridicidade, deve dar-se no plano da Constituição, da constitucionalidade, pois não é qualquer lei que pode restringir ou ampliar direitos, mas somente aquela que atende aos seus pressupostos materiais e formais constitucionais

25 Para melhor aprofundamento sobre o princípio da legalidade, ver José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17. ed, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 421-431, para reflexões críticas a seu respeito, ver Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 21-37; Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 122-139.

26 Sobre o princípio da razoabilidade, ver Mateus Bertoncini, obra citada, p. 171-173.

27 Sobre o princípio da segurança jurídica, *idem*, p. 178-180.

28 Sobre o princípio da igualdade, ver o clássico texto de Celso Antonio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1993, 48 p.

29 Sobre o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, juiz e promotor naturais, no plano de uma teoria geral do processo (de índole judicial), ver Ada Pellegrini Grinover *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990; e no plano do Direito Administrativo, sobre processo administrativo, ver Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 1998, 358p.; e Odete Medauar, *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

de validade. É o princípio da legalidade lido e aplicado em conjunto, em casamento, com o princípio da constitucionalidade (“Direitos fundamentais não mais na medida das leis, mas leis apenas na medida dos direitos fundamentais” — Ernst-Wolfgang Böckenförde).

A lei define as competências da administração pública, o tempo de mandato de seus agentes, as condições de validade do exercício do poder administrativo, seus controles, as faculdades e poderes dos cidadãos, sobre os quais incidem os poderes da administração. Enfim, a relação entre a liberdade e a autoridade, entre o indivíduo e a administração, entre a autonomia do cidadão e o círculo de atividades administrativo-públicas deve ser regulada pela lei, e a ela deve submeter-se, sob pena de aplicação das sanções correspondentes encontráveis na ordem jurídica.³⁰

O Princípio da Razoabilidade³¹, implícito no art. 5º, LIV, da CR, também princípio legal constante da Lei Federal n. 9.784, de 29-1-1999 (art. 2º, parágrafo único, inciso VI), expressa, na boa síntese empreendida pela lei federal citada, a imposição de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Isso quer dizer que todas as atuações dos poderes públicos, a lei, a sentença, os atos administrativos, e mesmo os atos dos particulares, não podem ocasionar um mal maior do que o mal que objetivam combater com dada medida legislativa, judicial ou administrativa (ou particular). Isso é uma exigência decorrente do Estado Democrático de Direito. Razoabilidade rima com democracia, com democracia, com ponderação, com equilíbrio entre

30 Ana Paula de Barcellos, obra citada, p. 59-76 e 80-83, traça interessante e promissora classificação a respeito da eficácia dos princípios constitucionais, principalmente diante da violação de seus comandos.

31 Alguns tratam esse princípio como equivalente ou sinônimo do princípio da proporcionalidade, outros o diferenciam desse. Nasceu no âmbito do Direito Administrativo e hoje graça no altiplano do Direito Constitucional.

fins político-sociais e meios jurídicos válidos e legítimos para o seu alcance.³²

Atos jurídico-públicos irrazoáveis são atos inconstitucionais, ilegais, inválidos, atos suscetíveis de desconstituição por imposição dos efeitos de nulidade³³.

O **Princípio do Devido Processo Legal** (expresso no art. 5º, LIV, da CR), como matizado em sua origem norte-americana³⁴, tem uma dimensão substantiva e outra, adjetiva, ou seja, uma dimensão material e outra processual³⁵. Entre nós, de certa forma, a dimensão substantiva vem mediada por reflexões que se ocupam do princípio da razoabilidade e do princípio da proporção

32 Vejamos as colocações de Marçal Justen Filho na apresentação da obra de Paulo Armínio Tavares Buechele, *Princípio da Proporcionalidade e Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, 194p.:

33 Ver, nesse sentido, o artigo de Weida Zancaner, *Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 2, 1993, p. 205-10. Do escrito da autora extrai-se lição merecedora de transcrição literal:

“Em suma: um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outra; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão dele extraída; ou, como quer Gordillo: ‘no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación com lo que se quiere lograr [...]’.

“Podemos dizer que o princípio da razoabilidade determina a coerência do sistema e que a falta de coerência, de racionalidade, em qualquer ato administrativo gera vício de legalidade, pois o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em determinado espaço e em uma determinada época.

34 Ver Vera Scarpinella Bueno, *Devido Processo Legal e Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano*, in: Lúcia Valle Figueiredo (Coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*, São Paulo, Max Limonad, 2001, p. 13-79.

35 Ver, nesse sentido, os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre a Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no livro *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, 6. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.439.

nalidade³⁶. No Brasil a sua dimensão adjetiva granjeou maior aceitação, e é desta dimensão que agora trataremos. Nessa dimensão o *due process of law* se ocupa da garantia da legalidade do procedimento, do justo processo, do *iter* mediador do conflito entre a liberdade e autoridade no jogo de poder desenvolvido pela atividades estatais, maiormente as atividades jurídico-administrativas e judiciais.

Esse princípio consagra a garantia de posições processuais no exercício de poderes e competências pelas autoridades, nos processos perante elas provocados ou por elas deflagrados, ele exige que a imposição de qualquer ônus, encargo, sanção, ou conferimento de direito, asseguração de posições, dê-se pela mediação do processo, judicial ou administrativo (ou mesmo o parlamentar). Os caminhos do exercício do poder sobre as esferas de liberdades do indivíduo estão limitados pela exigência do devido processo legal. Sem observação dos ritos processuais não se pode conceber atuação válida dos poderes públicos, numa perspectiva garanticista ao indivíduo e não meramente formal.

O juiz, o administrador e o legislador estão vinculados aos processos que a ordem constitucional e a infraconstitucional traçaram para o exercício de suas atribuições e competências³⁷, como garantia fundamental dos indivíduos. A lei (sob pena de inconstitucionalidade formal), a sentença (invalidade por *error in procedendo*), o ato administrativo (por violação às regras e princípios atinentes ao processo administrativo), se descarrilhados das trilhas processuais pré-ordenadas pelo Direito, sujeitam-se à invalidação.

O princípio do devido processo legal, no plano do Direito Administrativo, pode ser situado perante o legislador e o administrador, com imposições diferentes, mas convergentes.

36 Sobre o princípio da proporcionalidade e sua relação com o princípio da razoabilidade, ver Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, 221p.

37 Para uma leitura adequada das relações entre "poder e processo" no âmbito do Direito Público, interessantes são as observações de Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, 1999.

Perante o administrador, ele deve assegurar o *status processualis*³⁸, a garantia de posições jurídicas em cada processo em que haja em um pólo o administrado e em outro, a administração ou o particular. Mais: qualquer imposição de ônus, de supressão de bens ou direitos, com os administrados ou com os servidores e agentes políticos, vinculados ao poder hierárquico ou ético-disciplinar, deverá ser mediada pelo processo, pelo processo e seu rito, garantido na lei pela Constituição, já que a atividade processual não pode ser arbitrária, nem desnecessariamente formalista, nem interpretada de modo a suprimir ou enfraquecer posições jurídicas das pessoas. Temos aqui os efeitos análogos do Direito Penal: *nulla poena sine processo*, especialmente sem processo válido, regular, justo e adequado às exigências de cada rito e pretensões que estes fazem operar.

Perante o legislador, podemos dizer que ao cidadão, caso falte-lhe procedimentos administrativos para o exercício de determinados direitos (e. g., falta de processo que regule o devido rito para indenizações de sinistro perante atos ou omissões de responsabilidade da administração pública na via administrativa estadual ou municipal), impõe-se um verdadeiro direito ao procedimento legal (Robert Alexy), no sentido de que o legislador tem uma obrigação de legislar, de criar as estruturas legislativas que regulem os processos administrativos aptos a concretizar, no plano legal, o que a Constituição garantiu no constitucional. Teríamos aqui um verdadeiro direito à emanção de normas sobre o procedimento administrativo, imponível diante de cada legislador omissivo em seu dever de legislar, em sua obrigação concreta de legislar para perfazer o processo legal faltante na ordem do direito. Essa falta da emanção legislativa sobre o procedimento administrativo, em tese, pode ser encarada como omissão inconstitucional, como inconstitucionalidade por omissão³⁹, o que, noutra face,

38 Para aprofundamentos sobre a categoria *status processualis*, ver a obra de Robert Alexy, *Teoría de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*, trad. Ernesto Garzon Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 454-482.

39 Nossa proposição de que o *princípio constitucional do devido processo legal* imporia tal dever, a cada esfera da federação, pode soar algo destoante, diante da idéia de que o dever concreto de legislar deve ser firmado por *norma constitucional* indi-

firmaria o direito à emanção de normas jurídicas concretizadoras do devido processo legal⁴⁰.

Com isso, quer-se apenas sublinhar que, pelo caráter fragmentário e aberto da Constituição, não basta, muitas vezes, que se assegure uma garantia e lhe garanta a auto-aplicabilidade. Muitas vezes, mesmo diante de norma auto-aplicável, para dar-se maior clareza, aplicação, segurança e conhecimento a uma garantia, faz-se necessário o seu desenvolvimento infraconstitucional mediante lei. Pensemos o que seria da cláusula do *due process*, no plano do Direito Processual Civil, se não fosse o Código de Processo Civil.

A garantia do *due process* administrativo encontra uma peculiaridade não compartilhada pelo processo civil, trabalhista ou penal: para elaborá-lo muitas autoridades federais, estaduais ou municipais, assembléias parlamentares, tribunais de contas e judiciais têm competência normativa, o que fazem mediante regimentos ou leis. Assim, a estrutura mínima sempre será dada pela Constituição, mas o desenvolvimento, o asseguramento potente e eficaz, deverá ser elaborado pelo legislador ou ente constitucional com competência normativa⁴¹.

vidualizada (*regra constitucional*), para poder gerar inconstitucionalidade por omissão (cf. Clémerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 220). Todavia, devemos lembrar que os princípios podem assumir a posição de regras (Robert Alexy), e, por outro lado, a hermenêutica constitucional demanda interação entre norma e realidade (Friderich Müller).

40 Para aprofundar a idéia de “direito à emanção de normas jurídicas”, ver o texto de José Joaquim Gomes Canotilho, *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos — O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra Omissões Normativas in: — Sávio de Figueiredo Teixeira (Coord.), As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 351-367.

41 Aliás, e apenas como exemplo, o mandado de injunção, às vezes de eficácia tão criticada pela interpretação inicial que lhe deu o STF, embora auto-aplicável, com imposição do rito do mandado de segurança por força do artigo 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90, seria mais potente e hábil à sua missão constitucional se houvesse uma lei própria, regulando-lhe todos os efeitos e tramas processuais, como desfrutaram as demais ações constitucionais. Atenta-se para o fato de que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade são as únicas ações constitucionais típicas que carecem de desenvolvimento processual via lei ordinária.

O **Princípio da Segurança Jurídica** (art. 5º, *caput*, e seu inciso XXXVI, da CR) impõe que as relações jurídicas, as posições de direito delas decorrentes, se já validamente consolidadas, se fruto de coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido, não sejam tocadas, bulidas no sentido de revogá-las ou modificar-lhe os efeitos já consolidados. Reclama também que sejam bem respeitados os institutos da decadência e da prescrição, especialmente no que toca ao direito de punir, de investigar, de aplicar sanções por parte das autoridades.

O **Princípio da Igualdade** (art. 5º, *caput*, e seu inciso I, da CR) impõe que os poderes públicos, na edição de leis gerais e abstratas, na edição de sentenças ou atos administrativos, tratem a todos com igualdade, na medida de suas forças econômicas, culturais e sociais. Proíbe privilégios, afasta discriminações irrazoáveis e impõe tratamento isonômico para (tentar, tender) igualar os desiguais, especialmente em políticas públicas de caráter social (saúde, educação, lazer, etc.). Esse princípio reclama, para sua compreensão, a idéia de que existem equiparações requeridas pela ordem jurídica, discriminações autorizadas e discriminações vedadas⁴².

Os **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa** (art. 5º, inciso LV, da CR) têm, cada um, o seu conteúdo jurídico⁴³. Como princípios que consagram garantias processuais, posições processuais, poderiam ser lidos conjuntamente com o princípio do devido processo legal. Todavia, a atual Constituição disciplinou-os em dispositivos separados, e separados eles têm sido tratados pelos nossos doutrinadores, com o que concordamos.

42 Para o aprofundamento dessas idéias, nada melhor que o texto de Celso Antonio Bandeira de Mello, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. Obra citada.

43 Para se ter uma idéia mais precisa a respeito desse distintos conteúdos, ver os textos de Ada Pellegrini Grinover, intitulados *Defesa, Contraditório, Igualdade e Par Condicio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória* (p. 1-16) e *O Conteúdo da Garantia do Contraditório* (p. 17-44), editados em seu livro *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

Aqui apenas sublinharemos alguns aspectos da ampla defesa no campo do Direito Administrativo⁴⁴. A defesa consiste em adução de argumentos e produção de provas, bem como o acompanhamento das produzidas (e o conhecimento prévio delas) pela parte contrária ou pela Administração Pública. Pode ser escrita ou oral, pode ser pelo próprio interessado, ou pelo representante legal regularmente constituído. Deve ser prévia a qualquer ato de decisão, deve ser hábil e forte a ponto de poder influir a uma decisão favorável do postulante ou do defendente.

Especialmente em processos administrativos disciplinares, não poucas vezes, servidores são processados sem a presença de advogados, ao argumento de que o processo administrativo deve ser informal, não se precisando impor tal exigência ao servidor. Esquecem-se ou não sabem aqueles que defendem essa posição, principalmente naqueles processos em que se cogita da pena capital (a demissão do serviço público), que, muitas vezes, tanto a comissão processante quanto o processado carecem de conhecimentos técnicos, e o processado, por ignorância ou má-fé, acaba, não raro, tendo suas garantias solapadas, chegando a resultados ilegais e irrazoáveis, porque faltou técnico jurídico no procedimento, em atuação de defesa para a parte processada.

Para que pudéssemos evitar as conseqüências nefastas desta indiferente posição (in)jurídica, seria de bom alvitre que as leis de processo administrativo impusessem à administração pública o dever de garantir ao administrado razoável defesa técnica. Seria de bom tom também que os Tribunais e Juízos monocráticos, que conhecerem insurgências contra processos administrativos, reconheçam a delicadeza de uma demissão, de uma pena capital, aplicada em processos em que não se ensejou ao processado defesa técnica atuante e eficaz. A Administração Pública ganharia com isso, o administrado, sem dúvida, o Judiciário e toda a sociedade. O emprego público legitimamente conquis-

44 Ver o texto Agustín A. Gordillo, *La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo*, Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, out./dez. 1969, ano II, p. 16-24; também Romeu Felipe Bacelar, obra citada, p. 263-286.

tado não pode ser defenestrado sem que uma defesa eficaz se realize antes de qualquer decisão da autoridade⁴⁵.

O contraditório, o princípio constitucional do contraditório⁴⁶, impõe que as acusações sejam pormenorizadas, que o tempo para defesa seja razoável e integral, exige comunicações prévias à prática dos atos processuais, reclama o debate franco e oportuno sobre todos os pontos da causa, determina que a decisão final do processo atente para todas as provas e argumentos apresentados pelas partes, o que se revelará em uma motivação honesta, integral, imparcial, eficiente, técnica e razoável.

O contraditório postula o tratamento igualitário no processo, *a par condicio*, nesse caso, prioriza que a presidência do processo atente para eventual hipossuficiência de defesa de uma das partes. Isso ocorrendo, exige-se intervenção processual tendencialmente igualizadora. Mais: exige comunicação pessoal e presencial dos atos intimatórios aos interessados, não bastando, principalmente em processo de índole sancionatória, a mera publicação editalícia da comunicação (aqui vai o seu vínculo com o princípio da publicidade, a publicidade para a parte, não aquela direcionada a todos indistinta e indiferentemente⁴⁷).

Esse detalhe pode parecer pouco relevante, se desatendermos a algumas questões práticas: resultados de concursos públicos e chamamento para a posse publicados uma única vez, em jornais de pouca circulação, ou de grande circulação mas em parte

45 Nesse sentido ver a lição de Lúcia Valle Figueiredo: "Se a parte 'acusada' da prática de infração administrativa ou disciplinar não se defender por advogado, deverá lhe ser nomeado defensor. Ainda, se defesa não houver, quer por revelia, quer porque entenda a parte de não se defender, a nomeação de defensor dativo é absolutamente necessária, do mesmo modo que no processo penal (art. 261 do Código de Processo Penal), sob pena de nulidade. Mesmo que se trate de sindicância, e não de inquérito administrativo, é imprescindível a nomeação de defensor, se dela resultar diretamente sanção [...]" cf. seu *Procedimento e Processo Administrativo*, in: *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 395.

46 Ver, sobre o princípio do contraditório no processo disciplinar, as aprofundadas lições de Romeu Felipe Bacellar, obra citada, p. 199-261.

47 Ver as observações de Carlos Ari Sundfeld em seu *Princípio da Publicidade Administrativa – Direito de Certidão, Vista e Intimação*, Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 82, abr./jun. 1987, ano XX, p. 52-64, especificamente p. 60-63.

do periódico de pouca atenção do público interessado, ou em tamanho editorial que não chame a devida atenção, para o fim de frustrar a ordem de preferência dos classificados, ou mesmo fazer com que percam o direito de assumir o cargo, no intuito de ajudar algum “afilhado” do poder; processos administrativos de julgamento de contas, nos quais os atos decisórios são publicados no diário oficial apenas com o número dos autos e o nome do interessado, sem remissão a eventual advogado⁴⁸, ou comunicação processual pessoal somente ao interessado e não aos seus representantes.

Os Princípios do Juiz e do Promotor Naturais (ambos com sede no art. 5º, LIII, da CR) antes admitidos apenas no processo penal, hoje são aceitos no processo civil e devem ser bem aceitos no processo administrativo.

O princípio do juiz natural exige que *juízo prévio, anterior ao fato, criado e competenciado por lei*, processe o caso e julgue-o de acordo com critérios racionais estabelecidos pela ordem do direito. Dele se exige imparcialidade, equidistância dos interesses em controvérsia. Esse princípio proscreve a nomeação de juízos *ex post factum*, ou melhor, a nomeação de juízes, órgãos ou instâncias *especialmente para julgar determinado caso*, no intuito de impedir privilégios abusivos ou perseguições arbitrárias.⁴⁹

Nos quadrantes do Direito Administrativo isso deve significar que somente as autoridades constituídas segundo a lei (e muitas vezes — e melhor — pela própria lei) poderão conhecer de questões jurídico-administrativas e solvê-las. Os administrados têm o direito de conhecer, previamente aos fatos, caso algum dia incorram em faltas ou demandem proteção a direitos, quem, em tese, irá julgar suas demandas administrativas. Não se exige o conhecimento da pessoa física ou de seu nome, mas do cargo, da atribuição, da competência, do tipo de agente que terá a incumbência de conhecer e julgar a questão jusadministrativa.

E esta autoridade “prévia” estará definida em lei, regimento, estatuto, contrato, ou outra fonte normativa hábil, e deverá estar

48 Isso testemunhamos muitas vezes no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

49 Sobre o princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar, ver Romeu Felipe Bacellar, obra citada, p. 287-342.

garantida contra manobras arbitrárias para a seleção “do melhor” juiz para o caso. Além disso, deverá a administração, por meio da publicidade, fornecer prova pública da investidura prévia do agente (ou agentes — pessoas físicas, nomes concretos) em sua função julgadora. Depois, deverá haver a garantia mínima de que os juízes administrativos possam ter imparcialidade, ainda que em tese: exigência de estabilidade dos servidores para integrar a comissão processante ou inamovibilidade quebrável apenas por decisão colegiada de elevado *quorum*.

Numa metáfora talvez imperfeita, podemos dizer que a outra face do juiz natural é a garantia, o princípio constitucional do promotor natural, do acusador natural, do deflagrador processual prévio e conhecido de antemão, especialmente em processos administrativos nos quais se exige a ação, a atitude de determinadas autoridades administrativas (e não de outras, ou de outros que não estejam investidos de autoridade legal). Tanto quanto um julgamento imparcial, exige-se uma acusação imparcial, uma movimentação acusatória comprometida com interesse legítimos, próprios ao Estado Democrático de Direito. Exigir julgamento imparcial e deixar a acusação ao Deus dará, sem respeito às formas jurídicas é acreditar que a irracionalidade ganhará racionalidade, que a ilegalidade terminará bem, dentro da legalidade, pela idéia singela que a simples existência de juiz imparcial será o suficiente para banir o arbitrário e breçar as injustiças.

Pensamentos com esse matiz são claudicantes e avessos aos postulados da República e do Estado Democrático de Direito. O processo não será apenas doloroso e injusto, oneroso e causticante se lhe sobrevier decisão injusta e parcial; ele também será ruim se for processado por perseguição arbitrária, sem fundamento, com desgastes emocionais e morais para as partes, com gastos para as partes e para a administração, que poderia ter usado servidores para outra função que não a de processar feito sem valia jurídica, já que sua deflagração deu-se por acusador parcial, perseguidor e arbitrário.

Não poucas vezes, no plano da administração ou do judiciário, impugna-se o processo que foi iniciado por pessoa incompetente ou arbitrária, todavia, pela imprópria sobreposição do princí-

pio do informalismo processual, da instrumentalidade das formas, e do aproveitamento dos atos jurídicos, afasta-se a tese sob o argumento de que prejuízo não houve, já que a decisão final foi justa e resolveu o caso de modo favorável ou razoável. Isso é muito ruim, pois de um lado desobriga os acusadores de agir de modo responsável e legal, e, de outro, coloca as partes como reféns de caprichos, que apenas serão contidos se o juiz for de “índole” diferente da do acusador. Por outro lado, quem persegue não apenas “oferece” acusação, faz de tudo para vê-la provada até mesmo contra a lei e os princípios mais comezinhos (a vontade de poder por vezes, incompatibiliza-se com a vontade de constituição — [Konrad Hesse]).

Além disso, em matéria de Administração Pública, que é matéria na maioria das vezes imersa no universo político, na cena política, o processo em andamento é mais perverso, é mais importante, é mais “eficaz” e assombroso que a decisão final, que, muitas vezes, previamente sabe-se que após apurados os fatos, não terá outro caminho senão o de não onerar ou de absolver o acusado.

Esses princípios constitucionais gerais, entre outros, são exemplos de como a complexa trama de princípios constitucionais age no núcleo de convergência principiológica jusadministrativa. Eles guardam *origem*, desdobramento dos princípios republicano e do estado democrático de direito. Vejamos agora alguns princípios setoriais, para os quais esses princípios gerais dão *alguma origem* e desenvolvimento.

c) Princípios constitucionais setoriais

A doutrina brasileira tem apontado como princípios constitucionais setoriais da administração pública especialmente aqueles assentados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República (legalidade⁵⁰, impessoalidade, moralidade, publicidade⁵¹, eficiên-

50 Sobre o princípio da legalidade, ver o texto de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Regulamento e Princípio da Legalidade*, Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 96, out./dez. 1990, ano 24, p. 42-50.

51 Sobre os princípios constitucionais da legalidade (juridicidade), moralidade, publicidade e impessoalidade, ver o já citado livro de Carmem Lúcia Antunes Rocha, p. 69-249.

cia⁵²). Além desses, os estudiosos enumeram, entre outros, o princípio da motivação dos atos administrativos⁵³ (princípio implícito), e o princípio da legitimidade da despesa pública⁵⁴ e da economicidade⁵⁵, que também podem integrar o rol de princípios constitucionais setoriais da administração pública brasileira, embora a posição topográfica os situe “longe” do capítulo da “Administração Pública”, colocando-os no capítulo da “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”.

Esses princípios endereçam-se a todos os ramos da administração pública federal, estadual e municipal, servindo de parâmetro de validade para atos administrativos, suprimento de lacunas para decisões administrativas e padrão hermenêutico para solução de problemas jusadministrativos. Assim, tanto na via dos procedimentos de controle internos à administração, como nas vias de controle externo, especialmente a judicial, eles devem ser levados obrigatoriamente em conta.

O que não podemos esquecer é que além dessas autoridades, os legisladores administrativos federal, estadual e municipal também estão vinculados à força normativa desses princípios. Se houver lei ou qualquer outro ato normativo geral e abstrato que contrarie as diretivas desses princípios (regimentos parlamentares ou tribunais, etc.), eles sucumbirão em face da juridicidade principiológica jusadministrativa.

O Princípio da Legalidade Administrativa é densificado não só pelo artigo 37, *caput*, mas também pelos artigos 5º, II, e 84, IV, da Constituição Federal. É consabido que no plano administrativo ele significa: todo ato do poder público que contraste com a lei

52 Sobre o princípio da eficiência, ver o texto de Joel de Menezes Niebhur, *Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa*. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, Univali, ano VI, n. 11, out./2000, p. 89-99.

53 Sobre o princípio da motivação, ver Fábio Medina Osório, *O Princípio Constitucional da Motivação dos Atos Administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e Magistratura por Merecimento nas respectivas carreiras*, Revista dos Tribunais, ano 89, v. 774, abr. 2000, p. 11-63 e Ney José de Freitas, *Dispensa de Empregado Público e Princípio da Motivação*, Curitiba, Juruá, 2002, 177p.

54 Sobre o princípio da legitimidade, ver Bertoncini, ob. cit., p. 250.

55 Sobre o princípio da economicidade, *idem*, p. 249-250.

é inválido⁵⁶; todo ato do poder público que tenha sido praticado sem autorização da lei é inválido⁵⁷; se uma lei conceder poder administrativo sem limitá-lo, consubstanciando verdadeira cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório do poder de legislar, ou seja, se, por via transversa, oportuniza delegação indevida ao administrador, fazendo com que este defina por ato administrativo o que só legislador poderia fazê-lo por ato legislativo, a lei será inconstitucional⁵⁸.

O Princípio da Impessoalidade (art. 37, *caput*, da CR), desdobra, no plano administrativo, o princípio constitucional geral da igualdade. Por ele se proscree, se proíbe, como dito e redito,

56 Cf. Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 91.

57 *Ibidem*.

58 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, em seu texto *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*, Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 1993, p. 262-263. Suas observações merecem transcrição:

“Os postulados do Estado de Direito, da Democracia (art. 1º) e o princípio da reserva legal (Cf. art. 5º, II) impõem que as decisões normativas fundamentais sejam tomadas pelo legislador.

“Assinale-se, a propósito, que a utilização de fórmulas legais exageradamente genéricas e a outorga de competência para sua concretização a órgãos administrativos, mediante expedição de atos regulamentares (regulamentos, instruções, portarias), podem configurar ofensa ao princípio estrito da legalidade, caracterizando, ademais, ilegítima delegação legislativa.

“A doutrina assinala, majoritariamente, que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição [...].

“É verdade que a identificação de uma delegação legislativa indevida, em virtude da adoção de cláusula de conteúdo abdicatório ou demissório, há de ser feita em cada caso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fornece, todavia, elementos para que se estabeleça uma orientação mais ou menos segura sobre o assunto.

“Embora considerasse nulas as autorizações legislativas incondicionadas ou de caráter demissório, a doutrina dominante sempre entendeu legítimas as autorizações fundadas no enunciado da lei formal, desde que do ato legislativo constassem os *standards*, isto é, ‘os princípios jurídicos inerentes à espécie legislativa’. Esforçando-se por sistematizar esse entendimento, afirma Carlos Maximiliano que seriam inconstitucionais as leis cujo conteúdo se cingisse ao seguinte enunciado: ‘O Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas’.

“Aceitam-se, porém, como legítimas fórmulas que enunciem, *v. g.*:

‘Fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) [...]’.

privilégios, perseguições, atuações pessoais para privilegiar ou discriminar ilegalmente.

Nas palavras de Mateus Bertoncini, esse princípio evidencia que:

“A Administração Pública, independentemente do agente público que desempenha determinada função, deve dispensar aos administrados tratamento imparcial, devendo o servidor despir-se de humores e sentimentos que possam interferir no bom desempenho da atividade funcional, pois na relação jurídica que se firma entre a entidade pública e o administrado-cidadão não deve interferir o eventual interesse político ou pessoal do agente público em beneficiar ou prejudicar determinado administrado. O mesmo deve conduzir-se profissionalmente, cumprindo as normas que informam a atividade administrativa, dispensando tratamento imparcial aos cidadãos-administrados. Ele — agente público — é a Administração Pública, que não tem seu rosto e seus sentimentos. A ela — Administração — cabe agir com isonomia relativamente aos administrados.”⁵⁹

O **Princípio da Moralidade Administrativa** (art. 37, *caput*, da CR) consagra a adoção de critérios substanciais, materiais, para análise do comportamento ético (e institucional) dos agentes públicos e dos atos administrativos que esses praticaram, dizendo atender interesses da administração pública.

Para termos idéia mais aproximada desse princípio, atentemos para a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submete o administrador público.

“Considerando que o princípio da moralidade administrativa aperfeiçoa, assim, a virtude do comportamento da Administração Pública e, ainda, que esta virtuosidade é apreciada em sua adequação aos fins postos e cujo atingimento se busca pela pessoa pública, verifica-se que ele não seria plenamente observado se os

59 Cf. obra citada, p. 103.

meios de que se devem valer os agentes competentes não fossem objeto de exame e avaliação em sua consonância com as necessidades para realização daqueles objetivos.

“O acatamento do princípio da moralidade pública dá-se pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado Administrador, entendendo-se tal virtuosidade como a conduta conforme à natureza do cargo por ele desenvolvida, dos fins buscados e consentâneos ao Direito, e dos meios utilizados para o atingimento destes fins.

“Por isso [...] a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isso, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra ao reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na idéia de Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito legítimo.

“E é exatamente nesta perspectiva mais alargada e aprofundada da moralidade administrativa, como princípio jurídico dotado de substância de Justiça e não apenas de forma de Direito, que importa, para saber-se de sua observância e respeito, a virtude dos meios praticados sob o argumento ou sob o fundamento de que por eles se chegará a determinado fim público. É que desde a tomada de decisões administrativas e, inclusive, para esta tomada de decisões, a virtude do bem e garantia da honestidade devem transparecer. Na Administração Pública não pode prosperar a idéia [...] e a prática de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando seu emprego sobrevier a concretização de determinada finalidade ou a obtenção de determinada utilidade para o público [...]”.⁶⁰

O Princípio da Publicidade Administrativa (art. 37, *caput*, da CR) é essencial à configuração e estabilidade do Estado Democrático de Direito. Inclusive é instrumental à realização de outros princípios constitucionais, como os da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência. Sem a ocorrência e respeito à

60 Cf. obra citada, p. 192-193.

publicidade esses princípios não servirão adequadamente como parâmetros de valia jurídica para os atos e negócios da Administração Pública.⁶¹

O princípio da publicidade, como já dito e redito, combate o segredo, a mentira, o escuso, o reservado, aquilo que se faz para o não conhecimento do público de cidadãos, já que se está a atender interesses que não os públicos ou mesmo a agredi-los. A publicidade visa a combater a ausência de transparência nos negócios públicos, estimular a abertura dos registros e dados administrativos à fiscalização pela cidadania. Ela é condição de eficácia dos atos administrativos: ato administrativo não publicado não pode gerar efeitos.

Se nos for lícita a conclusão, podemos dizer que a publicidade tem uma dimensão coletiva e outra individual: coletiva quando impõe que sejam publicados os dados administrativos em veículos oficiais, ou que sejam franqueadas as informações pertinentes a qualquer do povo; individual quando impõe que no transcurso de processos administrativos em que figurem interessados, na qualidade de postulantes ou acusados, sejam esses intimados pessoalmente das decisões neles tomadas, para que realizem o que de direito. Nesta última perspectiva, a publicidade ladeia a ampla defesa e o contraditório. Sem a comunicação pessoal, sem a publicidade individualizada, não pode haver defesa nem contraditório eficaz.⁶²

O **Princípio da Eficiência** (art. 37, *caput*, da CR), elevado recentemente ao patamar constitucional (Emenda Constitucional n. 19, 4-7-98), é definido por José Eduardo Martins Cardozo “[...] como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração direta e indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo

61 Cf. Mateus Bertocini, ob. cit., p. 112.

62 Cf. Carlos Ari Sunfeld em seu *Princípio da Publicidade Administrativa* [...], obra citada, p. 60-63.

e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes”.⁶³

Insera-se ele no conjunto de reformas administrativas empreendidas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, e, de algum modo, reflete o anseio da sociedade por eficiência, presteza, agilidade, segurança e bom atendimento de nossos serviços públicos.

Como foi alçado em patamar constitucional, é parâmetro não só para atos administrativos, mas também para as leis e atos normativos correlatos. Assim, leis que criem entraves à eficiência, que burocratizem desmedidamente o serviço público, desatendendo à racionalidade necessária à boa consecução do serviço, poderão ser invalidadas nas vias de controle de constitucionalidade, por inconstitucionalidade material, por malferimento ao princípio constitucional da eficiência. Dessa forma, não somente os atos administrativos deverão ser moldados segundo a idéia de “eficiência administrativa”, mas também a lei deverá homenageá-la.

O Princípio da Motivação (deduzível da cláusula do Estado de Direito c/c o princípio da legalidade administrativa) é princípio constitucional implícito na ordem constitucional federal. Ele impõe que a administração demonstre suas razões ao decidir processos administrativos, ao perfazer atos administrativos. Ele é o meio pelo qual também se fiscaliza a legalidade dos atos administrativos, já que as razões, a fundamentação que exterioriza a motivação, devem explicitar os motivos de fato e de direito que embasaram a prática do ato, que fundaram a decisão administrativa.

Por ele operacionaliza-se a adequada fiscalização interna e externa da administração pública. O administrado pode aquilatar se seu pleito ou sua sanção foram decididos de modo racional e legal; as pessoas conhecem as razões que presidiram a atuação dos governantes e da administração da qual esperam eficiência, moralidade, legitimidade, economicidade, etc.; o Judiciário ou os órgãos superiores da administração informados das razões, dos

63 *Apud*, Mateus Bertoncini, obra citada, p. 124-125.

motivos legais e fáticos dos atos administrativos, poderão avaliar se foram tomados nos limites da lei e do Direito.

O princípio da motivação constitui uma das maiores exigências de racionalidade, de contenção do arbítrio, de fiscalização da administração e de garantia da legalidade dos atos administrativos no Estado Democrático de Direito. Vários princípios gerais nele se realizam como, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Na motivação do ato, que atentarà para as razões dos interessados, é que se verificarà se o contraditório foi respeitado e se a defesa foi homenageada, ou se apenas foram momentos *pro forma* para a pseudovalia do arbítrio e do descaso de autoridades.

Clélio Chiesa resume o valor desse princípio, tratando-o como exigência de fundamentação:

“A função da fundamentação é a de justificar a edição do ato administrativo fundamentado.

[...]

“A fundamentação reduz o risco da prática de arbitrariedades, pois facilita o controle interno, realizado pela própria Administração, bem como o controle externo feito pelo Poder Judiciário” (p. 16).

“Na lição de Juan Carlos Cassagne, a fundamentação consiste na exteriorização das razões que justificam e fundamentam a emissão do ato, que versam tanto sobre as circunstâncias de fato e de direito como no interesse público que se persegue com a edição do ato (finalidade).

“Assim, podemos dizer que a fundamentação deve conter a enunciação do motivo do ato, o motivo legal, a correlação lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado, além de indicar sua finalidade. Em outras palavras, é preciso que a autoridade administrativa enuncie as razões fáticas, lógicas e jurídicas pelas quais praticou o ato, mais o objetivo que pretendia alcançar com o ato. É necessário que a Administração exponha por que praticou o ato” (p. 18).⁶⁴

64 Cf. seu *O Princípio Implícito da Obrigatoriedade da Fundamentação Expressa dos Atos Administrativos*, Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e

O **Princípio da Legitimidade** está previsto no artigo 70, *caput*, da Constituição Federal. Por ele nosso Direito positivou, de forma mais peremptória, um olhar mais substancialista, material, não meramente formal por sobre os atos administrativos e sua fiscalização⁶⁵. Nele se fundamenta a necessidade de o Administrador consultar a aspiração geral, a vontade dos cidadãos, auscultar suas carências e desejos vertidos em interesse público. Atos, despesas e receitas legítimas são aqueles que atendem aos anseios populares, anseios estes, em uma federação, medidos em cada unidade federativa, em cada povo nela existente.

Entendemos que embora esse princípio pareça estar mais endereçado à práxis de fiscalização dos Tribunais de Contas e dos Parlamentos, ele pode e deve orientar o atuar do Judiciário quando este estiver desenvolvendo sua missão judicial de controle externo da administração pública. Assim, ações populares, ações civis públicas, demais ações coletivas e até mesmo, quando possível, ações individuais poderão fundar suas pretensões com base nesse princípio.

Embora situado em meio às atividades de fiscalização financeira, orçamentária e contábil tão próprias ao Tribunal de Contas e aos Parlamentos, e aos controles internos da administração pública em geral, aperfeiçoando-se por meio dos processos administrativos fiscalizatórios, nada obsta, insiste-se, que esse princípio seja paramétrico, inspirador interpretativo e supletor de lacunas no âmbito de processos judiciais de controle.

Assim, não só a legitimidade das despesas e receitas públicas poderá ser questionada nas vias do processo administrativo e do processo judicial, mas todo e qualquer ato administrativo, ainda que não relacionado diretamente à despesa e receita, desde que imponha encargos à Administração e a seus administrados, com conseqüências sobre direitos coletivos e individuais, e, desde que se enseje a hipótese, poderá ser discutido, tendo como viés o prin-

Ciência Política, São Paulo, RT, ano. 2, n. 8, jul./set. 1994, p. 11-27, e 16 e 18. No mesmo sentido Carlos Ari Sundfeld, *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*, Revista de Direito Público, São Paulo, RT, ano XVIII, n. 75, jul./set. 1985, p. 118-27.

65 Cf. Juarez Freitas, *apud* Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 250.

cípio da legitimidade. Também esse princípio é paramétrico no controle de constitucionalidade, servindo de invalidação às leis que lhe contrariem o significado.

O **Princípio da Economicidade** também logra sede expressa no artigo 70, *caput*, da CR. Por ele exige-se que o administrador público aja de modo a otimizar a ação estatal no sentido de “[...] encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou parâmetros voltados para obtenção de determinados fins administrativos”.⁶⁶

Esse princípio possui um conteúdo econômico no sentido “que os poucos recursos do Estado devem ser empregados visando aos melhores resultados econômicos ‘do ponto de vista qualitativo e quantitativo’ [...]”.⁶⁷

Esse rol de princípios constitucionais setoriais administrativos não é exaustivo. Os tratadistas do Direito Administrativo enumeram outros aqui não tematizados. Foi elaborado para que o leitor tenha, ainda que sem grandes aprofundamentos, uma dimensão da complexa trama de princípios constitucionais que dizem respeito à matéria jusadministrativa.

6. Considerações finais

Muitas outras anotações poderiam ser feitas a propósito do tema, todavia, os limites que cercaram esse trabalho não nos permitiram alargar a empreitada.

Devemos ainda considerar que os princípios constitucionais podem colidir entre si, demandando do intérprete ponderação, concordância prática, para que, em cada caso, possa prevalecer o princípio de maior importância, diante das circunstâncias fáticas e

66 Cf. Juarez Freitas, *apud* Mateus Bertoncini, ob. cit., p. 249.

67 Cf. Mateus Bertoncini, com base em Juarez Freitas, ob. cit., p. 249-250.

jurídicas apresentadas em cada situação a ser solvida pelo intérprete⁶⁸.

Outra questão digna de consideração é que o manejo dos princípios constitucionais (e dos princípios em geral) exige não apenas conhecimento do conteúdo, da significação de um princípio em si considerado, exige método, manejo de técnica, da metódica tendente a compreender a relação de um princípio com as demais normas constitucionais de maior densidade (regras) e com os princípios de maior ou menor abertura. Comumente vários princípios concorrem à solução de um único caso. Adotar unilateralmente a posição de apenas um princípio é desconhecer os fins de um sistema normativo aberto, composto por regras e princípios, destinado a realizar as tarefas e as missões do Estado Democrático de Direito neste limiar do século XXI.

Nesse sentido, muitas vezes, o preconceito, a ignorância ou mesmo a má-fé de alguns operadores desavisados, faz com que um único princípio seja absolutizado, derogando a força de outros de maior importância em face do caso, e mesmo frustrando a aplicação de regras constitucionais ou legais. Tomamos como exemplo certos excessos que se tem tomado em torno do princípio da moralidade administrativa, em ações aforadas com base na Lei n. 8.429/92 (Lei de Combate à Improbidade Administrativa). Algumas vezes, juízes, promotores, e mesmo advogados de autor e réu, têm supervalorizado somente esse princípio, fazendo com que o da segurança jurídica, o do devido processo legal, o da tipicidade, e o da motivação sejam declinados em prol de uma visão unilateral que vê como maior valor a “moralidade administrativa”, mesmo diante dos imperativos do Estado Democrático de Direito e do sistema de direitos fundamentais que o alicerça, dá-lhe vida e legitimidade.

Para evitarmos equívocos dessa natureza, faz-se necessário o conhecimento, a crítica e a prática das conquistas da teoria

68 Ver, para tanto, nosso livro, p. 243-247. Verificar instigante situação prática solvida em parecer por Eros Roberto Grau, *Despesa Pública — Conflito de Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas — O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, n. 2, 1993, p. 130-48.

contemporânea dos princípios. Lidar com o arcabouço das atividades administrativas estatais e seu núcleo principiológico exige esse dever de ciência, esse compromisso ético-profissional que se cinge a todos os operadores do direito: conhecer a ordem jurídica, especialmente sua dimensão principiológica, notadamente a dimensão principal constitucional.

Os princípios constitucionais, seu conhecimento e sua prática são condições sem as quais uma honesta, hígida, eficiente e legítima atividade administrativa não se realizará na República nem Estado Democrático de Direito que estamos a construir, dia a dia, neste País.

REGULAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS

Sérgio Roberto Baasch Luz

O artigo que propomos tem como referente um tema indubitavelmente movediço e novedoso. A *regulação*¹ constitui um tema clássico e reflexivo para a doutrina americana, embora quase que, ao menos até recentemente, estranho aos demais países ocidentais, aí incluída a nossa velha Europa². Sua vagarosa chegada tem sido compensada, sem embargo, por uma triunfal entrada, prostrando a doutrina a seus pés. Não cabia outra situação, pois essa importação obriga necessariamente a nossa doutrina a apressar o passo, com o objetivo de consolidar a base doutrinária de que toda questão jurídica precisa.

-
- 1 Ariño Ortiz; y De La Cuétara Martínez: *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*, en *Cuadernos de Derecho Público* 9, enero-abril del 2000, p. 11. Uma definição diferente nos oferece T. Prosser, segundo o qual se deve entender como tal o ato de controlar, dirigir ou governar de acordo com uma regra, princípio ou sistema. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
 - 2 Assinala neste sentido J.J. Montero Pascual que na Europa continental não se pode falar nem de “desregulação”, “re-regulação”, nem de “neo-regulação”, dado que nela nunca foi realizada a prestação dos serviços de interesse geral através da regulação, senão mediante monopólios que eram ao mesmo tempo reguladores e gestores, porque os problemas se solucionavam através de decisões internas e raramente através de normas jurídicas, devendo, por isso, falar-se de simples regulação. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*. p. 1.220-1.221.

Por tudo isso, parece conveniente, como questão preambular, voltar vista à história, desde a premissa de que, quando as novas construções se realizam sem uma metódica reflexão sobre aquelas que vem a substituir, sempre se contradizem ou erram.

Pode-se afirmar a existência de um conceito tradicional de serviço público, que se aglutinava em torno dos seguintes pontos:

1) gestão direta da *administração*, ou indireta, embora sujeita à regulação dos poderes públicos;

2) titularidade administrativa da atividade em todo caso. É uma atividade de que a administração é domínio, mesmo que possa ceder sua gestão aos sujeitos privados;

3) tendência à gestão monopolística.

Em definitivo, um modelo que se baseia na exclusão das* regras que regem o mercado. A provisão dos serviços essenciais é, por assim dizer, algo que está para além dos interesses privados, algo que faz parte do domínio do interesse público, justificando, assim, que se excluam as motivações egoístas que regem o funcionamento das empresas privadas e se submeta a uma gestão desinteressada, como o é a pública.

Partindo desses pressupostos, não é de se estranhar a evolução para um novo modelo, que trata de recuperar as virtudes do mercado, sanando, desse modo, as escleroses provocadas pelo abuso na utilização do público, nem tampouco o é que essa inten-

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Mestre e Doutorando pelo Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas — CPCJ — Univali (SC); Professor do Curso de Direito

troca fosse fortemente contestada numa perspectiva social.

Surge, por isso, um movimento de defesa dessa noção, que se encontra fortemente enraizada nos valores sociais e democráticos, e que se pretende acoçada por uma ofensiva neoliberal, que responde aos interesses dos grandes conglomerados econômicos. Esses paradigmas do serviço público aparecem especial-

mente entre os juristas franceses³, cujo apego a essa figura, de que são em boa parte criadores, é incontestável.

Antes de aceitar essa corrente crítica, impõe-se uma análise mais pausada, pois existem importantes razões que propunham a troca.

Em primeiro lugar, essas trocas respondem à aparição de novas condicionantes não existentes no momento da formulação da teoria tradicional.

O certo é que atualmente os serviços públicos requerem um âmbito mais amplo de gestão que não lhe pode oferecer um sistema que fraciona o mercado europeu, e porque não dizer os demais países ocidentais, em uma série de monopólios nacionais, gerenciados por empresas carentes de dimensão, abrangência e competitividade necessárias para poder enfrentar, em condições de igualdade, os grandes competidores americanos e japoneses.

Para conseguir esses objetivos, parece necessário, sem embargo, instaurar um sistema competitivo⁴. Nota-se que a criação de um mercado no âmbito europeu e sul-americano supõe enfrentar sujeitos de diferentes naturezas, pois o setor público dos diferentes Estados europeus e sul-americanos varia notavelmente de uns para outros. Assim, pode ocorrer que em um país uma atividade seja desenvolvida por empresas públicas ou privadas, beneficiadas por um regime de direito público, e em outro pode ocorrer que essas empresas atuem sujeitas às regras de mercado. Obviamente, não pode haver mercado onde não há igualdade⁵.

3 RAPP, L. *La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universel*, em *Revue du Marché Commun et L'Union Européenne* 389, junho-julho de 1995. p. 353.

4 Assinala Prosser que, se em matéria de regulação de monopólios e regulação para a competência existe um amplo corpo doutrinário, este é deficitário no âmbito da regulação social. Campo este que conta com uma importante base científica no modelo tradicional de serviço público. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.

5 "El concepto de equidad no es meramente descriptivo, sino que se define y concreta desde una postura eminentemente normativa. Suele estar unido a algún outro criterio de medición de las necesidades o al logro de la igualdad de oportunidades. Según la teoría ortodoxa neoclásica, la equidad se alcanza cuando existe una igualdad entre el ingreso de un individuo y el valor de su contribución productiva a la sociedad" em GALDUF, Josep María Jordán; MARURI, Isidoro Antuñano.

Disso decorre que desde o tratado Maastrich (Bruxelas) objetiva-se que todas essas empresas se sujeitem a um mesmo regime (princípio de igualdade de trato), o que exige, em última instância, submeter essas empresas ao jogo da lógica imposta pelo mercado.

Em segundo lugar, há algum tempo o sistema tradicional sofre um certo declive, que permite perceber nele algumas deficiências. Durante muitos anos o controle da eficácia da gestão pública foi visto subordinado às finalidades sociais a que era dirigida, amparando-se na idéia de que ditos objetivos não podem ser objeto de valoração econômica. Nos últimos tempos, se há perfurado uma série de críticas à sua capacidade para cumprir suas funções.

Assim, em primeiro lugar, questiona-se sua verdadeira vinculação aos fins que a justificam. Não cabe dizer que as empresas privadas buscam um fim lucrativo, enquanto que o empresário público desenvolve uma atividade desinteressada em defesa do interesse geral. A realidade mostra que a Administração está integrada por um conjunto de pessoas físicas, que possuem seus próprios interesses, e condicionam sua atuação. Desse modo, pode-se dizer que o empresário busca somente o lucro, mas também que o político e os burocratas buscam apenas votos e poder.

Em segundo lugar, destaca-se a falta de incentivos do setor público para ser eficaz, pois quem está à frente da empresa pública dirige um negócio que, em tese, não quebra, inflado por uma fonte inesgotável de recursos públicos e que cederia à tentação de sacrificar a competitividade da empresa em busca de uma maior comodidade.

Nos últimos anos, a influência desses elementos tem abaixado o impulso e a direção das instituições comunitárias (nesse ponto a influência do ordenamento europeu tem sido enorme), a um processo de não muito clara qualificação (o termo mais usado tem sido de liberação, embora seja utilizado também outros como

Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 221.

o de privatização ou desregulação⁶), que tem trazido consigo uma polêmica de dimensões consideráveis, pois tem suscitado, ao mesmo tempo, ardorosas e vivazes críticas, de tal modo que alguns julgaram o citado processo como um atentado à ideologia do Estado Social e ao princípio democrático, que fazia o Serviço Público cair rendido, em uma visão puramente capitalista, que viria a fazer ressurgir os valores da sociedade liberal, sacrificando, desse modo, uma instituição que fazia do serviço, ao interesse público, um sacerdócio, máxima expressão de uma visão que dá preferência à rentabilidade econômica e ao grande capital.

O passar de tempo tem atenuado muitas asperezas e rejeitado as críticas e posições mais radicais. Poderia falar-se, inclusive, sem fazer uso de eufemismo, de que se tem obtido uma certa base de acordo. Fala-se, agora, bem melhor, reduzindo-se o campo de batalha, de mera transformação dos meios, em que se mantêm plenamente vigentes os fins tradicionais, cuja explicação não há de ser buscada em nenhuma base ideológica, senão em simples motivos tecnológicos, sociais e econômicos que têm sido acentuados pelas necessidades derivadas desses fenômenos, crucial sem dúvida alguma para entender as mudanças do Estado e dos ordenamentos jurídicos na Europa e na América, que são as integrações comunitárias. Seria, dessa maneira, uma tentativa de solucionar as deficiências de uma doutrina e de uma instituição que se tornou obsoleta, e que precisa de uma profunda reforma para que se atualize, adaptando-se aos novos tempos.

Não é estranho, como dizíamos, que uma troca desse calibre tenha tido uma forte oposição. O serviço público, e em grande medida a gestão pública, tem alcançado na sociedade européia um caráter “mítico”⁷. São percebidos pelos cidadãos como os ins-

6 WOLF, Charles Jr. Mercados o gobiernos. Eligir entre alternativas imperfectas. IEF. Madri, 1995. p. 37-38. Wenders, J. Public Utility. p. 86. BERNALDO DE QUIRÓS, L. Liberalización, desregulación y mercado, em Derecho administrativo económico. p. 234. LANE, Jan-Erik. The public sector. Sage, 2000. p. 124.

7 Nesta mesma perspectiva parece se situar Torno Mas, que considera que a “justificación de un servicio público televisivo, esto es, de una actividad prestacional de contenido económico, que se coloca fuera de las reglas propias del mercado, sólo podrá ampararse en la identificación de uns actividades prestacionales que el mer-

trumentos de um Estado ao serviço da igualdade e da justiça (pode-se dizer que a ideologia do Serviço Público está estreitamente vinculada às origens do Estado Social). Não se pode negar as vantagens que têm trazido ao mundo moderno um sistema sanitário público, a educação pública e as redes de transporte. Em definitivo, a cidadania teme ante a possibilidade de que o Estado deixe de assegurar a correta prestação daquilo de que mais necessita: os Serviços Públicos.

Esses temores não são infundados, não são uma mera submissão supersticiosa ao público, pois é certo que um sistema privado de provisão de serviços públicos gera algumas deficiências que demandam uma intervenção pública que as corrija⁸. Assim, é duvidoso que, se se deixar ao mercado a competência de ditas prestações, estas sejam prestadas com caráter universal, pois o normal é que os operadores situem-se nas partes rentáveis do mercado, olvidando-se das não-rentáveis. Também é duvidoso que o empresário tivesse em conta as necessidades de todos os usuários, prestando um serviço de qualidade adequada a um preço acessível a todos. Provavelmente regeria o serviço a prestar e o preço deste de forma que poderia incrementar ao máximo seus benefícios.

Partindo dessa conjuntura pode-se deduzir que o novo serviço público encontra-se em uma encruzilhada que lhe exige conciliar dois pólos opostos:

1) Procurar instaurar um sistema mais eficaz e competitivo, que permita, ademais, a criação de um autêntico mercado comunitário, em que empresários públicos e privados venham a competir em condições de igualdade.

cado no puede garantizar en condiciones de igualdad, continuidad y mutabilidad". *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.

- 8 A idéia de que o processo de liberalização não tem um caráter ideológico parece atualmente sedimentada na doutrina. EHLERMANN, C. D. *Libérialisation et privatisation*, em *Revue du Marché Unique Européen* 1994-3. p. 6-7. LAGULA DE PAZ, J. C. *Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario*, em revista Española de Derecho Administrativo 88, octubre-diciembre de 1995, p. 493. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em *Revista de Administración Pública* 150, septiembre-diciembre de 1999. p. 65-66.

2) Manter o alto grau de proteção social que tem oferecido nosso sistema tradicional, e inclusive melhorá-lo.

A satisfação desses objetivos demanda um sistema que permite manter a consecução de finalidades tradicionais do Serviço Público em um contexto liberalizado⁹, o que supõe deixar de lado o nosso sistema tradicional de gestão pública para passar a um método estranho à nossa tradição jurídica, baseado na *regulação* da empresa privada.

Em linhas muito gerais, esse sistema caracterizar-se-ia por satisfazer as necessidades do serviço público mediante a regulação das empresas que desenvolvem a atividade de que se trata, normalmente por meio de uma agência reguladora, que tenha características de uma Administração independente.

Em um modelo desse tipo é preciso abandonar a prestação dos serviços públicos a sujeitos, bens públicos ou privados, que atuam em busca de um interesse comercial segundo as leis do mercado. Porém, de tal modo que, quando esses, ao satisfazer seus interesses privados, desatendem o interesse público, impõe-se-lhes forçosamente seu cumprimento. São as obrigações do serviço público, dentre as quais se destacam especialmente as que integram o chamado serviço universal, isto é, a prestação de um serviço de qualidade adequada e a preços razoáveis em condições de igualdade e sem discriminação a todos os usuários.

Desse modo, trata-se de articular a prestação dos serviços essenciais mediante o recurso à competência, alcançando a consideração do serviço público tão-somente a determinadas prestações, aquelas que o jogo concorrencial do mercado não satisfaz de forma idônea, e perdendo os poderes públicos o papel de prestador de serviço para assumir a posição de *regulador*.

BIBLIOGRAFIA

EHLERMANN, C. D. *Libéralisation et privatisation*, em Revue du Marché Unique Européen, 1994-3.

⁹ *Op. cit.*, nota n. 3.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sendin. *Regulación y servicios públicos*, v. 5. Granada: Editorial Comares, 2003. 188 p.
- GALDUF, Josep María Jordán; MARURI, Isidoro Antuñano. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- LANE, Jan-Erik. *The public sector*. Sage. 3. ed. 2000.
- LAGULA DE PAZ, J. C. *Liberalización y neoregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario*, em revista Española de Derecho Administrativo 88, 1995.
- MAS, Torno. *Las autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.
- ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*. Cuadernos de Derecho Público, v. 9. 2000.
- PASCUAL, Juan José Montero. *Titularidad privada de los servicios de interés económico general*, em *Derecho de las telecomunicaciones*.
- PROSSER, Tony. *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- QUIRÓS, Bernaldo de. L. *Liberalización, desregulación y mercado*, em *Derecho administrativo económico*.
- RAPP, L. *La politique de liberalisation des services en Europe, entre service public et service universel*, em *Revue du Marché Commun et L'Union Européenne* 389, 1995.
- WOLF, Charles Jr. *Mercados o gobiernos. Eligir entre alternativas imperfectas*. IEF. Madri, 1995.

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Volnei Carlin*

Sumário: I — Aspectos gerais; II — A ação do Ministério Público no processo civil como instrumento de pacificação social; III — Ministério Público: novas formas e perspectivas de atuar; IV — Ministério Público: mutações e especialização; V — Debilidades e virtudes do Direito jurisprudencial; VI — Considerações finais.

I — Aspectos Gerais

Os últimos anos assinalaram sensível evolução no sistema processual civil. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985 (ACP), foi marcada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do Direito positivo, destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva e a defender interesses transindividuais ou, ainda, com mais amplitude, uma ordem jurídica justa.

* *Professor universitário, Doutor em Direito pela Université des Sciences Sociales de Toulouse I, França. Desembargador do TJSC.*

Constituem indicativos dessa destacada fase as diversas leis que regulamentaram a ACP (Lei n. 7.345/85), seguidas de outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), de crianças e adolescentes (Lei n. 8.069/90), de consumidores (Lei n. 8.078/90) e da improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92).

Marco significativo dessa primeira etapa foi a CRFB de 1988. Com ela houve ampliação dos interesses de amparo próprio da ordem jurídica. Daí se vê, pois, que a estrutura originária do CPC de 1973, moldada para atender conflitos interindividuais, já não espelha a realidade do processo civil. Observa-se que, à medida que se passa nesse ciclo evolutivo, menos se acentua a vinculação do processo a pessoas e mais se enfatiza a solução dos litígios em sua extensão coletiva, pondo em xeque conceitos e institutos processuais clássicos, como a coisa julgada, a competência e a jurisdição, que exigem um forte trabalho hermenêutico criativo para adaptá-los à nova realidade.

Nasce, a partir de 1994, uma segunda onda de reformas, cujo objetivo maior era o de aperfeiçoar os mecanismos criados em nome da efetividade do processo, como a Lei n. 8.952/94, que universalizou o instituto da antecipação da tutela, atingindo a essência do sistema, os rumos ideológicos do processo e a luta pela segurança jurídica.

Em realidade, como se vê, os tempos atuais, por isso mesmo, exigem de quem faz do processo o seu ofício diário um exercício de sensibilidade e de criatividade, para consagrar as suas inovadoras dimensões. Por certo, percalços surgirão, notadamente nascidos de mentalidades inseguras e de uma jurisprudência mecânica, para a fixação de um revolucionário modelo processual. Tais temas, sem dúvida, causam inquietações culturais e reflexões na seara do direito processual constitucional.

A relevância do assunto, sua atualidade, apuro científico e visão analítica são elogiáveis nos mais diversos aspectos, inclusive sob a moldura da mais avançada processualística contemporânea, diante dos anseios de uma sociedade cada vez mais participante, multifacetária e exigente, na busca incessante do acesso que Watanabe chamou de “ordem jurídica justa”, que objetiva

assegurar uma melhor convivência humana, a efetivação das garantias fundamentais da cidadania e o reequilíbrio de situações sociais díspares.

Assim, o Ministério Público, em sua nova fisionomia constitucional, deve-se voltar para essa realidade, preocupando-se com que a justiça seja efetivamente acessível a todos, despossuídos e ricos, desamparados e poderosos, seja na área preventiva (pacificação social e composição de conflitos), ou na fase posterior à violação da lei (como órgão agente-promovente). Em qualquer circunstância, o Ministério Público atua na defesa daquele interesse público primário, de solução pluralística e na luta pelos direitos de terceira geração muito enfatizados na atualidade (bens que eram considerados inesgotáveis até agora, cujo exaurimento começa a preocupar: água, ar puro, alimentos sem conservantes), e que tiveram elástico reconhecimento na Carta vigente (artigos 6º a 11 e 193); são bens comuns, não individualizáveis, que interferem na qualidade de vida de cada indivíduo, mas carecem de proteção.

Essas questões, embora atormentem certos juízes, são relevantes na atuação do Ministério Público, acentua Nalini¹; são causas que impulsionam e configuram sua nova filosofia.

II — A ação do Ministério Público no processo civil como instrumento de pacificação social

Já se disse que a Magna Carta de 1988 apresentou, definitivamente, uma nova tábua axiológica de valores jurídicos. Ao cidadão se concedeu a condição mínima para uma vida humana digna (artigo 1º, III), inspirada em princípios humanísticos e sociais. Instalou uma ordem jurídica menos ortodoxa.

No contexto, o legislador criou mecanismos ágeis que pudessem servir de dinamismo à concessão das tutelas céleres e adequadas, outorgando ao Ministério Público o papel de evitar violações a direitos de alcance social ou individual indisponível (CRFB — art. 127). Compatibilizou-se, então, sua atuação, no pro-

1 NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 1996, p. 63 a 65 e 102.

cesso civil, como órgão agente ou como interveniente (*custus legis*). Aliás, múltiplas passaram a ser as funções desse órgão nos processos civil e penal (acusa os violadores da lei, pugna por uma ação penal mais eficaz e de efeito pedagógico).

Num país como o Brasil com graves desigualdades socioeconômicas e a omissão estatal quase completa de suas obrigações básicas, é que surge a Instituição do Ministério Público, vocacionada a uma finalidade ético-social, consolidando sua verdadeira missão: resguardar a sociedade, defender a ordem jurídica justa (Watanabe), os interesses sociais e individuais indisponíveis. Afinal de contas, é o *Parquet* que deve obter no Judiciário decisões tendentes a equacionar conflitos e proteger valores da sociedade.

Foi-se o tempo, sem dúvida, em que o órgão era simples parecerista, mero analisador de processos, acusador sistemático, papel que não mais se coaduna à atuação contemporânea. E é por meio do processo civil que ele torna efetivo o ideal de justiça social inserido na *Lex Fundamentalis*.

Esse perfil do Ministério Público no processo civil, com amplitude de garantir a ordem jurídica, o regime democrático, os superiores interesses sociais e individuais indisponíveis, confere ao processo a versão atual de que sua dimensão foi ampliada constitucionalmente para a composição de conflitos coletivos, salienta Mazilli².

Na busca por este intento, dispõe o Ministério Público da titularidade de ação e a intervenção noutros tantos, estando capacitado a desfechar, a qualquer tempo, contra quem quer que seja, toda a força e poderes que a Constituição e a lei nele depositaram.

Dentro dessa perspectiva, constitui-se o defensor da cidadania, garantindo o acesso à justiça e a efetivação dos direitos constantes na lei. Por vezes, faz aquilo que a parte deveria fazer, mas não o fez. Essa viabilização do acesso à justiça na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis provoca fenômeno

2 MAZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8.

psicológico altamente positivo, pois o povo tende a retomar a confiança na justiça, consoante Marinoni³.

De todo o jeito, ao final do item, convém registrar que, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (*custus legis*), o Ministério Público não pode esquecer o caráter instrumentalista do processo civil contemporâneo, rompendo com velhas posturas e abrindo os olhos para a realidade da vida que corre fora do processo. Para tanto, é verdade, deverá ter sensibilidade, eficiência e espírito crítico para propor outras soluções, leciona Cândido Dinamarco⁴, obtendo impulso nos resultados, melhoria da visão de futuro, satisfação das pessoas e cumprimento de sua verdadeira missão. Para isso, é preciso investir em uma outra mentalidade.

III — Ministério Público: novas formas e perspectivas de atuar

Depois dos excessos do Estado-providência (Direito formal e Direito material), a solução das dificuldades que a justiça encontra na democracia é a de persistir na sua forma tradicional de ação. O modelo que se anuncia é o de uma justiça descentralizada e menos simbólica: mexe-se menos nos procedimentos, nos métodos e nos seus valores substanciais.

Na contemporaneidade, o Direito deve apoiar-se mais em saberes que possam parecer completamente estranhos, como a psicologia, a sociologia e, acima de tudo, a deontologia. Em muitos aspectos, portanto, o papel do juiz e o do promotor de justiça se confundem. A razão de ambos torna-se instrumental, aplicando meios mais seguros e rápidos para chegar a um dado conclusivo do litígio.

O melhor indicador da necessidade dessa evolução da justiça, indica Antoine Garapon⁵, encontra-se na transformação do

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 386 e 387.

5 GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996, p. 249 a 256.

papel do Ministério Público. É essa Instituição que deverá dar a impulsão inicial, estimular, coordenar e refletir as iniciativas locais.

A competência tradicional desse Órgão, a de simplesmente fazer respeitar a lei, deve, *hoje*, ser completada pela aptidão de se “colarem ao terreno”⁶, ou seja, mostrarem-se pragmáticos, concretos, adaptados ao seu ambiente. Ele deve buscar respostas efetivas, com rapidez de reação. O mais notável da evolução do seu desempenho é a de transformar a lógica vertical tecnocrática em lógica inversa, isto é, horizontal, de abertura sobre o intrincado tecido social, virada para o que os anglo-saxões chamam comunidade. É a chamada desconcentração do Ministério Público, relacionada aos problemas do bairro, das unidades policiais, responsável pelas ligações políticas dos eleitos, da prevenção da delinqüência e suas prioridades nas políticas criminais. A consequência é o reconhecimento social, a sua autoridade e a ratificação de sua legitimidade.

A personalização das inovações, nesse domínio, dependerá da experiência de sua atuação, da demonstração de sua competência, de suas diligências e de seu profissionalismo. A legitimidade de ação será adquirida, assim, de maneira multiforme (mediante vários tipos de atuação). Para esse fim, poderá unir-se aos segmentos sociais, para melhor responder às expectativas da população. A eficácia de seu trabalho será observada à medida que diminuir o sentimento de impunidade.

Essa função do Ministério Público será acompanhada por uma rearticulação de suas posturas profissionais, tornando-o interface entre o Estado e a justiça, entre o coletivo e a situação individual. Assim, efetivamente, estará redescobrimdo o sentido forte do termo “ação pública” exercida pelo *Parquet*, ao projetar um sentido topológico às políticas públicas ou uma verdadeira imagem de pioneiros de um outro conceito de justiça.

Nesse passo, vê-se o Ministério Público deflagrando categorias de litígios relativas ao direito do consumidor, ao meio ambiente, ao exercício do serviço público e às inúmeras situações da

6 Citem-se: lixo nosso de cada dia, transgênicos, madeira apreendida, improbidade administrativa, proteção às bacias hidrográficas, regularização de loteamentos, sonegação fiscal, adequação do número de vereadores ao município e outros.

gama de direitos difusos e coletivos, sendo, cotidianamente, chamados a pronunciar-se sobre ações relativas aos desmandos do poder público, no sentido de defesa da probidade administrativa. Tudo isso exige, também, uma postura da justiça que não poderá abdicar da independência do ato de julgar. Nunca o seu formato foi tão discutido na mídia, debatido em congressos e provocou a atenção das ciências jurídico-políticas quanto hoje. Cappelletti se refere a sua presença como a de um gigante, com função social cada vez mais destacada, preocupando o mundo político e atraindo olhares dos Poderes do Estado.

IV — Ministério Público: mutações e especialização

Os progressos no campo do pensamento e da ação (prática) que a ela se associar não nascem e se distribuem homoganeamente. O processo inovador da ação ministerial é recente, mesmo em se considerando as formas de comunicação e os aperfeiçoamentos técnicos e da Informática (direito de 5ª geração).

Na linha do resgate do atraso, tão arraigado e conveniente para certos setores da Administração Pública, não obstante importantes aberturas e conquistas obtidas no campo da justiça, só muito recentemente é que, pouco a pouco, pessoas são reabilitadas na condição de administrado, em pé de igualdade com o *status* já conquistado pelo eleitor.

Dois fatores merecem destaque como concausas desse resgate. O primeiro é o sócio-político com o surgimento de uma sociedade engajada, necessária ao diálogo democrático, e o segundo é o fator juspolítico que se caracteriza pela afirmação do constitucionalismo com a indispensável participação do Ministério Público. Está-se diante das influências de legitimidades, de decisões políticas e judiciais que demonstram inéditas responsabilidades dos sujeitos de direito e da existência de institutos postos à disposição das pessoas. Lembre-se, aqui, que a afirmação do constitucionalismo evoluiu da legalidade para instilar valores e processos legitimatórios que prestigiam a cidadania em todos os seus aspectos. Deve-se destacar, nessa seara, a contribuição muito relevante de Norberto Bobbio.

A sobrecarga de demandas e a conflitualidade social vigentes fizeram surgir os megaprincípios de Direito público orientadores da renovação, a subsidiariedade, a eficiência e a legitimidade que fundaram, nesse início de século, conceitos, princípios e técnicas jurídicas.

O assunto, que sequer necessita de reforma processual, procura conferir maior eficácia ao equipamento judicial.

A tendência à especialização é fenômeno universal, embora exista o temor do reducionismo, mediante a conversão do especialista em conhecer cada vez menos das áreas do Direito. A uniformização de temas pode gerar instantaneidade hermenêutica e de resultado. Por exemplo, uma vara especializada em meio ambiente ou uma vara do consumidor seria fácil de equacionar as controvérsias em face da especificidade dos assuntos, assegurando célere proteção jurídica e administrativa. É bem verdade que há necessidade de mentalidades adequadas ao tempo e refratárias aos grupos de pressão que geralmente adquirem contornos complexos.

A formação clássica do lidador do Direito não o preparou para o enfrentamento dessas situações que precisam de soluções novas e rápidas. O perigo está no vazio decisório, esvaindo-se a credibilidade e o prestígio de qualquer função. Nalini sugere a formação interdisciplinar que habilite o operador do Direito nos aspectos jurídicos, sociais e psicológicos. Direccionado nessas áreas de conhecimento, o profissional verá otimizado o seu potencial de trabalho.

Necessário pensar nas gerações vindouras. É nesse momento que surgirá a nova imagem de uma Instituição, erradicando eventual conflito de gerações, de concepções e alimentando, nas inquietações culturais, permanentes e profundas reflexões. Dessa forma, num país onde a criatividade no descumprimento da lei é infundável, a criatividade para cumpri-la também deve ser.

O propósito do encontro era também discutir as divergências doutrinárias e pretorianas na prestação jurisdicional.

V — Debilidades e virtudes do Direito Jurisprudencial⁷

Sabemos que a criatividade judiciária constitui um fator importante para lidadores do Direito contemporâneo, podendo, em certos casos, igualar-se à função legislativa, o que acaba por invadir o domínio desta. A diferença, no entanto, é o procedimento (ou estrutura) de formação do Direito. A jurisprudência nasce de um processo de caráter contraditório e da natureza não política. Daí vem a tendência, muito em moda, do fenômeno chamado jurisdicionalização. Este nasce de características abertas e flexíveis à interpretação criativa, surgida livre das pressões econômicas, psicológicas, sociais e, ainda, da “independência interna” da Instituição. Exemplo extraído do Canadá: quando a jurisprudência criativa traça diretivas gerais sobre interpretação, vinculantes aos tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto. É um problema de legitimação democrática do Direito jurisprudencial, no qual se alia sensibilidade e aprofundado conhecimento do Direito.

A relevância e atualidade do fenômeno surgem quando o pesquisador se reporta para a reconstrução de novos paradigmas do conhecimento, direcionados para uma perspectiva flexível e interdisciplinar, instrumentalizando a tutela jurisdicional, caracterizando a necessidade do avanço do processo civil e consolidando uma nova postura. O debate prende-se ao acesso da justiça, atingindo os direitos da cidadania (entendida como decorrência da relação de participação que se estabelece entre o Estado e os componentes da sociedade civil).

A inovação induz ao reconhecimento também do atual perfil do Ministério Público, conforme se pode depreender dos seguintes exemplos:

“a) Ministério Público. Ação rescisória. Discussão acerca da validade da decisão transitada em julgado. Nulidade da ação.

7 O subtítulo foi extraído da obra de Mauro Cappelletti intitulada *Juizes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999, p. 73.

“Votos vencidos. Coisa Julgada. Relatividade. *Sentença injusta*. Não deve prevalecer quando afronta a moralidade pública, o interesse público, a razoabilidade e a justiça, visto que normas que tutelam direitos fundamentais não devem ceder diante de lapso temporal previsto em lei infraconstitucional (prazo de 2 anos). Não pode prevalecer a *res judicata* quando atente contra a moralidade, o interesse público e a justiça. Tese para ser discutida. Normas que tutelam direitos fundamentais não podem ceder diante de lapso temporal previsto em lei infraconstitucional. O Ministro José Delgado diz: “a moralidade está ínsita em cada regra constitucional. Reinando absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre a coisa julgada (RT 806/385).

“b) Ação civil pública. Consumidor. Interesses individuais homogêneos. Princípio da dignidade e auto-respeito humano. Responsabilidade civil – Tutela coletiva. Discutiram-se o interesse coletivo e a existência ou não do dano moral” (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.0252171, rel. Des. Volnei Carlin. Blumenau, j. em 23-10-03).

“c) *Custus legis* e não como parte. Defende a administração judicial de direitos subjetivos, a fim de que não fiquem os interesses do menor à mercê da vontade privada (com o advento da CF/88 o papel institucional do Ministério Público ganhou amplitude, pois, além de ser o representante da sociedade, possui papel relevante nos termos referentes à criança e ao adolescente, em conflito)” (TJMG, Ap. Cív. n. 107.047/3, j. em 12-3-98).

“d) Posicionamento diverso do Ministério Público de primeiro e segundo grau sobre formalidades burocráticas em detrimento aos interesses do menor. Vê-se a verdadeira função do Ministério Público” (TJSC, Ap. Cív. n. 49.829, j. em 10-10-95).

“e) Benefício por morte. *Custus legis*.

“Ministério Público de primeiro grau recorreu.

“A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovemento.

“Relator votou pelo não conhecimento do apelo, entendendo que houve desistência do recurso uma vez que, em face dos princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, não poderia haver dois posicionamentos diferentes, prevalecendo o

segundo grau” (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.006001, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 25-9-03).

Divergi, porque o Ministério Público possui autonomia e independência funcional, quer dizer que cada um de seus membros age segundo sua consciência jurídica, sem ingerência dos órgãos superiores do próprio Ministério Público.

Afinal, o Ministério Público não possui inúmeras ações que tratam da improbidade administrativa?

Vê-se nesses exemplos, coletados à *vol-d’oiseaux*, a participação ativa do Ministério Público em processos de construção da cidadania e que visa a garantir às pessoas condições dignas de vida em sociedade. Nas questões apontadas, agiu, ainda, relevando o interesse público, ora como órgão agente, ora como fiscal da lei (*custus legis*). Na área da moralidade administrativa estão sendo promovidas inúmeras ações.

Nota-se, igualmente, que o Ministério Público demonstrou, ao menos em dois dos recursos, compreensão da sociedade em que vive e forte vínculo com ela (legitimidade).

Essa é, enfim, a visão que se faz do atual desempenho profissional do Ministério Público.

VI — Considerações Finais

O Direito Público tem de servir, integralmente, como todo ramo do Direito, à satisfação do ser humano, à proteção de bens comuns, não individualizáveis, mas que é condição essencial para a qualidade de vida de cada indivíduo.

Constata-se:

Distância entre a doutrina e a realidade social, dando-se menor importância às ações de natureza coletiva, inclusive nas grades curriculares das faculdades. Há urgente necessidade de transformação do pensamento jurídico, o momento do *custus legis* passou, tendo seu auge no início dos anos oitenta.

Compete aos magistrados, num Estado democrático, dizer o Direito em nome do povo (cf. Canotilho. J. J. Gomes. Estado de Direito), embora os juízes brasileiros não estejam preparados para

aplicar o Direito Público, segundo afirma o Des. Rogério M. Garcia de Lima, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸. Há grande descompasso entre necessidades da comunidade e as respostas das Instituições.

Não há mentalidade publicista e tampouco funcional e processual, devendo ser captados princípios informadores que orientem mudanças de postura. “Ser credor de uma prestação contra a Fazenda, neste país, é preciso ter vida longa para receber”, afirma o Ministro Milton L. Pereira, STJ. Pouco adianta ampliar as formas de exercício da cidadania, se a justiça é impotente para equacionar as demandas. Muitos teimam em não se desprender do passado, em ignorar o presente e, com isso, comprometer o futuro.

Prosper Weil possui um pequeno livro com grandes idéias no qual atesta que o Direito Público é mais um direito político do que jurídico, daí a necessidade de reelaboração e readequação de seus conceitos e princípios, pois inesgotáveis e ilimitadas são as necessidades humanas no tempo e no espaço.

Por outro lado, a Constituição da República outorgou, repita-se, ao Ministério Público competência para as ações coletivas, sedimentando-o de independência institucional, que termina por vinculá-lo, desde 1988, unicamente ao organismo social do qual é legítimo protetor, dotado de individualidade existencial própria, sendo o destinatário final de inúmeros comandos normativos que em nada se confundem com aqueles endereçados aos Poderes.

Resta-lhe, na atuação processual, nesta atual moldura constitucional, impregnado com espírito ético, enfrentar os desafios do cargo com independência e visibilidade, tendo em vista os princípios fundamentais da Lei Maior, especialmente na defesa do fortalecimento da cidadania, da dignidade e da consolidação dos valores e interesses da sociedade. Ao Ministério Público especializado cabe coordenar a ampliação do real acesso à justiça e a busca da efetividade da prestação dos valores jurídicos e interesses da sociedade. Estas também parecem ser as formas embrionárias do Estado do futuro que vão sendo ensaiadas.

8 In O Direito administrativo e poder judiciário, *Justiça*, ano 4, n. 18, Belo Horizonte, jun.-jul., 2001, p. 33.

PARECERES

AÇÃO POPULAR: TRÊS ASPECTOS DESTACADOS E CONTROVERTIDOS

Péricles Prade*

1. Considerações iniciais

Após o alargamento do objeto da ação popular, em virtude da promulgação e vigência da Constituição Federal de 1988, várias questões surgiram, exigindo a melhor exegese para a compreensão do avanço jurídico-dogmático. Três aspectos avultam:

O primeiro diz respeito à ilegalidade e à lesividade ao patrimônio público, a fim de se saber se constituem apenas pressupostos da tutela jurisdicional, ou condições da ação popular, ensejando, nessa hipótese, o indeferimento da inicial, com a subsequente extinção do processo (art. 295, parágrafo único, III), devido à carência decorrente de impossibilidade jurídica do pedido, se não houver *prova pré-constituída* de sua concomitância.

O segundo alude ao caso de a petição inicial afirmar, dentre as causas de pedir, a lesão à *moralidade administrativa*, indagando-se se é necessário ou não que esta deva estar conjugada

* Advogado, ex-Juiz Federal, ex-professor de Direito Constitucional da PUC/SP, de Direito Administrativo da Universidade Federal de SC e da Academia Paulista de Direito.

com as referentes à ilegalidade e à lesividade patrimonial, ou representa fundamento autônomo.

A terceira concerne ao exame das decisões dos Tribunais de Contas e se os julgamentos destes podem ser, ou não, controlados pelo Poder Judiciário, tornando imunes suas decisões em sede de ação popular.

A seguir, por ordem, serão examinadas essas questões.

Anota o consulente, em seguida, que tais indagações resultam de sucessivos indeferimentos de petições iniciais por parte da culta e digna Juíza Titular da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho de Florianópolis, cerceando o acesso ao Poder Judiciário na origem. Em suma, quer saber se há ou não subsistência jurídica a amparar a referida extinção do processo no nascedouro.

Feitos esses esclarecimentos, passamos, em regime de síntese apertada, a respondê-los.

2. Quanto à lesividade e à ilegalidade como pressupostos da tutela jurisdicional ou condição da ação

A rigor jurídico, a ilegalidade e a lesividade ao patrimônio público não vêm a ser, com exclusividade, requisitos da tutela jurisdicional *ou* somente condições de admissibilidade da ação popular.

É que as condições da ação, como ensina Kazuo Watanabe, “são aferidas no plano lógico e da *mera asserção do Direito*, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado” (grifamos a primeira parte. Cf. *Da Cognição no Processo Civil*, Ed. RT, p. 69).

Claro que, muitas vezes, a ação passa por um filtro prévio, dada a evidência, *ictus oculi*, de falta dos pressupostos processuais e ou das condições. Afinal, a ação pode ser absolutamente inidônea (causa de pedir afirmada sem base normativa constitucional ou infraconstitucional), o interesse é apenas pessoal e não coletivo, foi aforada por brasileiro não-eleitor, etc., quando, então,

é impostergável a extinção do processo no berço, sem julgamento do mérito.

Cabe ao magistrado, porém, ao aferir o interesse material retratado no relatório dos fatos, verificar se a prova compareceu pré-constituída (apesar de desnecessária, em não se tratando de direito líquido e certo, como no mandado de segurança), ou se as causas de pedir afirmadas exigem comprovação ulterior, vale dizer, se a questão de *mérito* depende de *dilação probatória* no curso da relação jurídico-processual. Estar-se-á, destarte, diante do exame dos *requisitos* da tutela jurisdicional.

Em estudo publicado na RP n. 42/258 (Lesividade e Ilegalidade como Pressuposto da Ação Popular), é verdade, escrevemos que a demonstração efetiva da lesão ao patrimônio público é condição insubstituível para o exercício da *actio popularis*.

Todavia, convém lembrar, trata-se de condição insubstituível no âmbito da *afirmação da lesão*, abstratamente considerada (possibilidade jurídica de natureza constitucional), num contexto de razoabilidade. E tudo por que, repete-se, a apreciação das condições da ação é *in statu assertionis*.

Assim, haveria falta da condição denominada possibilidade jurídica (autorização legal abstrata) se não fosse afirmada a confluência do binômio.

Entretanto, uma vez afirmadas a ilegalidade e a lesividade, não tem sentido, devido à previsão no sistema (que não se confunde com o ordenamento jurídico positivo, compreendendo outros elementos), o indeferimento da inicial sob a alegação de impossibilidade, o que seria pertinente se houvesse expressa vedação legal.

Bem por isso Rodolfo de Camargo Mancuso alerta: “Impende observar que, na experiência da ação popular, por vezes o binômio ilegalidade-lesividade aparece tomado como *condição* de admissibilidade da ação, assim como em *outras hipóteses* esse binômio tem sido alocado já no *mérito* da causa” (grifamos. Cf. *Ação Popular*, Ed. RT, 4ª ed., 2001, p. 126).

E mais adiante, noutra tópico atraindo análise de idêntica matéria, arremata: “Mas aqui é preciso atenção redobrada para não *tomar a nuvem por Juno*: a cognição de *fundo*, *exauriente*,

quanto a saber se a ilegalidade-lesividade de fato foram ocorrentes na espécie, não pode ser feita em sede de condições da ação, mormente quando tal aferição *depende de instrução probatória*" (ob. cit., *idem*, p. 137).

Contudo, juízes há que *tomam a nuvem por Juno*. Não percebem que, tendo o autor popular descrito com minúcias os fatos, cumprindo à risca os ditames da *teoria da substanciação*, adotada pelo nosso CPC em seu art. 282, inviável é o indeferimento da petição inicial, pois, tendo sido *afirmadas* a lesividade e a ilegalidade (possibilidade jurídica), estas deveriam ser conhecidas a título de *causa de pedir* (adstrita ao interesse processual), exigindo a necessidade de cognição plena (vertical) que aquelas sejam *provadas no desenvolvimento do processo*, ou, melhor explicando, *secundum eventum probationis*.

Tudo cinge-se, assim, ao exame do *mérito*, e, para que este seja apreciado, é fundamental a realização da *prova*, com maior ênfase nas ações populares sob análise, cujas iniciais contêm expresse requerimento nesse sentido. Requerimento que, a teor do inciso V do art. 7º da Lei n. 4.717/65, implica transformação do procedimento em *ordinário*, em que a carga probatória é produzida em sua plenitude, em obséquio ao princípio do devido processo legal.

A jurisprudência adota essa postura técnica. O TJSP, *v.g.*, unanimemente, por sua Sétima Câmara (rel. Des. Prado Pereira), julgou que "A questão da ocorrência *efetiva* da lesividade e da ilegalidade apontadas *depende* de apreciação como matéria de *mérito*" (grifei, JTJ 198/23). Nesse caso, a lesividade e a legalidade são, na realidade, *requisitos da tutela jurisdicional*, e não condições da ação (*v. ainda*, entre outras, a RT 619/60).

Como é evidente a possibilidade jurídica, no particular, deve ser considerada presente essa condição, sendo que, somente com a produção da prova (salvo quanto à lesividade presumida), verificar-se-á, na fase própria, se ela atendeu aos requisitos da tutela jurisdicional. E para isso também deve contribuir o juiz, por ser excepcionalmente inquisitória sua postura na ação popular, colaborando na busca da verdade real.

Pensar-se de outro modo é admitir ferimento ao princípio do acesso à Justiça. Compartilhamos, aqui, com o escólio de Nelson Nery Júnior, ao lecionar que a exigência de prova documental pré-constituída, salvo na hipótese do mandado de segurança, é inconstitucional por ferir o aludido princípio constitucional do direito de ação (cf. Princípio do Processo Civil na Constituição Federal, RT, 5ª ed., 1999, p. 104 e 105).

3. Quanto à moralidade administrativa como fundamento autônomo da ação popular

Tem-se observado, também, que muitas decisões, batendo de frente com maciça doutrina nacional, têm entendido que a *moralidade administrativa*, constitucionalizada em 1988 (mas que advém de fonte romana), em nível de objeto ampliado da ação popular, deve ser necessariamente conjugada ao binômio ilegalidade/lesividade ao erário público. Tanto que, por assim considerarem tal exigência, indeferem a petição inicial ao argumento de falta de uma das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido), sustentando a imprescindibilidade de prova pré-constituída do trinômio.

Sem dúvida alguma a doutrina prevalente é no sentido de que a lesão à moralidade administrativa, *per se*, constitui categoria ou fundamento *autônomo* para a propositura da ação popular, podendo ser conferidas, entre outras, as lições de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, nova ed., 1993, p. 405), Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação Popular, RT, 4ª ed., 2001, p. 100 a 102, 105 e 106 a 108), Clóvis Beznos (A Ação Popular e a Ação Civil Pública em face da Constituição Federal de 1988, Revista PGE/SP, 1988, p. 35), Lúcia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2ª ed., 1995, p. 51 e 52), André Ramos Tavares e Guilherme Amorim Silva (Requisitos no Exercício da Ação Popular, Adcoas n. 16, 1996).

Dentre essas lições prepondera a de José Afonso da Silva, ao aduzir: “A questão fica ainda presa quanto ao se saber se a ação popular continuará a depender dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e legalidade do ato impugnado. Na

medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é erigir a lesão, em si, à condição de *motivo autônomo de nulidade do ato*. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se se exigir também o vício de ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte (*intencionalidade da norma*) de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio” (grifamos. Cf. ob. cit., p. 405).

Realmente, a interpretação deve ser *sistemático-teleológica*, sob pena de tornar letra morta a “intencionalidade da norma”, que decorre, por sua vez, da intenção do Poder Constituinte, tendo por alvo alçar a lesão à moralidade administrativa como fundamento autônomo. E tudo para o fim de permitir a sindicabilidade de atos de todos os Poderes, respeitadas as funções típicas, sem que seja necessária a imbricação, a soma ou a justaposição dos demais pressupostos.

Atente-se que a sentença referida citou, de forma correta, o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira, constante do estudo “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988” (Rev. de Processo n. 61/187), embutida na argumentação do jurista Rodolfo de Camargo Mancuso. Esqueceu-se, todavia, de que a remissão àquele por este foi apenas para merecer a “devida reflexão”, mas jamais concordou com o ponto de vista do mestre carioca, exigente da indicação de pelo menos alguma infração à disposição de lei para vingar a invocação da lesão à moralidade administrativa como causa de pedir.

Entendemos que esse ponto de vista, conquanto *ex propria auctoritate*, não pode prevalecer, como não tem prevalecido, já que, indiscutivelmente, a lesão à moralidade administrativa constitui fundamento *autônomo* da ação popular (possibilitando quase tão-só a desconstituição do ato, se não estiver presente outra causa de pedir), sendo esta a irresistível tendência das decisões de nossos Tribunais (até porque devem se afeiçoar à finalidade da ação popular), merecendo destaque, entre tantas, as publicadas na RT 673/61 e 743/263. Além do mais, ressalta-se que não cor-

responde à moralidade em senso geral, restringindo-se ao campo *administrativo*. Moralidade *adjetivada* que se circunscreve à limitada área da atuação da Administração em obediência aos preceitos que lhe são próprios.

4. Quanto ao controle das decisões dos Tribunais de Contas

As decisões do Tribunal de Contas, via de regra, ficam à margem do *judicial review* no tocante ao exercício de sua função marcadamente fiscalizadora dos atos da administração financeira (além de contábil, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos públicos), afinadas com o princípio constitucional da separação dos Poderes (CF, art. 2º).

Remarque-se, porém, que o princípio da divisão espacial do Poder é temperado ao ser cotejado com o princípio da inafastabilidade ou indeclinabilidade do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), daí decorrendo ser *una* a jurisdição, pois entre nós não vige o contencioso administrativo, a exemplo do francês.

Se assim é, há enorme espaço para o Poder Judiciário agir quando as decisões do Tribunal de Contas ultrapassam a seara da competência constitucional que lhe é específica, como, exemplificando, nos casos em que se entremostra ofensa a direito ou garantia individual, a direitos difusos e coletivos, e, bem assim, quando se está diante de irregularidades de ordem formal.

Daí que é irrelevante ter sido aprovado o ato pelo Tribunal de Contas, consoante obtempera José Afonso da Silva: “Não importa, por outro lado, que o ato tenha sido aprovado pelo órgão legislativo ou Tribunal de Contas, pois essa aprovação (salvo em relação a atos políticos e discricionários), *não sana o vício nem a lesividade preexistentes*” (grifamos. Cf. Ação Popular Constitucional, verbete, Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. III, p. 401).

Nem pode ser de outra forma: se permanecessem intocáveis todas as decisões do Tribunal de Contas, haveria atrito, também, com o princípio da legalidade, albergado pelo inciso II do art. 5º da Carta Magna.

Por conseguinte, sempre que ocorrer irregularidade formal ou manifesta ilegalidade (*v.g.*, desrespeito ao contraditório e à ampla defesa), os atos são sindicáveis.

A administrativista Odete Medauar, no particular, é precisa ao averbar que, em face do princípio da ubiqüidade da Justiça, “ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos, inerente aos atos jurisdicionais” (cf. Controle da Administração Pública, RT, 1993, p. 141 a 143).

A jurisprudência também se conforta aos temperamentos do princípio constitucional da separação dos Poderes (*v.* RTJ 43/151, RT 743/263, etc.), admitindo o controle do Poder Judiciário quando houver nulidade substancial, ressaltando-se, apenas, o exame do mérito propriamente dito das decisões, isto é, nos casos de atos discricionários típicos ou puramente políticos.

Por último, anotamos que as ações populares patrocinadas pelo consulente não atacam decisões do Tribunal de Contas do Estado, pois, se o fizessem, deveriam integrar o pólo passivo os membros do Colegiado como litisconsortes necessários. Enfim, se não são impugnados os atos do próprio órgão, a matéria aqui tratada fica sem condições de ser abordada no plano da concreção, constituindo abordagem tão-só acadêmica.

5. Síntese conclusiva

Deduzidas essas reflexões preliminares, concluímos:

5.1. A ilegalidade e a lesividade tanto podem ser alocadas na órbita das condições da ação, quanto na esfera dos requisitos da tutela jurisdicional, dependendo das fases e das singularidades dos processos. Nesse binômio presente está a possibilidade jurídica. Como a lesividade e a ilegalidade constituem, contemporaneamente, causas de pedir, a prova da efetiva lesão pode ser realizada no curso da instrução probatória, quando, ao término desta, o mérito será apreciado para fins de julgamento.

5.2. A lesão à moralidade administrativa foi alçada a fundamento autônomo, em virtude da ampliação do objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF), convolvando interpretação sistemá-

tico-teleológica. Nada impede, entretanto, que, sem vínculo tríplice necessário, determinado processo revele a presença simultânea desta com a ilegalidade e a lesividade patrimonial.

5.3. As decisões do Tribunal de Contas, é a regra, não podem ser controladas pelo Judiciário no que tange ao exercício de suas funções específicas, por força do princípio da separação dos Poderes, em sendo ele órgão auxiliar do Poder Legislativo. Contudo, esse princípio sofre temperamento exegético, se cotejado com o da ubiquidade da Justiça, podendo seus atos, excepcionalmente, ser contrastáveis se houver extrapolamento de competência, ofensa a direito ou garantia individual (ou a interesses difusos e coletivos), irregularidade formal ou manifesta ilegalidade.

TRIBUTAÇÃO DOS INATIVOS E PENSIONISTAS *

Hiyoshi Harada**

Sumário: 1. Introdução. 2. O poder de emendar é limitado. 3. O que é direito adquirido. 4. Impossibilidade jurídica de tributar inativos e pensionistas. 5. Conclusões.

1. Introdução

Tenho lido e ouvido, nos debates que se travavam acerca da reforma previdenciária, os mais variados argumentos para tributar os não-servidores públicos com uma contribuição própria de servidores titulares de cargos efetivos (art. 40 da CF). Os servidores exercentes de cargos em comissão, ou de qualquer outro cargo temporário, sujeitam-se ao regime geral da previdência social (§ 13 do art. 40 da CF). Essa particularidade não pode ser esquecida.

Os espantosos argumentos pela tributação, todos eles, impregnados de profunda emoção, situam-se, no mais das vezes, no campo meta-filo-jurídico. Não levam em conta os princípios

* *Artigo publicado em junho de 2003, anteriormente à última decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo assunto.*

** *Advogado em São Paulo (SP), professor de Direito Financeiro, Tributário e Administrativo, ex-procurador-chefe da Consultoria Jurídica da Prefeitura de São Paulo.*

constitucionais expressos ou implícitos na Carta Política, e quando apresentam aspectos jurídicos o fazem pela metade, talvez, por conveniência. Exemplo: proclama-se com acerto que nenhum servidor tem direito adquirido a um determinado regime jurídico. Ora, isso é elementar demais!

É preciso acrescentar que na passagem de um regime jurídico para outro, deve-se respeitar o direito adquirido no regime anterior. Isso também deveria ser elementar, porque o sistema jurídico global, no Estado Federal Brasileiro, agasalha como regra o princípio da irretroatividade, com expressa exceção do inciso XL do art. 5º da CF, que prescreve a retroação benéfica da lei penal.

2. O poder de emendar é limitado

Como a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional no Brasil obedece ao processo legislativo previsto na própria Carta Política, objeto de alteração, porque o poder de emendar difere do poder de constituir, sendo, portanto, um poder subalterno, há que se observar os direitos e garantias individuais protegidos em nível de cláusula pétrea (§ 4º do inciso IV do art. 60 da CF). E, certamente, o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, proclamado no art. 5º, XXXVI, da CF, configura garantia individual de que cuida o art. 60 *retro* referido.

Se a Carta Política diz que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o que não dizer de uma proposta, como a que está em discussão no Congresso Nacional, que suprime, com todas as letras, esse direito assegurado em nível de cláusula pétrea?

Certamente, essa afronta à cláusula pétrea decorre do entendimento equivocado do que seja direito adquirido.

3. O que é direito adquirido

Toda vez que a lei confere efeito retroativo em grau mínimo, fere-se o direito adquirido. Quanto à retroação em grau máximo (desfazimento do ato) e à retroação em grau médio (ato jurídico perfeito) não há dúvida. Nunca se pretendeu reverter o aposen-

tado à ativa, nem negar fruição dos benefícios ao aposentado. Apenas a retroação em grau mínimo é que muitos toleram, porque confundem o direito adquirido com a expectativa de direito, que está fora do alcance da proteção da ordem jurídica, pela simples razão de que nada existe para ser protegido. E não existe porque o direito ainda está em formação.

Afinal, todos podem ter expectativa, de um dia, ser um magistrado, um professor universitário, um médico, um piloto de avião, um general de Exército etc.

Verifica-se que essas expectativas, todas elas legítimas, estão situadas no campo metajurídico. Tudo o que ainda não se concretizou não passa de mera expectativa. Enquanto o pretendente ao ingresso na magistratura, por exemplo, estiver prestando concurso público, o que existe é um direito em formação (1).

Aprovado no concurso público, nomeado para o cargo de juiz, empossado no cargo respectivo e, ao depois, com o exercício das funções inerentes ao cargo, o que antes era expectativa de direito passou a ser um direito subjetivo do magistrado com as vantagens e prerrogativas inerentes ao cargo de juiz, segundo o ordenamento jurídico vigente na data da posse ou na do exercício. Verifica-se que a aquisição do direito não se dá de forma instantânea, mas de maneira gradativa que, no exemplo citado, começa com a submissão do candidato ao concurso público, terminando com a posse ou a entrada em exercício, quando se tem por adquirido o direito. Então, o que é exatamente direito adquirido protegido pela Carta Política?

Para início de explicação, pode-se dizer que o princípio do direito adquirido, em última análise, tem seu fundamento na constante modificação da realidade social, na qual, o Direito busca sua legitimidade, em seu sentido amplo. (2) Isso leva o legislador a alterar o ordenamento jurídico em vigor, o que leva tempo, porque a atividade legislativa requer estudos, reflexões, discussões, debates, conhecimentos, experiências, sabedoria e muito labor, por interferir nos interesses da sociedade, que são múltiplos e necessariamente conflitantes. Enquanto não houver adaptação legislativa à nova realidade, cabe à doutrina e à jurisprudência promover a difícil tarefa de interpretação de textos legais à luz da rea-

lidade do momento, mas, jamais, implicar usurpação de competência conferida aos representantes políticos do povo.

Exatamente porque o direito escrito muda de tempo em tempo, a Constituição deve assegurar a fruição dos efeitos da lei antiga (da lei em vigor não é preciso assegurar), sob pena de ninguém conseguir concretizar direito algum. Se formos exigir idade mínima de 60 anos para aposentadoria, hoje, e amanhã, 65 anos, e depois de amanhã, 75 anos etc. ninguém conseguiria aposentar-se. O direito do servidor estaria permanentemente em estado de formação, a menos que se reconheça o direito adquirido. Não se nega que a expectativa de vida do homem está aumentando, porém em razão do desenvolvimento socioeconômico da população em geral e em virtude ao avanço da medicina. Hoje, fala-se, por exemplo, que o ser humano poderá viver até 120 anos. Só que não podemos considerar essa expectativa de vida em relação a quem nasceu há sessenta anos, por exemplo.

Costuma-se confundir, ainda, o direito adquirido com a fruição desse direito adquirido, como temos verificado nos debates que vêm sendo travados. Uma coisa é a integração do direito ao patrimônio material do titular, e outra coisa bem diversa é a integração material a esse mesmo patrimônio. Exemplo: o senhor José é titular de uma nota promissória no valor de R\$ 1.000,00, emitida em 1º-4-2003, com prazo de vencimento para 31-12-2003. Ele tem direito adquirido ao crédito de R\$ 1.000,00, que foi definitivamente incorporado ao seu patrimônio material, segundo a legislação então vigente. Com o pagamento da cártula pelo devedor, em 30-12-2003, ocorrerá integração material daquele direito ao patrimônio do titular da cártula. O que era direito adquirido passa a ser ato jurídico perfeito. Mas, se antes disso, em 30-10-2003, vier uma nova legislação acoimando de nula toda nota promissória que não for registrada na Secretaria de Receita Federal (como já aconteceu no passado), no prazo de 30 dias a contar de sua emissão, essa lei nova não poderá atingir o senhor José, sob pena de conferir retroatividade em grau mínimo, desrespeitando o direito adquirido.

O direito adquirido situa-se antes do ato jurídico perfeito, porém, depois da expectativa de direito; é mais do que direito em

formação e é menos que ato jurídico perfeito, ou situação consumada ou consolidada.

Para afastar interpretações que possam levar ao esvaziamento do princípio do direito adquirido, eliminando qualquer tentativa de sua flexibilização conceitual, o legislador ordinário a definiu, com lapidar clareza, no § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, distinguindo-o do ato jurídico perfeito que está definido no parágrafo anterior:

“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;

“§ 2º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Inconfundível o efeito imediato e geral da lei em vigor com o efeito retroativo, porque não pode a nova lei atingir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Na terminologia da norma supratranscrita, direito adquirido não se confunde com o ato consumado. Os parágrafos 1º e 2º versam sobre duas coisas diversas.

Sinteticamente, pode-se dizer que o direito adquirido consiste na faculdade de o titular do direito usufruir de seus efeitos, no futuro, quando não mais estiver em vigor a lei que conferiu aquele direito. É o caso, por exemplo, de um contrato de mútuo, por doze meses, prevendo o pagamento de juros de 12% ao final do prazo. Se dois meses depois de celebrado o contrato sobrevier uma lei, prescrevendo que os juros não podem exceder de 6% ao ano, essa lei nova não poderia ser aplicada, quer porque o exercício do direito à percepção daqueles juros estava na simples dependência do decurso do prazo, quer porque o contrato continha uma condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. No mesmo exemplo, se a nova lei entrasse em vigor depois de vencido o contrato, sua aplicação implicaria violação do ato jurídico perfeito.

Outra coisa não diz o sempre citado Gabba, para quem:

“É direito adquirido todo direito que: a) seja consequência de um ato idôneo a produzi-lo, em virtude de lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (A teoria *della retroattività delle leggi*. Roma, 1891).

Difícil de acreditar que um texto tão claro possa ser interpretado diferentemente por diversos autores, extraíndo-se entendimentos díspares, até antagônicos. Por isso, dissemos no início deste trabalho que se tem a impressão de que nem todos se referem ao renomado Francesco Gabba, mas a um homônimo.

Em tais condições, o direito à aposentadoria do atual servidor, ainda que não consumado, já se encontra constituído e integrado ao seu patrimônio material, na qualidade de direito adquirido, desde o momento de seu ingresso no serviço público como exercente de cargo efetivo, oponível à lei nova, por força do mandamento contido no art. 5º, XXXVI, da Magna Carta, *in verbis*:

“Art. 5º — [...]”

“XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Verifica-se que o Texto Magno contempla claramente três hipóteses de proteção: a do direito adquirido, a do ato jurídico perfeito e a da coisa julgada. Por que reduzi-las a duas hipóteses eliminando a primeira delas? É comum fundir a hipótese do direito adquirido com a do ato jurídico perfeito como se fossem a mesma coisa. Ouve-se e lê-se, com frequência, que o atual servidor público em exercício no cargo efetivo pode ser alcançado por lei nova, porque o direito à aposentadoria não está consumado. Ora, se ele estiver aposentado, estaremos diante de ato jurídico perfeito, mais que o direito adquirido.

Logo, inconstitucionais os pedágios de 20% e de 40%, respectivamente, para aposentadoria integral e aposentadoria proporcional, introduzidos pela Emenda n. 20/98, bem como a atual proposta de emenda em discussão, que acrescenta outra inconstitucionalidade ao pretender tributar os inativos e pensionistas.

Essa inovação de tributar inativos fere mais do que o direito adquirido, pois atinge frontalmente o ato jurídico perfeito. Uma vez aposentado o servidor, dentro das regras vigentes, configura-se ato jurídico perfeito que o torna imutável. É o que decorre dos textos constitucionais examinados.

4 Impossibilidade jurídica de tributar inativos e pensionistas

Querer instituir contribuição previdenciária que, por expressa definição constitucional, só pode ter como sujeito passivo servidor público exercente de cargo efetivo (art. 40 da CF) é querer transformar as cinco espécies tributárias em uma só. Daí a desnecessidade de norma exonerativa semelhante àquela prevista no inciso II do art. 195 (3), relativa ao regime geral de previdência social. Nem é preciso invocar o princípio da isonomia em relação aos aposentados e pensionistas do regime de previdência pública, que já define quem são seus contribuintes. Querer cobrar contribuição social de aposentados e pensionistas é o mesmo que querer reduzir as cinco espécies tributárias em uma só, passando a existir apenas o tributo como gênero. Ora, não é isso que está na Constituição, que separou as várias espécies tributárias prescrevendo a cada espécie a aplicação de princípios próprios, além dos gerais.

Contribuição previdenciária é tributo vinculado à atuação estatal, isto é, é tributo de natureza intrínseca, que existe em função da necessidade de custear serviços determinados ou benefícios específicos. Benefícios específicos pressupõem a existência de uma parcela da população beneficiária, que são os contribuintes. Apenas os servidores exercentes de cargos efetivos são beneficiários da previdência pública, por isso, só eles são seus contribuintes. Se todos forem beneficiários, de contribuição não se tratará, mas de imposto, que é tributo extrínseco para custear serviços genéricos. Daí a proibição de vincular o produto de sua arrecadação a órgão, fundo ou despesa (art. 167, IV, da CF). Ao contrário, o produto de arrecadação da contribuição social é vinculado aos fins da Previdência. As disponibilidades de caixas dos regimes previdenciários (público e privado) deverão ficar depositadas

em conta separada das demais disponibilidades de cada ente político, e aplicadas nas condições de mercado, com a observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira, nos termos do § 1º do art. 43 da LRF. Exatamente porque a contribuição previdenciária é tributo vinculado, seu contribuinte só pode ser o beneficiário da previdência. Só que o benefício principal não é simultâneo com o pagamento da contribuição. Ele é postergado e condicionado ao preenchimento de certos requisitos: deve o sujeito passivo contribuir por longos 35 anos para fazer jus à aposentadoria, que representa a retribuição do Estado pelas contribuições feitas anteriormente pelo aposentado. Se nova contribuição for criada, novo benefício deverá ser outorgado; do contrário, caracterizaria a cobrança de imposto *sui generis*, que teria como fato gerador a percepção de proventos da aposentadoria, que já constitui fato gerador do imposto de renda.

Tanto a impossibilidade jurídica de aposentados e pensionistas figurarem no pólo passivo de uma contribuição, devida por servidores exercentes de cargos efetivos (aposentados e pensionistas nem servidores são, muito menos exercentes de cargos efetivos), como também a impossibilidade de existir contribuição sem benefício restou claramente proclamada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIMC n. 2.010/DF, rel. Min. Celso de Mello (DJ de 13-11-2002).

Esses dois vícios que contaminavam a Lei n. 9.783/99 foram brilhantemente apontados pelo douto Min. Celso de Mello, inclusive com base no magistério doutrinário citando expressamente diversas obras, dentre as quais, nosso modesto livro *Direito financeiro e tributário*.

Porém, muitos procuram justificar a tributação dos inativos sob os mais diversos argumentos. Vejamos os principais deles.

a) *inativos e pensionistas não têm direito adquirido de não pagar tributos*

Alegam que que não têm direito adquirido de não pagar tributos. Sustentam, ainda, que não se pode perenizar uma situação privilegiada; finalmente, que não se pode engessar a ordem jurídica com a invocação do direito adquirido a não pagamento de tributo.

A confusão é múltipla. Aqui não se trata de direito adquirido de não pagar tributo. Na verdade, estão se referindo à imunidade tributária. Certamente, aposentados e pensionistas não têm imunidade tributária, tanto é que pagam o imposto de renda com as majorações periódicas, que nunca foram contestadas. E por que pagam? Porque o fato gerador do imposto de renda é a renda ou proventos de qualquer natureza e, com toda certeza, aposentados e pensionistas percebem rendas como outros contribuintes em geral, nada tendo a ver com o regime de previdência pública. O que não é possível constitucionalmente é a lei instituir um tributo tendo como fato gerador a percepção de proventos da aposentadoria, a ser cobrado de quem já está aposentado antes da instituição desse tributo. Aqui haveria clara ofensa ao ato jurídico perfeito. Tampouco cabe falar em engessamento da ordem jurídica, ou de perenização do “privilégio” como se o aposentado e o pensionista estivessem imunes ao evento morte. Do jeito que estão sendo tratados é possível que morram antes da expectativa normal de vida. Outrossim, a palavra “privilégio” é inaceitável, porque o benefício previdenciário surge como retribuição do Estado a quem participou do sistema previdenciário de natureza contributiva, asseguradora do seu equilíbrio financeiro e atuarial.

b) Contribuição do aposentado e pensionista não é tributo

Sustentam que a contribuição que se pretende impingir aos aposentados e pensionistas não tem natureza tributária, pelo que podem eles serem alcançados pela exação pretendida, ainda que não sejam servidores públicos.

Aqui a emenda saiu pior que o soneto. Se a contribuição não é tributo — submetido aos rígidos princípios constitucionais e legais — mas, se o seu pagamento independe da vontade do sujeito passivo, só se pode estar diante de um confisco, vedado pela Carta Magna.

c) A solidariedade fundamenta a tributação dos inativos e pensionistas

O princípio da solidariedade, indevidamente invocado pelos defensores da taxação, não os socorre. A solidariedade, assim como a fraternidade, a liberdade, a igualdade etc. são os valores levados em conta pelo legislador constituinte, exteriorizados em

forma de princípios expressos ou implícitos. O princípio da capacidade contributiva, que está no § 1º do art. 145 da CF, nada mais é que uma das expressões da solidariedade humana: quem pode mais paga mais; quem pode pouco paga pouco; quem nada pode nada paga. Outra normatização constitucional desse valor, que diz respeito à contribuição previdenciária, está no art. 195 da CF, segundo o qual, a seguridade social (em que se insere a previdência, a saúde e a assistência social) será financiada por toda a sociedade, de forma direta (recursos orçamentários provenientes de impostos) e indireta (contribuições sociais dos empregadores, dos empregados e receitas de concursos de prognósticos). O que estamos querendo dizer é que a solidariedade não pode servir de fundamento para imposição tributária fora dos limites balizados pela Carta Política. Não pode sobrepor-se aos princípios constitucionais da discriminação de rendas tributárias, da legalidade, da isonomia, do efeito não confiscatório etc. A solidariedade é um valor incorporado no nosso ordenamento jurídico, mas não autoriza criação de tributos não previstos na Constituição Federal. O que se poderia sustentar com razoabilidade é que alguns dos tributos previstos na Constituição Federal estão fundamentados no princípio da solidariedade. Mas é certo, também, que a Carta Política não prevê contribuição social para inativos e pensionistas e nem possibilita, por meio de Emenda, atingi-los com uma contribuição própria de servidores exercentes do cargo efetivo.

5. Conclusões

1. Ainda que, em tese, pudesse a Constituição Federal, por via de Emenda, retirar o caráter retributivo da contribuição social em relação aos aposentados e pensionistas, por ausência do benefício específico, não poderia essa contribuição *sui generis* alcançar o aposentado (ato jurídico perfeito) ou aquele que já reuniu as condições para aposentar-se (direito adquirido). Um e outro têm direito adquirido à percepção dos proventos de conformidade com a lei vigente à época em que cada qual reuniu as condições para aposentar-se.

2. A tese do direito adquirido contra Emenda à Constituição já está consagrada pelo Excelso Pretório Nacional.

3. As conclusões acima nada têm a ver com a estranha e equivocada tese da imunidade tributária dos aposentados e pensionistas, lançada certamente com o propósito de indispor a opinião pública contra os que estão defendendo seus direitos, dentro dos limites constitucionais.

Notas

[1]. Não confundir com o efetivo direito de submeter-se ao concurso porque preencheu as condições da lei.

[2]. Pelo princípio da legitimidade em sentido estrito, as normas só são válidas à medida que não forem invalidadas pela maneira que a própria ordem jurídica determina (Kelsen, Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo : Martins Fontes, 1995, p. 121).

[3]. Art. 195 — A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, [...] e das seguintes contribuições sociais:

I — do empregador, da empresa e da entidade [...]

II — do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

HISTÓRIA JURÍDICA

A PENA DE MORTE NO BRASIL E NA VISÃO DO BACHARELANDO LUIZ GALLOTTI, POSTERIORMENTE PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma contribuição no centenário de nascimento do autor

Celso Leal da Veiga Júnior*

Sumário: 1. Introdução. 2. Informações biográficas de Luiz Gallotti. 3. Uma parte do discurso da colação de grau de Luiz Gallotti. 4. Transcrição do artigo “Pena de Morte”, produzido por Luiz Gallotti. 5. Luiz Gallotti e o “Governo do Judiciário”. 6. Considerações finais. 7. Referências das fontes pesquisadas.

1. Introdução

Trata-se de uma homenagem a Luiz Gallotti no Centenário de seu Nascimento, em agosto de 2004. Após minuciosa pesquisa, descobriu-se o artigo que segue identificado abaixo, produzido quando Luiz Gallotti era acadêmico de direito. O texto, em quatro etapas, foi publicado em Tijucas no Jornal “Tijucas”, “*Orgam do Partido Republicano Catharinense*”, nas edições

* *Mestre em Ciência Jurídica. Coordenador do Curso de Direito da Univali, Tijucas/SC.*

números 37 (1º de agosto de 1925), 38 (8 de agosto de 1925), 39 (15 de agosto de 1925) e 40 (22 de agosto de 1925), há 79 anos. Na sua reprodução procurou-se manter a redação original, preservando a essência fundamental no resgate da importante temática e da valorização de quem o escreveu como estudante, e que, em 1949, era Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que Luiz Gallotti completara 21 anos de idade quando publicou o trabalho ora reconstituído.

2. Informações biográficas de Luiz Gallotti

Luiz Gallotti nasceu a 15 de agosto de 1904 na cidade de Tijucas, Estado de Santa Catarina. Era filho do Coronel Benjamin Gallotti e de Francisca Angeli Gallotti. Fez os estudos primários em Tijucas. Estudou em Florianópolis. Coursou Direito na Universidade do Rio de Janeiro. Com distinção, colou grau em 1926 quando atuou como orador de sua turma. Consta que foi o “primeiro da sua turma nos seis annos em que cursou o Gymnasio Catharinense, obteve prêmios de medalha de ouro em todas as séries e, em 1919, conquistou o prêmio ‘Celso Bayma’ instituído pela Gazeta de Notícias do Rio para aquelle que, d’entre todos os alumnos do referido Gymnasio, mais se destacasse pelas suas victorias intellectuaes. Na Capital Federal, matriculando-se na Faculdade de Direito, da Universidade, perfez um luminoso curso, com a nota de distincção em todas as cadeiras, sendo eleito afinal, por unanimidade, orador official da sua turma. Foi-lhe facil assim conquistar a mais sincera admiração de Mestres e collegas”. Em 1927, foi nomeado Inspetor de Bancos no antigo Distrito Federal, e, no mesmo ano, restou eleito Deputado à Assembléia Constituinte do Estado de Santa Catarina. Em 1929, foi nomeado Procurador da República e, em 1945, era Interventor Federal no Estado de Santa Catarina. Em 12 de setembro de 1949, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo sido seu Presidente em duas oportunidades, de 14 de dezembro de 1966 a 11 de dezembro de 1968 e de 21 de janeiro a 6 de fevereiro de 1969. Aposentou-se em 15 de agosto de 1974. Representou o Estado de Santa Catarina no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Brasil. Faleceu na cidade do Rio de Janeiro em 14 de outubro de 1978.

3. Uma parte do discurso da Colação de Grau de Luiz Gallotti

Resgatando fatos históricos, conforme apurado no Jornal “Tijucas”, número 91, de 18 de fevereiro de 1927, é certo que o então bacharelando Luiz Gallotti, na sua formatura, fez alocação acalorada e provocativa, dizendo “donde nos vem essa crença que nos transfigura e faz brotar da nossa alma, como a um toque miraculoso comparável ao de Moysés, a fonte cantante e límpida do entusiasmo, que referve, recresce, estua, avulta e tumultua? Donde nos vem esse idealismo que nos dá scentelhas ao olhar, nos faz sorrir das idéas presagas, e põe no nosso peito um coração inflammado, que é uma lâmpada votiva a alumiar a cathedral dos nossos Sonhos? Donde nos vem essa Fé que nos encalma e tempera o espírito para a luta, que electriza e allucina, que dynamiza e movimenta? Vem, meus senhores, da observação experiente da sabedoria providencial. O Mal teve a sua hora derradeira e já nos acenam de longe as visões triumphaes e glorificantes do nosso futuro. Já se vem afastar-se, receiosas e aterrorizadas, as phalanges terríficas da Maldade e já se lhe afadiga a inventiva na comprehensão da sua despotencia. Tudo nos encaminha e orienta para a realização dessa grande propheta, sempre adiada e procrastinada, que é o Brasil. Tudo nos arrebatava e arrouba para a validade dos oráculos com que a nossa Pátria tem sido louvada. O instante do Mal teve o seu termo. Baldados lhe serão os esforços com que tentará reanimar-se. Inefficaz se tornará a concentração das suas energias debilitadas e depauperadas. A reacção organizou-se e levar-lhe-há de roldão os resíduos inoperantes. Rasgou-se, afinal, a trama compressor e suffocante que nos desoxygenava o ambiente, que nos rareava o ar, que nos difficultava a respiração, que nos escasseava a atmosphaera, que nos empequeneceu o horizonte. Por isso, senhores, porque o Tempo nos está affirmando a lição do velho Hugo, nos ‘Chatiments’ quando ensina que a omnipotencia do mal resultou sempre em esforços inúteis, por isso é que nos transformamos cada um,

neste instante, numa flamma do brazeiro immenso, em que se hão de consumir os restos de desanimo, desconfiança, desestímulo e desalento”.

4. Transcrição do artigo “Pena de Morte”, produzido por Luiz Gallotti

“Pena de Morte — A falsa supposição de que o Sr. Presidente da República propuzera ao Congresso, em sua mensagem deste anno, a introduccção da pena de morte em nosso systema repressivo, fez com que o assumpto, depois de largamente debatido pela imprensa, fosse também discutido no Centro Acadêmico Candido de Oliveira, em sessão de 4 do corrente. Indagava a these então proposta ‘si é admissível a pena de morte, em face da sciencia penal moderna’. Proferimos e justificamos nosso voto, que respondia negativamente a pergunta da these, tendo a ventura de verificar que, assim opinando, concordávamos com a quase unanimidade dos associados presentes. Diremos agora das razões, que nos induziram a combater, sem vacillação, a pena capital, em face dessa mesma escola positiva de direito criminal que, como legitima representante da sciencia penal moderna, é invocada por não poucos dos inthusiastas daquela pena. Não esqueceremos, outrosim, de, a seguir, architetar considerações que, de ordem social e humana, terão plenas justificativas no facto incontestado de não ser o problema em debate puramente jurídico. Encarada a questão em face da sciencia penal moderna, devemos dizer que nos sentimos bem, amparado nas opiniões de Lombroso, Ferri e Florian, embora nos seja opposto o parecer muito respeitável de Garofalo. Aliás, em assumpto da natureza deste que ora nos occupa, será bem mais attendível e mais valioso o parecer de Ferri proclamando o ‘sociologo’ do que o de Garofalo, proclamando o ‘jurista’. Quanto a Lombroso, convém assignalar que, favorável à pena de morte em ‘L’uomo Delinquente’ pode, depois de muita reflexão, chegar a condemnal-a com convicção em ‘Scuola Positiva’. Basta attender-se a evolução da pena, no correr dos séculos, desde os tempos primitivos até os nossos dias, para concluir que a pena de morte tem contra si a condemnação

inappellavel dos princípios que dominam a moderna penologia. Si a pena deixou de apoiar-se no mero desejo de vingança, para buscar um amparo mais social e mais nobre na necessidade de defender a sociedade e corrigir os transviados do caminho do dever, como sustentar, attentos os ensinamentos da sciencia penal moderna, a admissibilidade da pena de morte? Por que havemos de preferir a sociedade torpe que vinga e que mata, sem corrigir, a sociedade humanitária que cura moralmente e regenera, sem assassinar? Sancconar a pena capital, seria realizar um retrocesso, seria voltar ao barbarismo e à deshumanidade do talião e da vindicta, que tanto revoltam e repugnam as consciencias honestas. Adoptal-a seria dar razão a Annatole France quando, censurando a justiça dos homens, lastima que a sociedade, para punir o criminoso, invente e execute os mesmos meios que aquelle empregou para offendel-a. Convém que lhe reproduzamos as palavras altiloqüentes nas Opinions de M. Jérôme Coignard. *'Au rebours, je réproûve á ce point le vol et l'assassinat, que je n'en puis souffrir même la copie régularisée par les lois, et il m'est pénible de voir que les juges n'ont rien trouvé de mieux, pour châtier les larrons est les homicides, que de les imiter; car, de bonne foi, qu'est-ce que l'amende et la peine de mort, sinon lê vol et l'assassinat perpetrés avec une auguste exactitude? Et ne voyez-vous point que notre justice ne tend, dans toute as superbe, qu'a cette honte de venger un mal par un mal, une misère par une misère, et de doubler, pour l'équilibre et la symètrie, les délits et les crimes?'* Não nos podemos conformar com o ridicularismo dos que aplaudem a pena capital. Si se póde corrigir o criminoso (dos incorrigíveis falaremos depois) e assim defender a sociedade, sem matar, porque se ha de teimar em pleitear o 'assassinato legal', segundo a forte expressão de Beccària? Poderia merecer louvores o procedimento do médico que, diante da dificuldade de cural-o, tirasse a vida ao seu cliente? No entanto, é esta a lógica dos que aplaudem a pena bárbara, lógica muito igual à daquelles que pretendem fazer cessar os adultérios, supprimindo o casamento e instituindo o amor livre (por isso que, dizem *matrimonium et adulterium sunt correlata*). É a lógica desses engraçados reformadores das medidas extremas e rabiscaes. É a lógica interessante de quem só pode concertar as cousas más, fazendo-as desaparecer. É, em

summa, a lógica original de quem só sabe melhorar a vida matando. Objectar-nos-ão, com certeza, que não pedem a pena de morte para os que possam ser corrigidos, mas só para os incorrigíveis, para os inadaptáveis à vida social. E que assim seja. Mas onde a certeza do que o individuo não é corrigível? Onde a segurança da sua inadaptabilidade? Por que meio obtel-a? Como poderá um conselho de jurados (desses que nós tão bem conhecemos) na ligeira duração de um julgamento, a luctar com as incertezas da nossa sciencia e com a fallibilidade de tudo que é humano, como poderá elle, em taes condições, affirmar, com a tranqüillidade dos que não titubeiam, que o réo sob o seu julgamento é um individuo incorrigível e inadaptável? Além do que vale observar que, a prevalecer o critério da inadaptabilidade, a admitir-se que os inadaptáveis devem ser eliminados, terão de recuar os defensores da pena deshumana ante a objecção de Ferri que adeante exporemos (a primeira das três apontadas). Não nos demoraremos em mostrar que o direito à vida, sendo um direito preexistente e innato, natural e humano, que independe por isso mesmo do reconhecimento do Estado, não pode ficar à mercê deste. O poder de tirar a vida, que se pretende attribuir ao Estado, é absurdo, monstruoso e anti-humano, sob qualquer aspecto que se o encare. Tão pouco insistiremos no argumento vigoroso que decorre dos erros judiciários e da sua conseqüente irreparabilidade nas hypotheses de condemnação à pena de morte. São numerosos e conhecidos os casos reaes de condemnações, cuja injustiça se patenteou evidente e inilludível, após a execução, isto é, quando nada mais se podia fazer para reparar o erro judiciário. É a sociedade então, que, imitando a vileza dos desprovidos de sensibilidade moral, rouba sem piedade a vida de alguém que culpa não teve. É então o dever público que, da sua alta missão de distribuir justiça, desce ao officio indigno de assassino cruel de innocentes. E, indagamos, póde um espírito nobre assistir sem protesto espetáculo tão doloroso? Mas esses casos constituem excepções. Argumentemos com a regra. Eurico Ferri, essa mentalidade poderosa, que domina a escola positiva, oppoz à pena de morte as seguintes objecções, que nos parecem de inteira procedência: a) Si se adoptasse a pena capital, como meio de selecção, seríamos forçados a condemnar à morte todos os individuos mal

conformados ou feridos de males incuráveis e doenças contagiosas; b) A pena de morte pôde ser substituída pela deportação ou pelo insulamento do criminoso por tempo indeterminado; c) são problemáticas a utilidade e a eficácia de tal pena (Ferri, *Sociologia Criminal*, ps. 588-602). É verdade que Garofalo e outros procuraram responder a essas objecções. Mas não o fizeram, de maneira, a convencer. Assim: a) Contra a primeira objecção de Ferri 'afirmou-se que, para indivíduos mal conformados ou feridos de males incuráveis e doenças contagiosas, é de prevêr, que mais ora, mas logo, a sciencia lhes atinará com o modo de os tornar estéreis, mas enquanto não se descobre esse meio, as leis civis podem entrar a reproducção de taes indivíduos, já lhes proibindo o casamento, já os recolhendo em estabelecimentos especiaes'. Facilmente, se vê que a consideração não procede. E isso porque os mesmos meios apontados como capazes de tornar inoffensivos os doentes referidos, poderiam ser empregados perfeitamente para defender a sociedade contra os criminosos de índole (proibição de casamento etc.). b) Contra a segunda 'asseverou-se que actualmente é difícil a deportação'. Ainda aqui que não nos parece que tenha valor a resposta. Si é impossível a deportação, resta o insulamento. Mas si apenas difícil (o que ainda assim é discutível) será bem mais justo que vençamos com sacrifício embora, as difficuldades occorrentes, do que sacrifiquemos inutilmente a vida de um homem. Assim o exigem a nossa civilização e a nossa cultura, a nossa consciência e o nosso sentimento de justiça. É o caso de dizermos como João Chaves que 'medida tão extrema, qual a pena de morte, fortemente repugnante ao nosso estado de cultura e civilização actuaes, só se justificaria em relação ao criminoso, se não houvesse um outro meio seguro e conveniente de eliminação, isto é, capaz de garantir contra ella a ordem social e de promover, se possível, a sua emenda ou modificação'. Ora, este meio existe e é o internamento, susceptível de prolongar-se indeterminadamente ou não, até à perpetuidade, na hypothese de inadaptabilidade evidente (João Chaves, *Sciencia Penitenciária*, p. 360). Garofalo combate esse ponto, agarrando-se ao lado econômico da questão. Acha o eminente jurista italiano que preferir o insulamento por tempo indeterminado à pena de morte, equivale a esquecer a considerável despesa que

daquelle resulta para o Estado. Retruca com vantagem João Chaves: 'Para destruir o argumento de Garofalo bastará não perder de vista que a pena de morte, como qualquer outra, não há de ser preconizada ou repellida por motivos estranhos à sciência penitenciária. Esta é que estuda as funcções da pena e os meios práticos de a adaptar a estas funcções. Logo, sómente ella há de decidir a controvérsia da procedência ou improcedência desta penalidade. A economia, já dissemos, pode ser desejável em relação aos problemas penitenciários, se ella implica maior possibilidade de execução de taes problemas; mas ninguém sustentará que seja razão, que deva sobrelevar aos princípios de ordem scientifica especial, pelos quaes se deve reger toda penalidade'. É essa incontestavelmente a verdade scientifica. E é esta a verdade humana, affirmada por Anatole, quando recrimina com palavras de fogo 'essa justiça que não tem por objecto o jústo mas o útil'. E poderíamos accrescentar ainda que a objeção de Garofalo cae por terra, si se attender a que o criminoso condemnado a insulamento poderá com o producto do seu trabalho, indemnisar o Estado das expensas com elle feitas. E mais, poderá auxiliar a manutenção de sua família que, executado o chefe, ficará provavelmente em abandono. O argumento máximo que os adeptos da pena de morte invocam e alardeiam está no supposto poder de intimidação dessa maneira de punir. Entendem que, adoptada a pena de morte, a criminalidade diminue, graças ao seu valor intimidativo. Não nos valeremos da observação com que João Chaves procurou refutar esse argumento. Ao citado autor se afigura iníquo e revoltante procurar fazer da intimidação funcção específica da pena. 'Si a punição como princípio de direito público é rigorosamente pessoal, no sentido de que não pode passar da pessoa do delinqüente, nem a ella afecctar por ato ou consideração estranha a sua actividade criminosa; e, como preceito de penologia ou mais latamente de política criminal, é também obra puramente individual. Como organizal-a, portanto, em contraposição a estes preceitos para operar especialmente a intimidação da massa?' (*op. cit.* p. 362). Não ratificaremos essas considerações, por nos parecerem aberrantes do moderno conceito da pena, segundo escola positiva. Provado que fosse o extraordinário poder de intimidação, atribuído por seus adeptos à pena capital, concordaríamos em ver

nessa vantagem uma razão apreciável em favor da sua adopção: é que, punindo os criminosos, o poder público visa principalmente proteger a sociedade contra as investidas damnosas dos maus elementos. Mas esse pretense poder intimidativo não existe, sinão na imaginação dos que o apregoam. Em primeiro lugar, com relação aos criminosos natos ou de índole, é sabido que pena alguma os impressiona. Nenhuma, nem mesmo a de morte, seria capaz de demover o delinqüente dessa natureza da prática do crime. É por demais conhecida a obtusão da sensibilidade physica e dolorifica nesses criminosos, a ponto de, quando condemnados à pena capital, zombarem de quantos os cercam e pilheriarem com os que terão de executar, até o momento derradeiro de vida. É o caso de Allard que, na occasião em que era lida a sua sentença de morte, fumava, dizendo: 'E fumo este cigarro com premeditação e emboscada'. Um outro, no momento em que o carrasco lhe chanfrava a camisa em volta do pescoço para facilitar o processo de decapitação, recommendou-lhe, gracejando: 'Cobri-me bem as espáduas, que não estou para apanhar um resfriamento'. Cesário, referindo-se, perante o Juiz, ao momento final do cadafalso, dizia: 'Essa última scena sera então particularmente bella'. E assim innumerous cassos referidos pelo Professor Esmeraldino Bandeira em conferência que proferiu a alumnos e está publicada na Revista de Direito e Processo Penal (vol. 1º, p. 339). De sorte que não serão os delinqüentes natos que a pena de morte poderá intimidar. Mas quanto aos criminosos de outras categorias? Terá a pena capital, em relação a elles, o benéfico effeito de intimidação, que se lhe atribue? Estamos pela negativa. Parece-nos irrespondível a argumentação de Ferri: 'E a efficacia preventiva e intimidante de pena de morte é muito problemática quando se a examina, não segundo as nossas próprias impressões de homens normaes, na calma do espirito, mas segundo os dados da psychologia criminal, que é seu único terreno verdadeiro de observação. Com effeito, aquelle que comette um crime, ou é transportado por uma paixão súbita e então não pensa em nada; ou bem age com calma e premeditação e então é determinado a agir não por uma comparação hypothetica entre a pena de morte ou a reclusão perpetua, mas sómente pela esperança de impunidade: sobretudo os criminosos natos cujo character psychologico fundamental, de par com a insen-

sibilidade moral é justamente a imprevidência excessiva'. É uma observação profundamente científica e verdadeira que não vemos como se possa destruir. No mesmo sentido argumentam Bentham e Cuche. O primeiro faz ver que admite que a pena de morte atemorise o criminoso, mas só depois do crime perpetrado. 'A intimidação, observa, começa na hora mesmo em que o delinqüente commetteu o crime; não lhe deixa repouso algum durante a perseguição; redobra quando elle é preso; augmenta por grãos à medida que a instrução torna sua condemnação mais certa; chega ao cumulo de no intervallo da sentença para a execução (Bentham, *Theorie des peinas et des recompenses*, p. 254)'. Bati-dos em toda a linha, no terreno da psychologia, como no da sociologia, os entusiastas da pena capital socorrem-se das estatísticas. Mas ainda aqui não são felizes porque os resultados dessas estatísticas são contradictorios e, em muitos casos, não são favoráveis. Citaremos alguns exemplos lembrados por autores de nomeada como Adolphe Prins e Garraud. Na Toscana, a cessação das execuções de 1774 a 1816 e de 1831 por diante não correspondeu ao augmento dos crimes e a 'segurança pública era considerada como infinitamente maior do que no resto da Itália'. Na América do Norte, no Estado de Michigan, a suppressão da pena de morte não acarretou o augmento dos assassinatos, consoante informação que nos é fornecida por Mittermayer. Na Bélgica, segundo testemunho de Le Jeune, em 1893, a grande criminalidade está estacionária desde 1831, sem que a grande diminuição, a princípio, e, depois, a abolição de facto da pena de morte tenha determinado a sua recrudescencia. E o mesmo foi observado em innumerous outros paizes, que os autores citados assignalam. Não encerraremos este modesto estudo, sem referir razões de sentimentalismo e de humanidade que contribuíram para fortalecer em nosso espírito a convicção que vimos de affirmar sem hesitação, de que a pena de morte merece o repúdio das consciências sãs e dos espíritos bem formados. E não nos envergonhamos de appellar para essas razões, que nascem do coração e nelle tem o motivo de sua nobreza, por isso mesmo que não nos acanhamos de pedir ao Jury que julgava um desgraçado, forçado, por sua miséria, a entregar-se à insegurança do nosso patrocínio, e cuja innocência estava legalmente provada nos autos, — que não

attendesse exclusivamente às razões jurídicas cabíveis na espécie, mas considerasse também, como tribunal de homens que era, e de homens de coração, a situação dolorosa do acusado. É que, no acertado dizer do Professor Sá Pereira, 'soberana não é a lei, soberana é a vida'. Sim, soberana a vida, nas suas exigências e nas suas imposições, muita vez inelutáveis. Invocaremos, nessa ordem de idéas, a opinião do grande Lamartine e o parecer do immortal Victor Hugo, esse vulto gigantesco, que não é da França porque a humanidade o reivindicou para si, e que, já em suas monumentaes obras (como nos 'Últimos dias de um condenado'), já no Parlamento Francês, clamava contra a pena de morte, fulminando-a e dizendo que representava um retrocesso à barbaria, uma vergonha para a civilização. Pouco importa que a temeridade de um Zola affirme que '*Victor Hugo reste un grand poète, mais que le philosophe et le moraliste nous fonte rire*'. Hugo, é sempre, queira ou não queira Zola, o espírito mais brilhante do seu século, e tanto basta para que tenha valor a sua opinião. Com referência ao Brasil, vemos razões muito particulares e dignas de acatamento que são infensas a adopção da pena de morte. É que o sentimentalismo do seu povo (não, note-se bem, o sentimentalismo cégo e doentio que poupa injustificavelmente o criminoso, mas aquelle outro, salutar e nobre, que clama contra os castigos bárbaros e anti-humanos), esse sentimentalismo, repetimos, corroborado pelas poderosas considerações de ordem científica e moral que repellem a pena de morte, fez com que ella merecesse da consciência nacional o mais decisivo e significativo repudio. Temos prova disso na circunstância de, consagrada embora pela Constituição do Império e prevista no Código Criminal de 1830, ter sido raríssima a sua applicação. É o facto assinalado por João Barbalho, nessas palavras 'Não a tolerava mais o estado de nossos costumes e foram-se tornando raras as execuções, a ponto de se poder affirmar com a commissão do Congresso Constituinte a propor a abolição de tal pena, que ella de facto estava abolida entre nós. Repugnava ao jury, expressão da consciência pública; repugnava ao magistrado, órgão do direito; repugnava aos que eram chamados a executar-a, como de suas recusas se evidenciava; repugnava ao imperante, em honra sua se diga, como o mostravam os decretos de commutação. Todos a condenavam. E

A República executou essa condenação (Barbalho, Constituição Federal Brasileira, p. 442). Barbalho relata ainda o facto notável ocorrido por ocasião de ser executado no Recife o grande Frei Caneca. Não comparecera o carrasco. Todos os sentenciados se recusaram, sem que valessem ameaças ou violências. O valoroso martyr, cansado de esperar o fim, suggeriu então que em vez de enforcado fosse arcabusado pela tropa. Factos como este, e tão fortemente expressivos, revelam com nitidez a repugnância que à consciência nacional sempre causou a pena horrorosa. Por fim, abordaremos a questão da pena de morte para o crime político. Nada há que a justifique, e nós que a combatemos para os crimes comuns, não precisamos repetir agora que, com maior convicção, a condenamos quando destinada à repressão dos delictos méramente políticos. A própria natureza destes fez com que a sociedade internacional não admittisse em relação a elles a extradição. Criminosos embora, e capazes de com seus actos de insânia e de impatriotismo arruinarem uma nação, os autores de crimes políticos foram julgados mercedores dessa excepção protectora de sua liberdade, em virtude da sua menor temibilidade, da sua relativa periculosidade. É que, no dizer de Lafayette, o criminoso político, normalmente, é antes victima do erro do que instrumento da perversidade. E, sendo assim, não vemos como se possa pleitear a pena capital para criminosos que, por deliberação, unânime e já passada em julgado, das nações civilizadas nem ao menos podem ser extraditados. É verdade que, na Rússia, eram condemnados à morte os criminosos políticos, mas esse exemplo vergonhoso da Rússia tirannizada e oprimida pelo despotismo illimitado. De um czar todo-poderoso, é antes para causar revolta do que para merecer acolhimento. Na própria França, onde durante algum tempo vigorou para os delictos políticos, a sua abolição foi obtida com applausos entusiasticos do povo francêz. E mais do que isso, rejubilava-se, com elle, a humanidade inteira, porque se tratava antes de uma reivindicação sua e de uma conquista para a civilização, do que propriamente uma Victória da França”.

5. Luiz Gallotti e o “Governo do Judiciário”

Conforme João José Ramos Schaefer, com “a deposição de Getúlio Vargas, a 30 de outubro de 1945, resultado de amplo movimento popular pelo retorno às práticas democráticas, as Forças Armadas entregaram a chefia do Governo Federal ao Ministro José Linhares, Presidente do Supremo Tribunal Federal. Na mesma data, o novo Presidente da República baixou a Lei Constitucional n. 11, alterando o art. 92 da Constituição de 1937, permitindo que ‘os juízes, ainda que em disponibilidade’, a par de funções públicas eleitorais, que já lhes eram autorizadas pela Lei Constitucional n. 10, de 26-5-45, pudessem ‘exercer cargo em comissão e de confiança direta do Presidente da República ou dos Interventores Federais nos Estados [...]’. Iniciava-se ali o que se convencionou chamar de ‘Governo do Judiciário’ e que se destinava, precipuamente, a dirigir o processo da eleição do Presidente da República, em data a ser fixada no prazo de noventa dias, contados de 28-2-45. Imediatamente após, foram nomeados os novos Interventores, recaindo a escolha, para a Interventoria em Santa Catarina, no Dr. Luiz Gallotti, catarinense que fora Deputado Constituinte em nosso Estado em 1934, e que, na ocasião, ocupava as funções de Procurador da República”. Assim, Luiz Gallotti foi nomeado para o cargo, assumindo em 8 de novembro de 1945 e deixando-o em 5 de fevereiro de 1946. Ainda em relação a Luiz Gallotti, para Schaefer, “Quem teve o privilégio de conhecê-lo – e eu o tive, quando o homenageei pela OAB/SC, em 1972 —, sabia que seu espírito afável, sereno, firme na defesa de suas convicções, atuando sempre no estrito respeito à lei e à Constituição, haveria de executar a missão que recebeu do Governo Federal com tirocínio e brilhantismo, assegurando a supremacia da vontade popular, em clima de tranqüilidade e espírito público, no primeiro pleito eleitoral que se realizava após o obscuro período de 1937 a 1945”.

6. Considerações finais

6.1. Considerando o artigo produzido por Gallotti sobre a pena de morte, constata-se que, desde a tenra juventude, o jurista era intransigente defensor da vida.

6.2. Luiz Gallotti demonstrava grande respeito ao sentimento religioso, com inabalável fé em ente superior.

6.3. Por meio do citado artigo, Luiz Gallotti acreditava em uma sociedade melhor e mais justa.

6.4. Luiz Gallotti conciliava a intenção da norma com as aspirações dos destinatários.

6.5. Luiz Gallotti sustentava suas opiniões com base em argumentos reconhecidos.

6.6. Contrário à pena de morte, o estudante de Direito produziu o artigo acima transcrito e que permanece atual, havendo de perpetuar-se como referência para os estudos jurídicos.

6.7. Marcando o centenário de nascimento de Luiz Gallotti, em Tijucas, município de Santa Catarina, foram programadas atividades, envolvendo o Poder Judiciário Estadual; o Ministério Público Estadual; a Ordem dos Advogados do Brasil, OAB/SC; o Instituto Histórico e Geográfico do Estado de Santa Catarina; a Associação Catarinense de Imprensa; os Poderes Legislativo e Executivo do Município e os docentes e discentes do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

6.8. Luiz Gallotti parecia ser admirador de Victor Hugo, incorporando, talvez, a lição de Eça de Queirós, que dizia “Victor Hugo, a quem chamávamos de ‘papá Hugo’ ou ‘Senhor Hugo-Todo-Poderoso’, não era para nós um astro — mas o Deus mesmo, inicial e imanente, de quem os astros recebiam a luz, o movimento e o ritmo”.

6.9. Se para Luiz Gallotti “o direito à vida, sendo um direito preexistente e innato, natural e humano, que independe por isso mesmo de reconhecimento do Estado, não pôde ficar a mercê deste”, a pena de morte jamais poderá prevalecer.

6.10. Inegáveis os exemplos de Luiz Gallotti, que externou amor à vida, à família e aos preceitos educacionais. Talvez tenha sido influenciado por Victor Hugo, que ensinou: “Toda doutrina social que visa a destruir a família é má e, de mais a mais, inaplicável [...] Quando decompuserdes uma sociedade, o que encontrareis como resíduo final não será o indivíduo e sim a família”.

7. Referências bibliográficas

GALLOTTI, Luiz. Pena de morte. *Jornal Tijucas*. Tijucas, Santa Catarina, n. 37, p. 2, 1º ago. 1925.

_____ Pena de morte. *Jornal Tijucas*. Tijucas, Santa Catarina, n.38, p. 2, 8 ago. 1925.

_____ Pena de morte. *Jornal Tijucas*. Tijucas, Santa Catarina, n. 39, p. 3, 15 ago. 1925.

_____ Pena de morte. *Jornal Tijucas*. Tijucas, Santa Catarina, n. 40, p. 2, 22 ago. 1925.

JORNAL TIJUCAS. Tijucas, Santa Catarina, número 91, 18 fev. 1927. Semanal.

RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal nova fronteira de citações*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. 1.051 p.

SCHAEFER, João José Ramos. O governo judiciário em Santa Catarina. A interventoria Luiz Gallotti. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, Santa Catarina, volume 96, p. 25 a 31, 4o trimestre de 2001, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Galeria dos Presidentes*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> (acesso em: 24 abr. 2004).

O JUSTO E A JUSTIÇA POLÍTICA¹

Rui Barbosa

Para os que vivemos a pregar à república o culto da justiça como o supremo elemento preservativo do regímen, a história da paixão, que hoje se consuma, é como que a interferência do testemunho de Deus no nosso curso de educação constitucional. O quadro da ruína moral daquele mundo parece condensar-se no espetáculo da sua justiça, degenerada, invadida pela política, juguete da multidão, escrava de César. Por seis julgamentos passou Cristo, três às mãos dos judeus, três às dos romanos, e em nenhum teve um juiz. Aos olhos dos seus julgadores refulgiu sucessivamente a inocência divina, e nenhum ousou estender-lhe a proteção da toga. Não há tribunais, que bastem, para abrigar o direito, quando o dever se ausenta da consciência dos magistrados.

Grande era, entretanto, nas tradições hebraicas, a noção da divindade do papel da magistratura. Ensinavam elas que uma sentença contrária à verdade afastava do seio de Israel a presença do Senhor, mas que, sentenciando com inteireza, quando fosse apenas por uma hora, obrava o juiz como se criasse o universo, por-

1 *Escritos e Discursos Seletos de Rui Barbosa, número 19 da série brasileira da Biblioteca Luso-Brasileira, coleção que se publica no Rio de Janeiro pela Editora José Aguilar Ltda., 1960, p. 821-825.*

quanto era na função de julgar que tinha a sua habitação entre os israelitas a majestade divina. Tão pouco valem, porém, leis e livros sagrados, quando o homem lhes perde o sentimento, que exatamente no processo do justo por excelência, daquele em cuja memória todas as gerações até hoje adoram por excelência o justo, não houve no código de Israel norma, que escapasse à prevaricação dos seus magistrados.

No julgamento instituído contra Jesus, desde a prisão, uma hora talvez antes da meia-noite de quinta-feira, tudo quanto se fez até ao primeiro alvorecer da sexta-feira subsequente, foi tumultuário, extrajudicial, a atentatório dos preceitos hebraicos. A terceira fase, a inquirição perante o sinedrim, foi o primeiro simulacro de forma judicial, o primeiro ato judicatório, que apresentou alguma aparência de legalidade, porque ao menos se praticou de dia. Desde então, por um exemplo que desafia a eternidade, recebeu a maior das consagrações o dogma jurídico, tão facilmente violado pelos despotismos, que faz da santidade das formas a garantia essencial da santidade do direito.

O próprio Cristo delas não quis prescindir. Sem autoridade judicial o interroga Anás, transgredindo as regras assim na competência, como na maneira de inquirir; e a resignação de Jesus ao martírio não se resigna a justificar-se fora da lei: “Tenho falado publicamente ao mundo. Sempre ensinei na sinagoga e no templo, a que afluem todos os judeus, e nunca disse nada às ocultas. Por que me interrogas? Inquire dos que ouviam o que lhes falei: esses sabem o que eu lhes houver dito”. Era apelo às instituições hebraicas, que não admitiam tribunais singulares, nem testemunhas singulares. O acusado tinha jus ao julgamento coletivo, e sem pluralidade nos depoimentos criminaidores não poderia haver condenação. O apostolado de Jesus era ao povo. Se a sua prédica incorria em crime, deviam pulular os testemunhos diretos. Esse era o terreno jurídico. Mas, porque o filho de Deus chamou a ele os seus juizes, logo o esbofetearam. Era insolência responder assim ao pontífice. *Sic respondes pontifici?* Sim, revidou Cristo, firmando-se no ponto de vista legal: “se mal falei, traze o testemunho do mal; se bem, por que me bates?”

Anás, desorientado, remete o preso a Caifás. Este era o sumo sacerdote do ano. Mas, ainda assim, não tinha a jurisdição, que era privativa do conselho supremo. Perante este já muito antes descobrira o genro de Anás a sua perversidade política, aconselhando a morte a Jesus, *para salvar a nação*. Cabe-lhe agora levar a efeito a sua própria malignidade, “cujo resultado foi a perdição do povo, que ele figurava salvar, e a salvação do mundo, em que jamais pensou”.

A ilegalidade do julgamento noturno, que o direito judaico não admitia nem nos litígios civis, agrava-se então com o escândalo das testemunhas falsas, aliciadas pelo próprio juiz, que, na jurisprudência daquele povo, era especialmente instituído como o primeiro protetor do réu. Mas, por mais falsos testemunhos que promovessem, lhe não acharam a culpa, que buscavam. Jesus calava. *Jesus autem tacebat*. Vão perder os juízes prevaricadores a segunda partida, quando a astúcia do sumo sacerdote lhes sugere o meio de abrir os lábios divinos do acusado. Adjura-o Caifás em nome de Deus vivo, a cuja invocação o filho não podia resistir. E diante da verdade, provocada, intimada, obrigada a se confessar, aquele, que a não renegara, vê-se declarar culpado de crime capital: *Reus est mortis*. “Blasfemou! Que necessidade temos de testemunhas? Ouvistes a blasfêmia”. Ao que clamaram os circunstantes: “É réu de morte”.

Repontava a manhã, quando a sua primeira claridade se congrega o sinedrim. Era o plenário que se ia celebrar. Reunira-se o conselho inteiro. *In universo concilio*, diz Marcos. Deste modo se dava a primeira satisfação às garantias judiciais. Com o raiar do dia se observava a condição da publicidade. Com a deliberação da assembléia judicial, o requisito da competência. Era essa a ocasião jurídica. Esses eram os juízes legais. Mas juízes, que tinham comprado testemunhas contra o réu, não podiam representar senão uma infame hipocrisia da justiça. Estavam mancomunados, para condenar, deixando ao mundo o exemplo, tantas vezes depois imitado até hoje, desses tribunais, que se conchavam de véspera nas trevas, para simular mais tarde, na assentada pública, a figura oficial do julgamento.

Saía Cristo, pois, naturalmente condenado pela terceira vez. Mas o sinedrim não tinha o *jus sanguinis*, não podia pronunciar a pena de morte. Era uma espécie de júri, cujo *verdictum*, porém, antes opinião jurídica do que julgado, não obrigava os juízes romanos. Pilatos estava, portanto, de mãos livres, para condenar, ou absolver. “Que acusação trazeis contra este homem?” Assim fala por sua boca a justiça do povo, cuja sabedoria jurídica ainda hoje rege a terra civilizada. “Se não fosse um malfeitor, não to teríamos trazido”, foi a insolente resposta dos algozes togados. Pilatos, não querendo ser executor num processo, de que não conhecera, pretende evitar a dificuldade, entregando-lhes a vítima: “Tomai-o, e julgai-o segundo a vossa lei”. Mas, replicam os judeus, bem sabes que “nos não é lícito dar a morte a ninguém”. O fim é a morte, e sem a morte não se contenta a depravada justiça dos perseguidores.

Aqui já o libelo se trocou. Não é mais de blasfêmia contra a lei sagrada que se trata, senão de atentado contra a lei política. Jesus já não é o impostor que se inculca filho de Deus: é o conspirador, que se coroa rei da Judéia. A resposta de Cristo frustra ainda uma vez, porém, a manha dos caluniadores. Seu reino não era deste mundo. Não ameaçava, pois, a segurança das instituições nacionais, nem a estabilidade da conquista romana. “Ao mundo vim”, diz ele, “para dar testemunho da verdade. Todo aquele que for da verdade, há de escutar a minha voz”. A verdade? Mas “que é a verdade”? pergunta definindo-se o cinismo de Pilatos. Não cria na verdade; mas a da inocência de Cristo penetrava irresistivelmente até o fundo sinistro dessas almas, onde reina o poder absoluto das trevas. “Não acho delito a este homem”, disse o procurador romano, saindo outra vez ao meio dos judeus.

Devia estar salvo o inocente. Não estava. A *opinião pública* faz questão da sua vítima. Jesus tinha agitado o povo, não ali só, no território de Pilatos, mas *desde Galiléia*. Ora acontecia achar-se presente em Jerusalém o tetrarca da Galiléia, Heródes Antipas, com quem estava de relações cortadas o governador da Judéia. Excelente ocasião, para Pilatos, de lhe reaver a amizade, pondo-se, ao mesmo tempo, de boa avença com a multidão inflamada pelos príncipes dos sacerdotes. Galiléia era o *forum originis*

do Nazareno. Pilatos envia o réu a Heródes, lisonjeando-lhe com essa homenagem a vaidade. Desde aquele dia um e outro se fizeram amigos, de inimigos que eram. *Et facti sunt amici Herodes et Pilatus in ipsa die; nam antea inimici erant ad invicem*. Assim se reconciliam os tiranos sobre os despojos da justiça.

Mas Herodes também não encontra, por onde condenar a Jesus, e o mártir volta sem sentença de Herodes a Pilatos que reitera ao povo o testemunho da intemerata pureza do justo. Era a terceira vez que a magistratura romana a proclamava. *Nullam causam invenio in homine isto ex his, in quibus eum accusatis*. O clamor da turba recrudescer. Mas Pilatos não se desdiz. Da sua boca irrompe a quarta defesa de Jesus: “*Que mal fez ele? Quid enim mali fecit iste?*” Cresce o conflito, acastelam-se as ondas populares. Então o procônsul lhes pergunta ainda: “Crucificareis o vosso rei?” A resposta da multidão em grita foi o raio, que desarmou as evasivas de Herodes: “Não conhecemos outro rei, *senão César*”. A esta palavra o espectro de Tibério se ergueu no fundo da alma do governador da província romana. O monstro de Cáprea, traído, consumido pela febre, crivado de úlceras, gafado da lepra, entretinha em atrocidades os seus últimos dias. Traí-lo era perder-se. Incurrer perante ele na simples suspeita de infidelidade era morrer. O escravo de César, apavorado, cedeu, lavando as mãos em presença do povo: “Sou inocente do sangue deste justo”.

E entregou-o aos crucificadores. Eis como procede a justiça, que se não compromete. A história premiou dignamente esse modelo da suprema cobardia na justiça. Foi justamente sobre a cabeça do pusilânime que recaiu antes de tudo em perpétua infâmia o sangue do justo.

De Anás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as deserções da justiça, corrompida pela facções, pelos demagogos e pelos governos. A sua fraqueza, a sua inconsciência, a sua perversão moral crucificaram o Salvador, e continuam a crucificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma, tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo do direito, um advogado da verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de

idéias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a *ordem pública*, o pretexto, que renasce, para exculpar as transações dos juízes tíbios com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado, que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremo, como quer te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.

NOTICIÁRIO

SESSÃO SOLENE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA PARA ENTREGA DE MEDALHAS DO MÉRITO JUDICIÁRIO A ILUSTRES PERSONALIDADES CATARINENSES

Em homenagem aos 113 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi realizada, às 18h30min do dia 1º-10-2004, sessão solene do Tribunal Pleno, sob a Presidência do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, com a entrega de medalhas do Mérito Judiciário Catarinense, nos graus Grande Mérito e Insignia, aos Senhores Min. José Júlio Pedrosa; Sen. da República, Jorge Konder Bornhausen; Diretor do BRDE, Dr. Casildo Maldaner; Presidente do Tribunal de Contas, Dr. Salomão Ribas Júnior; Cel. da PM Jorge Martins e Algemiro Manique Barreto e Mário José Gonzaga Petrelli, ambos empresários em Santa Catarina.

Em nome dos agraciados, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Salomão Ribas Júnior, Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, fez uso da palavra:

“Senhoras e Senhores, apenas a honra de receber, na companhia de tão ilustres conterrâneos, a medalha da Ordem do Mérito Judiciário de meu Estado já me faz legitimamente orgulhoso. A ela, a bondade do eminente Presidente da mais alta Corte de Justiça de Santa Catarina, fez acrescentar a não menor distinção de falar em nome dos agraciados. Há, entre nós, outros melhores qualificados para essa fala, mas não pude recusar o convite do eminente Desembargador Jorge Mussi, meu amigo de décadas e a quem, como cidadão e magistrado, devoto grande admiração.

Somos nós, os agraciados, pessoas de várias origens, professamos as nossas crenças e defendemos as nossas idéias fiéis às nossas convicções pessoais e por isso mesmo únicas. E se merecemos, neste momento, a mesma distinção do Tribu-

nal de Justiça de Santa Catarina é porque, penso, temos algumas coisas em comum. Ouso dizer que o que mais nos aproxima são escolhas que fizemos em um momento qualquer de nossas vidas. A primeira escolha foi termos por lar o Estado de Santa Catarina, por povo a gente catarinense. Alguns por nascimento e outros por opção, somos todos catarinenses no sentir e no amar a terra, as tradições, a gente que em Santa Catarina ajuda a construir a grandeza do Brasil. A outra escolha foi a vida pública, seja na política, na missão militar, na comunicação social. Sempre esteve presente nas múltiplas funções que exercemos a idéia do serviço público, das causas do interesse público. Como eu gostaria de poder exprimir adequadamente os sentimentos e a emoção de todos e de cada um no recebimento desta honraria.

É muito difícil que o consiga, mas posso me aproximar da realização desse desejo dizendo que se 'o objetivo da medida é prestar justa homenagem àqueles cidadãos que se destacaram de forma notável contribuindo, direta ou indiretamente, para o engrandecimento da justiça catarinense' ou que 'apresentaram alto grau de qualidade profissional', como traduz o texto do convite para esta cerimônia, o que nos une, neste momento alto de nossas vidas, é a dedicação à vida pública e à defesa dos superiores interesses do povo catarinense, de nossos irmãos e irmãs catarinenses. É a nossa identidade catarinense. Bem melhor diria o eminente Ministro José Júlio Pedrosa, aquele cuja carreira militar acompanhei à distância, mas que por certo es-

taria mais emocionado falando nesta Casa que foi honrada pela presença em passado não muito remoto por seu saudoso pai, o Desembargador Severino Nicomedes Alves Pedrosa. Ou os nossos eminentes políticos Senador Jorge Konder Bornhausen, um amigo certo inclusive de minhas horas incertas, ou o Senador Casildo Maldaner, também meu amigo de quatro décadas. Ambos sempre colocaram acima de suas divergências políticas os interesses superiores de Santa Catarina e os do seu povo. A obra que construíram e que constroem em favor da gente catarinense os credencia, por certo, a uma melhor fala do que a minha. E o mesmo se pode dizer do empresário e político Algemiro Manique Barreto, outro amigo de décadas, inclusive pela obra de cunho social que há tantos anos estimula em Criciúma. Aqui também falaria melhor o ilustre Coronel de nossa gloriosa Polícia Militar, Jorge Luiz Freitas Martins, inclusive por sua dedicação, de tantos anos, à melhor atuação de importantes áreas de representação de nosso Tribunal de Justiça. E por último, e por certo não o de menor importância, falaria melhor o eminente empresário Mário José Gonzaga Petrelli, cujos ancestrais buscaram na magistratura um meio de prestar serviços ao povo. A família de cujo tronco inicial descende o meu amigo Petrelli já está na sexta geração de magistrados em nosso Tribunal de Justiça, começando pelo seu bisavô José Roberto Viana Guilhon, fundador e primeiro Presidente da mais alta Corte de Justiça de Santa Catarina no final do século

XIX. Certamente ele falaria com mais emoção e carinho de nossa grande instituição, cujo 113º (centésimo décimo terceiro) aniversário hoje celebramos.

Senhores Desembargadores! Somos todos gratos a Vossas Excelências que nos permitiram participar de forma tão destacada, recebendo a Medalha da Ordem do Mérito Judiciário, nesta celebração de nossa História, de reafirmação de nossa identidade como catarinenses e da preservação de nossa memória como povo, agentes da construção de uma sociedade que preserva os valores da democracia política, da liberdade individual e coletiva, do fortalecimento da economia e da busca de justiça social.

E por isso que age bem o Tribunal de Justiça que, ao selecionar pela via democrática do concurso público os seus Juízes, exige deles mais do que conhecimento do Direito como ciência, técnica e prática. Exige que demonstrem conhecer Santa Catarina e o seu povo, nossa história e nossa cultura. Só julga bem quem conhece a lei e o meio em que ela se aplica, quem conhece o ser humano em sua integridade e a história do meio social em que vive. Como já se propagava na encíclica *Gaudium et Spes*. 'Cada povo tem uma cultura que totaliza o conjunto de comportamentos, dos conhecimentos e das opiniões que ele aprova; é por isso que ele considera como 'cultos' os seus membros que melhor realizam o conjunto dessa cultura. Esta cultura concreta de cada povo está inteiramente ligada à sua própria história. Contém toda uma sabedoria de tradições transmitidas de geração em gera-

ção, pelo conjunto de uma vida social, inculcadas muito especialmente em cada indivíduo, durante os seus primeiros anos, pela vida familiar, cuja importância nunca deve ser descurada'. É também o que estamos celebrando hoje, na defesa da identidade da gente catarinense.

Senhor Presidente, Desembargador Jorge Mussi! Vossa Excelência está, pelos atos e atitudes que tem tomado na direção superior do Tribunal de Justiça, fazendo justiça ao passado de altivez na defesa dos direitos do cidadão, de preservação da independência e autonomia do Poder Judiciário, diante dos demais Poderes e de quaisquer forças que, por qualquer pretexto, pretendam impor peias ou amarras ao exercício pleno da judicatura e da melhor administração dos poucos recursos que o Erário destina a essa instituição. A História mais do que centenária deste Tribunal está cheia de exemplos edificantes. O seu próprio início é marcado pela decisão de Viana Guilhon e de outros magistrados de não ceder às imposições do todo poderoso Poder Executivo de então. Essa atitude custou-lhes caro, custou-nos o fechamento do próprio Tribunal por quase um ano, a operação de uma caricatura de Poder Judiciário neste período, mas, ao final, triunfou o princípio republicano de independência e autonomia dos Poderes. Este batismo de fogo está atrás de várias outras lutas, em períodos distintos de nossa História remota e recente. E, ainda agora nos dias que correm, a firmeza de Vossa Excelência, secundando o sentimento unânime

dos seus pares, mostra que não deslustra, nem desmerece, a tradição desta Corte.

Senhoras e Senhores, o Poder Judiciário como instituição, e os seus membros, como servidores públicos, vivem dias difíceis. Ataca-se o Judiciário, agride-se o magistrado, culpa-se a magistratura. Não se discute concretamente, nos seus devidos termos, o que há de errado na distribuição da Justiça, na celeridade processual, na defesa dos direitos e garantias individuais e coletivos e na proteção do cidadão diante da sanha arrecadadora do Estado. Vejo com uma certa dor no coração pessoas que ainda ontem tiveram como única, ainda que enfraquecida diante do regime militar, garantia de vida política o habeas corpus que o Judiciário nunca lhes negou, apontarem o dedo acusador para o que imaginam ser uma 'caixa-preta' nefasta. Vejo muitos acusadores procurando intrigar, numa canhestra luta de classes, magistrados e trabalhadores braçais como se os que escolheram a magistratura como única opção de trabalho, a ela dedicando a própria vida, não tivessem direito a uma remuneração condigna e suficiente. Vejo a maldade dos que tomam a parte pelo todo, a exceção pela regra, vendo em uma centena de juízes que estão sendo processados toda uma magistratura sem ética, sem reputação ilibada, sem conduta condigna. São mais de 18 mil juízes no Brasil. Os que estão sendo processados, pelos mais variados motivos, muito poucos, e os que sofrem a pesada acusação de corrupção e improbidade, ou suspeita de desvios éticos e profis-

sionais, ainda menos. Essa minoria deve ser punida, exemplarmente punida, mas não pode ser confundida com a imensa maioria de magistrados corretos e cumpridores dos seus deveres.

É verdade que falo do Tribunal de Justiça que conheço, o do meu Estado, e que é exemplo de soluções e de conduta para o País. São muitos os exemplos dessa rica história de 113 anos, mas vou exemplificar com a criação do Fundo de Reaparelhamento do Judiciário, cujos recursos são exemplarmente aplicados, o que permitiu instalar e equipar adequadamente as dependências forenses. Ou mais recentemente com as Casas da Cidadania, ou, agora na gestão inovadora do Presidente Jorge Mussi, os mutirões da cidadania. Busca-se com essa solução inovadora um pouco mais de celeridade na prestação jurisdicional. E com êxitos já marcantes. Essas ações são exemplos para o Brasil.

Não por outra razão, em passado recente, um magistrado catarinense, o hoje eminente Ministro Paulo Gallotti, presidiu a Associação dos Magistrados do Brasil. Não por outra razão, tenho esperança de que outro catarinense, o eminente Juiz Rodrigo Collaço, venha a presidi-la em breve. É fácil verificar que se a magistratura catarinense não tivesse a qualidade técnica, ética e profissional que tem não nos credenciaríamos para a direção superior de uma entidade como a AMB.

E, por fim, aqui em Santa Catarina o controle externo já existe. O

dos atos administrativos, orçamentários e financeiros pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas, que atua com autonomia e independência e tem suas decisões, advertências e recomendações, na sua área de competências, acatadas pelo Tribunal de Justiça. Os jurisdicionais são examinados pelo controle social, com o apoio da Ordem dos Advogados do Brasil, em face da transparência da instituição, o Poder Judiciário, e da conduta ilibada e diligente de cada um dos seus membros e servidores, no primeiro e no segundo graus. As poucas exceções, afinal somos todos seres falíveis porque humanos, têm sido resolvidas pela correição do próprio órgão.

Se a celeridade processual, o que mais se reclama, ainda não é ideal, isso se deve ao próprio processo, à multiplicidade de recursos processuais e não à falta de empenho, de trabalho e de dedicação dos magistrados e dos demais atores essenciais à administração da Justiça, os Promotores de Justiça e os Advogados.

Senhoras, Senhores, Senhores Desembargadores, concluo, para dizer: se algumas palavras que pronunciei podem parecer a alguns impróprias nesta solenidade, infelizmente tive de pronunciá-las. A oportunidade é única, pois certamente nunca mais falarei a um auditório tão excelso, e, como estou ficando velho, se não posso exprimir com pureza os meus sentimentos é melhor calar. Reiterando o agradecimento em meu nome e dos demais agraciados com a Medalha da Ordem do Mérito Judiciário e cumprimentando o Tribunal de Justiça pelo seu passado

e pelo seu presente, reitero absoluta confiança no seu futuro de trabalho em defesa do bem-comum. Obrigado”.

Em nome do Tribunal de Justiça, o eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho fez o seguinte pronunciamento:

“Hoje, este Tribunal de Justiça comemora sua data maior. E o transcurso da importante efeméride rende ensejo a que reverenciemos, mais uma vez, sempre com renovado júbilo, a inesquecível atuação daqueles que edificaram esta Corte, repleta de acontecimentos relevantes, dentre eles, em 1954, exatamente há cinquenta anos, o vigoroso exemplo de maturidade, liberalidade e descortínio, ao acolher a ilustre Desembargadora Thereza Grisolia Tang como primeira Juíza de Direito do Brasil, rompendo odiosa discriminação. Ao lado desse importante evento, que tanta repercussão mereceu no País, outros existem. Enumerá-los, por certo, representa risco de injustas omissões. Creio, entretanto, que não seria despropósito recordar a iniciativa do Desembargador Eduardo Luz nos idos de 1982, quando, sob a coordenação do Juiz Walter Zigelli, instalou os Juizados Informais de Pequenas Causas, hoje Juizados Especiais, indo ao encontro dos interesses das camadas humildes da nossa população.

Cabe lembrar também que o Desembargador Ayres Gama Ferreira de Mello, no centenário deste Tribunal de Justiça, não só criou pioneiramente no Brasil o Fundo de Reaparelhamento da Justiça, instrumento

que possibilitou a realidade exitosa que hoje temos, mas consolidou o processo de implantação da informática, colocando Santa Catarina na vanguarda entre todos os Estados.

A contribuição dos barrigas-verdes é muito grande, haja vista que aqui, quando Corregedor-Geral da Justiça o Desembargador Napoleão Amaranter, em convênio com a Universidade Federal, foi instalada no País a primeira Unidade Judiciária em um Curso de Direito, sob a direção de um Juiz de Direito e a participação de Promotor de Justiça. Isso proporcionou uma nova realidade, não apenas de descentralização do serviço, mas de qualificação dos futuros bacharéis. A iniciativa frutificou em nosso território, inspirando outros Estados. Muito, mas muito poderia ainda ser dito sobre o passado, dignificado por tantos atos expressivos registrados ao longo da nossa história, cuja concretização sempre hauriu forças de valiosas participações.

Nossos homenageados de hoje, de uma forma ou de outra, prestaram significativa colaboração. O Almirante José Júlio Pedrosa, a par da inesquecível ligação afetiva com esta Corte, hoje é magistrado e para honra dos catarinenses é o Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar. Nessa importante condição, entre outros fatos que poderiam ser alinhados, Sua Excelência proporcionou decidido apoio em evento internacional da Justiça, que reuniu nesta Capital Auditores Militares de quatro continentes. O Doutor Salomão Antônio Ribas Júnior, Presidente do Tribunal de Contas, quer na Chefia da Casa Civil do Governo do Estado

ou como Deputado Estadual, sempre manteve respeitoso e elevado relacionamento com o Poder Judiciário, que ainda persiste no destacado cargo que ocupa. O Senador Jorge Bornhausen, por sua vez, com intensa participação na vida pública, quando Governador do Estado, juntamente com o Desembargador João de Borba, então Presidente do Tribunal de Justiça, proporcionaram significativo exemplo de independência e harmonia entre os Poderes. Juiz de Direito nessa época, sei o relevo histórico daqueles inapagáveis acontecimentos. Sua Excelência, ademais, recebe atenciosamente no Congresso Nacional as preocupações da magistratura acerca da Reforma do Judiciário. Por outro lado, referir o Doutor Casildo Maldaner é recordar a grande mudança ocorrida no Poder Judiciário Catarinense após a criação do Fundo de Reparilhamento da Justiça. O Desembargador Ayres Gama Ferreira de Mello, então Presidente do Tribunal de Justiça, carinhosamente sempre lembra a participação do então Governador, não só com a indispensável sanção da respectiva lei, mas com a forte atuação conjunta nos esclarecimentos necessários aos Deputados Estaduais. O Coronel da Polícia Militar Jorge Martins por longos anos esteve conosco, partilhando nossas atividades. Muitos fatos poderiam ser lembrados nesta hora, mas entre eles recorro o momento em que à vista de todos, na cidade de Laguna, salvou a vida do Juiz de Direito Doutor Anselmo Schotten. O Senhor Algemiro Manique Barreto, ex-Prefeito de Criciúma e ex-Deputado Esta-

dual, segundo prestimoso relato do Desembargador Orli Rodrigues, ex-Juiz de Direito nesse próspero Município e Comarca, a par das atividades empresariais, preside o Conselho Diretor da instituição 'Bairro da Juventude', dedicada a promover a criança e o adolescente, através da educação e do trabalho, caminhos inseparáveis e imprescindíveis à promoção humana. Conheço o Doutor Mário Gonzaga Petrelli há mais de 40 anos, pois privava ele da amizade do saudoso Doutor Augusto Prolik, este um dos destacados advogados do escritório em Curitiba em que trabalhei por muitos anos. Posteriormente ambos caminharam na área empresarial, em nosso Estado inclusive. O sistema de mídia que hoje o Doutor Mário Gonzaga Petrelli dirige tem permitido a aproximação da Justiça com a sociedade através da divulgação das atividades do Judiciário catarinense.

Num país onde é tão raro o sentimento de justas admirações e onde

também não é comum festejar a trajetória daqueles que se destacaram na vida pública e comunitária, as homenagens que hoje são prestadas constituem nobre e expressivo exemplo. O Poder Judiciário deste Estado, em sua expressão de grandeza, de sincera preocupação para exercer as responsabilidades de composição dos litígios e pacificação social, espelha no passado e no presente, através dos seus integrantes no primeiro e segundo graus, a vitalidade cívica, empreendedora e operosa dos catarinenses. Não devo encerrar sem antes dizer: Deus, por mais oculto que esteja, apresenta-nos esplêndidos testemunhos para revelar sua glória. E a ele, Supremo Criador, rogo que ilumine os nossos homenageados e a todos em nossas atividades. Obrigado”.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR AMARAL E SILVA

“Há pouco mais de dez anos, proveniente da minha querida e saudosa Blumenau, acompanhado pelos mesmos amigos que diviso no auditório, com esta caneta subscrevi o termo de compromisso no cargo de desembargador. Ela me foi cedida por um dos integrantes da mesa, o eminente Juiz, à época Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, Dr. Umberto Grillo. Ontem, num gesto de afetividade, aquele excelente administrador e grande magistrado da Justiça Trabalhista, lembrando-se do ocorrido, teve a gentileza de com ela me presentear, acompanhada de bela mensagem de incentivo. Possa eu, com esta caneta, repetir no Judiciário Catarinense os acertos que caracterizaram a lúcida e operosa atuação daquele ilustre catarinense. Início com um gesto de afetividade. Isso para mim é um importante sinal.

Ao querido colega e amigo, os sinceros agradecimentos.

Senhor Presidente: Vossa Excelência, na chefia do Judiciário, embora por curto espaço de tempo, confirmou a reputação que caracteriza sua personalidade de homem público como a do grande magistrado proveniente do quinto constitucional. Probo e eficiente administrador, deixa Vossa Excelência importante exemplo de dedicação e de serviço ao Judiciário e à sociedade catarinense. Sucedendo ao ínclito desembargador Xavier Vieira, cujo legado, a humanização e a participação, constitui marco histórico em Santa Catarina, Vossa Excelência, Des. João José Ramos Schaefer, granjeou entre os seus pares e o povo catarinense profunda admiração, que, com prazer, ressalto.

Senhoras e Senhores, no primeiro pronunciamento, ao ensejo da memorável eleição, dirigindo-me aos eminentes pares, depois de homenagear o ínclito Des. Francisco Oliveira Filho, culto e operoso magistrado, enfatizei que não me apresentava só, vinha acompanhado de valorosos colegas, hoje elevados pela preferência da Corte aos mais altos cargos do Judiciário, os eminentes Desembargadores Alcides Aguiar, Alberto Luiz da Costa, Jorge Mussi e João Eduardo de Souza Varella.

Daquele pronunciamento, marcado pelo calor da emoção, em justa homenagem repito: 'Venho respaldado pelo honroso apoio de eminentes juízes, aliás, os mais antigos da Corte, inclusive na carreira.

O eminente Des. Alberto Luiz da Costa, quem não conhece Alberto Luiz da Costa? Colega de grande e reconhecida capacidade administrativa, revelada quando lucidamente dirigiu a Escola da Magistratura, onde deixou saldo respeitável de recursos, realizando uma das mais brilhantes administrações. Quem não o conhece pelo cuidado, pelo zelo extremo no trato da coisa pública? Quem não o conhece pelos seus trabalhos? Quem não conhece Alberto Luiz da Costa, ex-Presidente do TRE? É esse homem, é esse juiz que, com outros ilustres pares, democraticamente, abre a possibilidade de livremente elegermos o nosso Presidente.

Não venho acompanhado só desse eminente par, com ele vem o eminente candidato a Corregedor, o zeloso Des. Alcides dos Santos Aguiar,

que se encontra aqui ao meu lado, um dos maiores administrativistas do momento e que com seus lapidares votos orgulha esta Corte. Quem não ouviu ou leu os seus longos, estudados e cuidadosos votos? Quem não o conhece pelo seu zelo para com a coisa pública? Quem não conhece o eminente Des. Alcides Aguiar pelo senso de justiça? Homem extremamente bom, puro, justo, acima de tudo, um homem do nosso tempo, extremamente cuidadoso.

Mas não venho só com ele, venho, Senhores Desembargadores, acompanhado do eminente Desembargador Jorge Mussi. Jorge que, vindo pelo quinto constitucional, trouxe a oxigenação própria do brilhante advogado criminalista, de profundo conhecimento jurídico. Extremamente humano, simples, da simplicidade dos humildes, bom, extremamente culto, Jorge é daquelas culturas que não se projetam para aparecer, mas que se afirmam por si próprias. Quem não conhece Jorge Mussi? Democrata, militante da advocacia e da magistratura, um dos juízes mais operosos da Corte.

Não estamos sós! Está conosco o querido João Eduardo de Souza Varella, nosso Varella, brilhante colega que atua operosamente na Primeira Câmara Criminal. Eu, que vim do cível, encontrei no Desembargador Varella e nos meus queridos colegas Desembargadores Nollí e Solon, e outros que passaram pela Primeira Câmara, importantes lições de Direito Penal. Quem não conhece o Des. Varella? Homem de palavra, de dignida-

de, homem do trabalho, que acredita na democracia, principalmente no valor da liberdade.

Senhores Desembargadores, o que nós pretendemos? O quê? Trabalho, coerência, principalmente! Com companheiros dessa elevada estirpe é que pretendemos servir ao Judiciário e, servindo ao Judiciário, sermos úteis ao povo do qual somos simples mandatários na sublime missão de servir.

Senhoras e Senhores, a avassaladora revolução tecnológica, presenciada nas duas últimas décadas, propõe instigantes questões, raras vezes enfrentadas pela humanidade.

Nos países em desenvolvimento, como o Brasil, tal fenômeno tem acarretado mudanças na infra-estrutura social, trazendo, em sua esteira, a ruptura de valores tradicionais, causando menor tolerância e conseqüente aumento da litigiosidade; a emergência de sistemas alternativos de representação política e, sobretudo, novas demandas por serviços públicos apresentadas por segmentos incapacitados de gerar receita.

Como corolário, produziu-se no Estado brasileiro uma imensa crise fiscal a denunciar o inevitável esgotamento das possibilidades estatais no atendimento dos reclamos ingentes, desprestigiando-se, equivocada e irresponsavelmente, por via de conseqüência, o inflacionado ordenamento jurídico e o Poder que o representa. Por essa razão, posso asseverar que é dever de todos quantos envolvidos nesse imenso processo de transformação, e não apenas do Poder Judiciário, evitar a ba-

nalização descompromissada e a crítica vazia à atividade judicante.

Não basta tão-somente diagnosticar o que é de todos sabido. A retórica impertinente e estéril já não encontra mais eco na sociedade. Impende, agora, apontar soluções factíveis, respondendo de modo articulado e congruente à multiplicação incessante de reivindicações por Justiça.

Para além disso, verifica-se, de um lado, a hipertrofia do Estado, intervindo em atividades afetas ao setor privado. Por outro, paradoxalmente, o esboroamento do Estado-do-Bem-Estar, demitindo-se de responsabilidades irrenunciáveis deixando de influenciar, por exemplo, no processo de formação e distribuição de riquezas.

Tendo presente as tensões agora apenas exemplificativamente apontadas, verificou-se que o direito oficial estava preparado para resolver conflitos interindividuais, mas não para solucionar os de amplitude coletiva, deixando de alcançar os mais desfavorecidos – e a marginalização jurídica a que foram condenados nada mais é do que o subproduto da marginalização social e econômica a que submetidos.

Em uma era como a nossa, voltada para o resultado e a satisfação imediatos, penso que é chegado o momento de entrarmos em contato com o outro lado de nós mesmos – aquele lado, às vezes, meio esquecido, que não se contenta com o circunstancial, que ainda se encanta com o mundo e que procura, ao buscar compreender seu sentido, des-

vendá-lo. Em face do impactante quadro que se desenha, grandes dificuldades desafiam a inteligência e a criatividade de todos, designadamente do homem público, que deve agora assumir a missão de controle da administração como uma função de Estado, e não mais de Governo.

Assim será em nossa gestão à frente do Tribunal de Justiça, pois não nos demitiremos de nossas responsabilidades. Para tanto, estamos inaugurando a implantação de um sistema de planejamento estratégico e operacional integrado, visando a reduzir despesas e a combater eventuais desperdícios de dinheiro público, identificando, de forma responsável e equilibrada, necessidades e recursos.

Estão banidos deste Tribunal o empirismo, o improvisado e o amadorismo no trato da coisa pública. Decisões gerenciais, doravante, serão aquilataadas com base em relatórios econômico-financeiros inteligíveis e adequados às nossas necessidades, deixando o orçamento de figurar como simples cumprimento à legislação.

Nossa administração, descentralizada e democrática, fundar-se-á nos princípios básicos da qualidade do serviço público, amplamente discutidos em compromisso assumido juntamente com os demais integrantes da Corte, sendo composta por oito tópicos que servirão como fio-condutor de nossos projetos: satisfação do usuário da atividade jurisdicional; envolvimento de dirigentes e servidores; gestão compartilhada; gerência de processos; valorização das pessoas; constância de

propósitos; melhoria contínua e gestão pró-ativa.

Satisfação do Usuário da Atividade Jurisdicional — daremos atenção prioritária aos nossos clientes, isto é, aos usuários dos serviços públicos derivados da atividade forense. Não obstante as limitações orçamentárias e financeiras, haveremos de implementar uma Justiça moderna, que imponha drástica redução da distância hoje ainda existente entre as necessidades e urgências da comunidade e o ritmo da resposta jurisdicional.

A valorização da atividade-fim do Poder Judiciário, com a edição de um novo Código de Divisão e Organização Judiciárias e de um novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça, bem como a sempre conjunta atuação da Corregedoria-Geral da Justiça fazem parte desta nova dinâmica.

Envolvimento de Dirigentes e Servidores – impossível pretender administrar e modernizar o Poder Judiciário sem a necessária aderência dos partícipes do processo. Assim sendo, trabalharemos de forma integrada e harmônica: todos, desde a alta administração até o mais humilde dos servidores, estaremos envolvidos e comprometidos com a obtenção da excelência de nossas atividades. Em cada uma das áreas, seja ela jurisdicional ou administrativa, haveremos de motivar magistrados e servidores, de forma a que se sintam verdadeiramente agentes ativos na formulação das estratégias, como também, posteriormente, na execução dos planos de ação, com divisão

formal de responsabilidades pela condução dos projetos.

A regra é que juízes e servidores são eficientes e operosos. Todavia, e para tanto, impõe-se a realização de cursos e treinamentos com a implementação de modernos mecanismos de simplificação, racionalização e padronização de procedimentos visando à maior celeridade na resposta jurisdicional. Com tal finalidade de propósitos iremos atuar, coordenadamente, órgãos da Presidência e da Corregedoria-Geral.

Gestão Participativa – a administração do Poder Judiciário de Santa Catarina, no próximo biênio, sustentar-se-á em programa participativo de gestão, com compartilhamento permanente das decisões e na formulação das estratégias, reconhecendo a capacidade e o potencial diferenciado de cada um, com o intuito de conseguir a indispensável sinergia das equipes de trabalho.

Sepultaremos o estilo centralizador e majestático de gestão do passado para, em conjunto com a Magistratura, o corpo de servidores e com a colaboração de suas associações e entidades de classe, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Procuradoria-Geral do Estado, implementarmos soluções para uma nova Justiça, aberta, ágil, desburocratizada, eficiente e eficaz.

Gerência de Processos – ademais disso, haveremos de transformar as hierarquias burocráticas em redes de unidades de alto desempenho. Para tanto, passaremos a gerir os processos internos, por meio de planeja-

mento prévio, desenvolvimento e execução monitorados e avaliação e análise final para posterior melhoria.

Valorização das Pessoas – não podemos olvidar do nosso maior valor, do nosso maior patrimônio: a pessoa humana, magistrados e servidores que integram os quadros do Judiciário de Santa Catarina. Contamos com profissionais de alta qualificação, que se encontram, desde há muito, em constante preparação para o desempenho de suas tarefas, sendo animados por um sentimento ímpar de honra e de integridade. O sucesso de nossa Instituição está intimamente vinculado àqueles que diariamente desempenham suas atividades profissionais neste Tribunal de Justiça e nas noventa e quatro Comarcas do Estado, os quais, em contrapartida, merecem o devido reconhecimento.

Assim, com o propósito de retribuir o esforço e a dedicação, como também estabelecer uma gestão inteligente dos nossos recursos humanos, pretendemos levar a efeito uma política remuneratória justa e realista, valorizando e capacitando magistrados e servidores.

Constância de Propósitos – dessa forma, sabemos onde queremos chegar: cumprir a missão institucional, de 'humanizar a Justiça, assegurando que todos lhe tenham acesso, garantindo a efetivação dos direitos e da cidadania, com eficiência na prestação jurisdicional'. Com esse desiderato, pautaremos nossas ações diárias para a construção de um Judiciário mais eficiente, reconhecido e respeitado pela sociedade. Jamais

nos distanciaremos dessa visão de futuro, mantendo firmes os propósitos, os valores éticos e as políticas que orientam nossa organização.

Melhoria Contínua – por outro lado, importa sublinhar, mesmo que consigamos atingir níveis satisfatórios em nossa empreitada de bem servir à comunidade com nossa tarefa de julgar, temos a clara consciência de que jamais poderemos abandonar a busca da excelência. De forma contínua e ininterrupta, procuraremos a melhoria de nossos serviços, incrementando inovações, rompendo barreiras e desprendendo amarras. Trata-se, na verdade, de um processo inesgotável, que realmente não tem fim, ante a evolução constante, o aparecimento de novas necessidades e as mudanças verificadas no indivíduo e no corpo social, com reflexos imediatos nos trabalhos de nossa organização. Não podemos e não seremos vítimas da ‘fossilização’.

Gestão Pró-Ativa – ao fim e ao cabo, cumpre ressaltar ser inadmissível, nos dias que correm, uma postura defensiva ou meramente corretiva. Diante do gigantesco desafio que resolvemos enfrentar, temos certeza que o Judiciário Catarinense não se calará nem cruzará seus braços. Será pró-ativo, antecipando-se no atendimento às novas demandas dos usuários, pois, como observou o culto magistrado Nalini: ‘A Justiça do futuro deverá estar mais presente e mais atuante. Ágil a responder de imediato quando invocada. Forte para fazer cumprir suas decisões. Tecnicamente preparada a penetrar no âmago das questões que lhe são submetidas, não arranhá-las perife-

ricamente num estéril formalismo processual’.

Juízes e servidores da Justiça somos, fundamentalmente, trabalhadores sociais. Nosso dever como ocupantes de cargos de mando é de sermos pontes para os jovens e novos valores, abrindo horizontes, desimpedindo caminhos e possibilitando o crescimento daqueles que hão de nos suceder.

Senhores Desembargadores, Senhoras e Senhores: Vivemos numa nação na qual cidadãos encontram-se contingenciados entre uma pequena camada de favorecidos – que se imaginam acima da lei – e uma massa de pessoas miseráveis – que a lei não protege. Fazemos parte de uma nação que insiste em tributar sua produção para subsidiar seu atraso. Somos, porém e sobretudo, uma nação com grandes possibilidades de futuro na democracia. E porque acredito verdadeiramente na força dessa expressão e em nossa capacidade de transformar este País, aceitei o honroso desafio de presidir, acompanhado por meus pares, o nosso Poder Judiciário. Por essa razão, venho agora dizer-lhes que esta eleição, fruto do consenso em torno de importante programa participativo, representa, não tenham dúvida, a concretização do avanço democrático na abertura do Judiciário Catarinense.

Aos companheiros de jornada, principalmente àqueles que colaboraram na elaboração da ‘Proposta de Programa Participativo’, sinceros agradecimentos e a certeza do esforço para o cumprimento das metas de

qualidade do serviço público através de constante e leal compartilhamento das decisões administrativas, reforçado pelo envolvimento dos demais integrantes da Corte, formando todos uma única e sólida corrente participativa.

Aos magistrados e servidores da justiça, os agradecimentos pelo apoio e a convocação para o novo tempo de abertura democrática, de gestão participativa e pró-ativa de valorização, em todas as esferas, da atividade jurisdicional em busca da pacificação social.

O bom atendimento no Tribunal e nos Fóruns, meta síntese da nossa administração, constitui chamamento a novas idéias de racionalização, simplificação e padronização de procedimentos, que, estamos certos, juízes e servidores não de atender, reforçando com o Ministério Público, a Ordem dos Advogados e a Procuradoria-Geral do Estado o elo concreto e positivo da grande abertura do Judiciário.

Ao Executivo e ao Legislativo, personificados nas figuras ímpares do Governador Esperidião Amin e do Deputado Onofre Santo Agostini, a certeza do constante diálogo franco, aberto, leal, dentro do postulado constitucional da independência e harmonia dos poderes do Estado. Aos dignos oradores que me antecederam, a gratidão pelas palavras de incentivo. A todos que com suas presenças enaltecem e abrilhantam esta solenidade, principalmente aos queridos amigos da valorosa e inesquecível Blumenau, cidade exemplo de trabalho e civismo, os agradecimentos pelo incentivo do comparecimento.

Suplicando as bênçãos do Grande Arquiteto do Universo, finalizo pedindo a proteção de São João Batista, para que nosso trabalho seja coberto de êxito na sublime missão de bem servir ao povo catarinense. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR RICARDO FONTES

“Senhor Desembargador Presidente, demais autoridades já mencionadas pelo protocolo, senhor Juiz Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, a quem invoco para saudar todos os meus colegas, senhores Desembargadores, senhores Procuradores e Promotores de Justiça, senhores advogados, senhor Mário José Simone Ramos, o servidor mais antigo desta Casa de Justiça, em nome de quem homenageio o quadro funcional do Poder Judiciário, Senhoras, Senhores, meus familiares.

Desde o momento que restou possível e certa a promoção ao cargo de desembargador, passei a pensar nas palavras que proferiria neste ato solene. Poderia fazer uma manifestação clássica, repleta de citações doutrinárias e filosóficas, em que destacaria a importância de julgar, de ser juiz, da necessidade de justiça no mundo de hoje e, até, das incertezas e perigos que hoje nos cercam. Poderia, também, trazer palavras amargas, tristes e ressentidas, para lembrar, mostrar que a carreira não é justa nem igual entre os iguais. Entretanto, ouvindo minha família e amigos optei pelo tom ameno em que somente o lado positivo de tudo que passei nestes últimos 22 anos venha a merecer destaque.

Muito vivi e passei neste período que teve início em 4 de janeiro de 1981, após aprovação em concurso nos últimos dias de 1980. Recordo, então, a feliz estada em todas as cidades e comarcas por onde passei e aí não posso deixar de registrar meu profundo e sincero agradecimento a Enaura, minha mulher e companheira, que desde então me acompanha e sempre esteve pronta para buscar e viver, com alegria e boa vontade, o novo destino traçado pelas rotineiras movimentações na carreira. Foi assim que passamos por Xanxerê e Dionísio Cerqueira, em duas oportunidades, São João Batista, Trombudo Central, Curitiba e Blumenau até chegarmos em Florianópolis, já em 1996. O período foi rico na formação profissional e interessante sob o aspecto pessoal em que sólidas amizades foram construídas. Surgiram e ficaram em nossas vidas os Barbieri, os Leal, os Bona, dentre tantos. Formamos, também, a nossa família, com os nascimentos de Ana Beatriz, Artur e Marina. Aos meus filhos, principalmente os mais velhos, que durante a infância não tiveram a liberdade de escolha dos locais de residência, em que vínculos afetivos em formação foram simplesmente quebrados por uma nova movimentação fun-

cional, meu sincero agradecimento pela compreensão, apoio e companheirismo.

Voltando ao lado profissional, não posso deixar de registrar o grande orgulho que sempre tive e tenho de pertencer aos quadros do Poder Judiciário de Santa Catarina. E tal orgulho, hoje, é ainda maior porque chego ao Tribunal de Justiça que também foi a casa de meu avô, o Desembargador Henrique da Silva Fontes, homem de qualidades morais e intelectuais até hoje enaltecidas pela sociedade do nosso Estado. Se honrei meu cargo, se as qualidades destacadas pelos Excelentíssimos Doutores Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, Nicolau Apóstolo Pitsica e Pedro Sérgio Steil são efetivamente verdadeiras, tudo devo à formação familiar que tive e tento passar para os meus filhos e que sempre utilizei como norte para minha vida pública e privada.

À minha mãe, Conceição Orofino da Luz Fontes, mãe na verdadeira acepção da palavra, meu muito obrigado, meu carinho e respeito. Ao meu Pai, José da Luz Fontes, homem íntegro, Promotor de Justiça por vocação, aquele que deu ênfase ao social muito antes do tema ser rótulo de atuação, minha homenagem e o forte sentimento da sua ausência. Saudade... Aos meus irmãos, tios, sobrinhos, sogra, cunhados e primos, a gratidão é a mesma pela convivência sempre entusiasmadora e carinhosa. Não posso deixar de registrar o relacionamento fraterno e respeitoso que sempre mantive com os senhores e senhoras servidores da Justiça, em todas as comarcas onde

atuei e neste momento, em nome de todos, um muito obrigado aos funcionários do Juizado da Infância e da Juventude da Capital, pelos sete anos de bons serviços e atenções.

A atuação na Justiça da Infância e da Juventude me permitiu, ainda, conhecer a figura fundamental do Advogado de Ofício e não poderia deixar de agradecer aos Doutores Marco Antônio Schroeder e Viviane Isabel Daniel, titulares do cargo, as lições que recebi e o constante incentivo na busca de soluções para questões muitas vezes insolúveis. Aos representantes do Ministério Público, a homenagem maior é para o meu pai, José da Luz Fontes, que somente deixou o cargo por implemento da idade, e meus irmãos José Eduardo, Procurador de Justiça, e Jorge, Promotor de Justiça na comarca de Itajaí, mas não poderia deixar de registrar tudo de bom e importante que recebi desde os primeiros contatos, ainda na comarca de Xanxerê, onde o Juiz Substituto iniciante, jovem e inexperiente, foi muito bem recebido pelos Doutores Raul Santo Salvador e César João Cim, ambos já aposentados, mas sempre presentes na minha memória e merecedores de perene gratidão. A todos os demais com quem tive o prazer e o privilégio de manter relacionamento profissional e pessoal, a homenagem é representada por um fraterno abraço aos Doutores Cid José Goulart Júnior, Gercino Gerson Gomes Neto e Henriqueta Scharf Vieira, com quem dividi preocupações, sucessos e frustrações nos últimos anos. Aos colegas que co-

migo conviveram em todas as comarcas por onde passei, agradeço pelos bons momentos havidos e pelas lições de lealdade que sempre recebi. Não gostaria de citar em especial o nome de nenhum colega para evitar o desgaste e a ofensa do esquecimento.

Entretanto, não posso deixar de fazer duas homenagens muito especiais. A primeira, ao Doutor Eralton Joaquim Viviani, que numa noite de janeiro de 1996, sem qualquer motivação diferenciada, me ofertou, em permuta, o cargo de Juiz da Infância e da Juventude da comarca da Capital, permitindo, assim, que, juntamente com minha esposa e filhos, pudesse retornar para junto de toda a família que aqui sempre residiu.

Outro episódio de amizade pura e desinteressada me envolveu recentemente e mais uma vez permitiu que um objetivo fosse alcançado. Falo do Desembargador Luiz Carlos Cercato Padilha, amigo desde os tempos da comarca de Blumenau, que esperou que eu atingisse o topo da lista de antigüidade do Tribunal para requerer sua aposentadoria. Os próximos sabem que não aprovei tal homenagem, pois o desejo era voltar a conviver com tão grande amigo e qualificado magistrado. A ambos, minha eterna gratidão.

Por falar em gratidão, não poderia deixar de mencionar a honra que tive em participar, juntamente com os Doutores Nicanor Calírio da Silveira e Henry Goy Petry Júnior, com quem es-

tabeleci sólida amizade, da equipe de juízes auxiliares da Corregedoria-Geral da Justiça, por meio de convite nada previsível do Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho. O trabalho foi árduo, produtivo, e ainda permitiu um melhor entendimento da chamada máquina do Judiciário e, principalmente, o conhecimento dos homens e mulheres que a integram com dedicação, trabalho e competência. As ligações que ficaram são perceptíveis no discurso que Sua Excelência hoje proferiu. Mas a carreira produziu outras surpresas.

O conhecimento interno do Judiciário, o convívio direto com todos os magistrados em atividade e muitos já aposentados permitiram-me atingir um posto nunca buscado, ou desejado; o cargo de Primeiro Vice-Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, em chapa encabeçada pelo colega Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, que até hoje a dirige com grande sucesso. Ao amigo e a toda a Diretoria meus agradecimentos pela oportunidade, a confiança e o respeito. Aos meus pares do Tribunal, tenho a dizer que, honrando o nome e os exemplos de meu avô Henrique da Silva Fontes, e de José da Luz Fontes, meu pai, e dos meus antecessores, não medirei esforços para manter a tradição da casa, como verdadeira distribuidora de justiça. Obrigado.”

Florianópolis, 23 de abril de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR CESAR ABREU

“Senhor Presidente, eminentes integrantes da augusta Mesa de Autoridades, meus diletos pares, familiares, amigos, senhores e senhoras. Prestado, nesta sessão solene de abertura do ano judiciário, o compromisso de bem exercer a judicatura, tenho por oportuno agradecer a tantos quantos, ao longo da minha trajetória de vida, contribuíram para tornar possível este momento, o qual reputo de significativa importância profissional, e externar os propósitos que me animam a prosseguir nessa jornada de devoção à causa da Justiça.

Ingresso nesta Corte Superior acompanhado de três respeitados magistrados, honrado e distinguido tanto quanto estes pelo voto dos eminentes colegas, desembargadores que integram o Órgão Especial deste Sodalício, aos quais agradeço, tomado por incontida alegria, a confiança depositada.

Com os olhos voltados para o interesse público e com o firme propósito de continuar emprestando todos os meus esforços em prol dos interesses coletivos, consciente da responsabilidade que assumo de preservar o alto prestígio e o bom nome do Judiciário catarinense, prometo manter-me sintonizado e identificado com as grandes causas da magistratura, procurando

contribuir, outrossim, na equação dos problemas comuns da classe.

Não busquei alcançar o topo da carreira para debruçar-me sobre o manto da vaidade. Tenho compromissos e propósitos que não os pessoais, por mais legítimos que possam ser. Coloco-me entre aqueles, dentre tantos, dispostos a viabilizar as aspirações mais legítimas e as reivindicações mais autênticas da sociedade e a incluir o Poder Judiciário e seus juízes nas grandes discussões nacionais, no bom debate das idéias, para que não sofra a Justiça e o Estado reveses que possam comprometer a sua existência ou ferir a sua autonomia.

Esperançoso por uma Justiça mais célere e presente, pretendo colaborar com os que administram este Poder na extirpação das causas que contribuem para a morosidade da justiça, oferecendo não apenas a força do meu trabalho, mas apresentando idéias para uma discussão ampla quanto à forma e aos meios de modernização do aparelho judicial, que em nível nacional está velho e enfraquecido, tão pequenas as mudanças operadas, que uma crônica sobre ‘Justiça e Desenvolvimento’, publicada em O Estado de São Paulo, de 26 de dezembro último, levou o

seu articulista a afirmar que se alguém ressuscitasse agora, depois de 200 anos, se sentiria à vontade no Tribunal de São Paulo, que é o mesmo do fim do século 19 e começo do século 20.

O nosso egrégio Tribunal, é notório, tendo à frente o eminente Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, digno de elogios pela administração transparente e dinâmica que empreende, tem caminhado a passos largos com vistas à superação dessa carga, a morosidade. Mas é preciso admitir: falta muito para se prestar a justiça por todos almejada, que reclama segurança nas decisões e tempo real na entrega da prestação jurisdicional. Não será, entretanto, cassando direitos imemorais da magistratura, como a aposentadoria, que se irá resolver esse problema ou mesmo tampar o rombo da Previdência, que tem suas causas na imprevidência dos que a administraram ao longo de nossa história republicana.

E por falar em garantia na aposentação, assunto em pauta nos noticiários, é bom lembrar as palavras do ex-Ministro, ex-Consultor-Geral da República e advogado Saulo Ramos, para quem a mais consagrada e ambicionada garantia do juiz na carreira é a segurança da aposentadoria, com que poderá, em tese, viver com dignidade sua velhice, porque, durante seu sacrifício apostolado, não teve oportunidade alguma de enriquecer-se.

É bem verdade que a Constituição de 1988 consentiu pudesse o juiz, em havendo compatibilidade de horário, no interesse público, ditado no passado pela carência de profissionais

de ensino habilitados, hoje um anacronismo na palavra de Celso Ribeiro Bastos, acumular um cargo público de professor, uma exceção se considerarmos o número de juizes que realmente exercem o magistério e a necessidade sentida de uma dedicação exclusiva, em tempo integral, aos mistérios da judicatura, impulsionada pela crescente pletera de processos que abarrotam os gabinetes e traduzem no juiz aquele sentimento de impotência e, porque não repetir, de indignação.

É, precisamente, o exercício do professorado, 'a atividade cujos vencimentos constituem, ironicamente, verdadeira espoliação do trabalho intelectual'. Essa garantia mínima, de aposentadoria condigna para a carreira da magistratura, sem abusos ou excessos, existe em países como Portugal, que possui um estatuto de jubilação, considerado pela classe jurídica e política como a pedra de toque para a independência do juiz e fator de grandeza num Estado de Direito.

Premido pela hora e em respeito aos que aqui comparecem para transmitir o calor do seu abraço, sinto que é momento de encerrar, pedindo vênias apenas para manifestar, ainda, mais alguns agradecimentos. Não será a referência nominal, evidentemente, que conferirá o grau de importância às pessoas que nos são caras. Cada amigo aqui presente, ou ausente por qualquer circunstância, sabe muito bem o que para mim representa. Sinto-me compelido, entretanto, numa radiografia dos momentos extremamente singulares de

minha vida, a expressar os meus sentimentos de gratidão aos meus tios Alexandre Francisco Ignácio Evangelista e Nelson de Abreu, exemplos vivos de bondade, honradez, abnegação e trabalho, pela ajuda, conselhos e ensinamentos, dos quais me vi privado, ainda jovem, com a prematura passagem de meu pai, Hélio Abreu, para o mundo maior. Aos meus primos Ariél de Oliveira Abreu e Lilia Leonor Abreu, a amizade fraterna. A Francisco May Filho e Nelson Pedrini, o impulso inicial na vida profissional, como servidor desta Casa e da antiga Consultoria-Geral do Estado; o primeiro co-responsável também por muitas das conquistas de minha carreira na magistratura. A João Martins e Napoleão Xavier do Amarante, dois outros grandes companheiros e amigos, a confiança e o estímulo que me levaram a dirigir os destinos de nossa querida Associação de Classe, fazendo-me compreender melhor as agruras da carreira. Aos amigos Wilson Guarany Vieira e sua esposa Maurara, Nicolau Apóstolo Pitzsica e César Luiz da Silva, as vestes talares que me foram carinhosamente presenteadas e que representam o compromisso permanente de bem administrar a justiça.

Agradeço as palavras generosas de todos os oradores que se fize-

ram ouvir nesta solenidade. Ao dileto amigo Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins. Ao ilustre Procurador-Geral do Ministério Público, José Galvani Alberton, que chefia uma das instituições mais respeitadas de nosso Estado, orgulho dos catarinenses e que abriga também em seus quadros, para gáudio de nossa família, Alexandre Herculano, o filho e o irmão mais talentoso e festejado. Ao Dr. Adriano Zanotto, que nos saudou em nome da nobre e laboriosa classe dos advogados, na qualidade de seu Presidente, externo, igualmente, o meu caloroso agradecimento.

Agradeço, ainda, aos amigos que aqui acorreram, prestigiando e engalanando esta solenidade. Dirijo-me por derradeiro às minhas mães Regine e Beatriz, aos irmãos Hélio, Alfeu, Marco, Mário e Alexandre, aos filhos Ana Cristina, Felipe Augusto e Antônio e a minha amada Maria do Rocio, cúmplice em todas as horas, luz do meu dia, para reafirmar as expressões mais escolhidas do meu afeto e do meu carinho. Que o grande Arquiteto do Universo esteja e permaneça em nossos corações. Muito obrigado.”

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR MARCUS TÚLIO SARTORATO

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, digníssimo Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça. Ao cumprimentar Vossa Excelência, permita-me que em seu nome saúde as demais autoridades que me honram com suas prestigiosas presenças.

Excelentíssimos Senhores Desembargadores, caros colegas e Servidores da Justiça, meus familiares, meus amigos, minhas Senhoras e meus Senhores. Confesso estar vivenciando um momento absolutamente pleno de emoção. É que, embora tenha sido funcionário desta Casa por vários anos e participado como tal de várias solenidades de posse de desembargadores, esta mexeu com toda a minha estrutura pessoal. Não foi fácil adentrar neste ambiente de luz, ladeado, segundo a tradição, por duas das maiores expressões deste Tribunal, quer pela sabedoria e notabilidade, quer pela experiência, já que os mais antigos desta Corte.

É hora de dizer da minha honra e alegria. Foram vinte e um anos de carreira como magistrado de primeiro grau de jurisdição, e neste período tive a honra de ter sido observado e avaliado por Vossas Excelências, Senhores Desembargadores, e por aqueles, não

menos ilustres, que Vossas Excelências sucederam.

Tenho a alegria de estar ascendendo a este egrégio Tribunal após ter passado pelo crivo deste seletor e rigoroso grupo de desembargadores. Procurarei, Senhores Desembargadores, não desmerecer a confiança que em mim depositaram. Por isso, é também hora de agradecer.

Permitam os presentes, que me honram com suas presenças, que eu particularize o meu agradecimento. A minha palavra de agradecimento é dirigida a Deus por me haver permitido assumir o cargo de Desembargador da Justiça do meu querido Estado de Santa Catarina. Não me canso de repetir que Ele é por demais generoso comigo e com minha família. Ele oportunizou-me, desde o nascimento, conviver com vários mestres, e todos, sem distinção, foram e são responsáveis por este momento ímpar de realização profissional e pessoal.

Alguns desses mestres, por sinal, me prestigiam nesta oportunidade, e outros, que certamente se sentiriam felizes por aqui estarem fisicamente, encontram-se, com certeza, espiritualmente. A todos, portanto, que me transmitiram, por meio de seus exemplos e palavras, os conhe-

cimentos necessários para o meu aprimoramento, a minha gratidão. Deixo de nominá-los, não por receio de omitir algum, mas em respeito à modéstia de cada um. Sabem eles que serei eternamente grato, e todos, sem exceção, encontram-se no meu coração.

Apesar de sentir nos ombros o peso da responsabilidade de ter sido chamado a integrar esta Corte, estou motivado, porque encontrarei em Vossas Excelências, Senhores Desembargadores, certamente, o indispensável apoio, a necessária orientação e a indiscutível experiência.

Consigno, por fim, Senhores Desembargadores, o meu propósito de continuar lutando pelo fortalecimento

das instituições democráticas, em especial deste Poder Judiciário, e honrar a toga que agora passo a envergar. Creio que nada mais devo dizer nesta oportunidade. Por isso, finalizo, externando os meus agradecimentos por terem contribuído para a materialização deste momento, suplicando as bênçãos do Grande Arquiteto do Universo, pedindo a proteção de São João Batista, para que meu trabalho seja coberto de êxito na sublime missão de bem servir aos jurisdicionados do nosso querido Estado. Obrigado a todos.”

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR GASTALDI BUZZI

“Sob enfoque eminentemente pessoal, reputo um valoroso tento à investidura nas funções do cargo que acabo de assumir ante este colendo Tribunal. E, como um louro de vitória, é meu desejo depositá-lo nos anais dos nossos ancestrais.

Permitam-me, senhoras e senhores, que, com a minha promoção, num gesto simbólico, preste homenagem aos catarinenses que nos precederam. Os pioneiros lusitanos e hispânicos, os nativos e os africanos, os imigrantes ítalo-germânicos, eslavos, enfim, todos os que construíram nossa

comuna e que fizeram nossa história. Aqueles que, aqui estando ou chegando, desvalidos, simplórios ou graduados, souberam legar às gerações futuras os predicados que caracterizam e destacam, honrosamente, dentre as demais, a nação catarinense, dos aqui nascidos e daqueles que a escolheram como sua pátria, a terra Barriga-Verde.

Inicialmente, era a floresta virgem, o desconhecido, as guerras e os embates da colonização, a luta pelo alimento e pela segurança. Depois, os empreendimentos nas mais

diversas áreas, as adversidades de políticas inconciliáveis com nosso *etus vivendi*, sempre projetado em busca da evolução e do progresso. Ao norte, o povoado de São Francisco, secundado pelo poderio industrial da 'Terra dos Príncipes'. Ao sul, a corajosa República Juliana, das lagoas à têmpera forjada nas minas carvoeiras. Ao centro, o território autônomo de Nossa Senhora dos Prazeres das Lages, com sua gente altaneira. Ao centro/noroeste, desde os Campos Novos às terras do Irani, com o independente pavilhão do Contestado, quando, com Conselheiro Mafra, batemos os do Paraná, defendidos por Rui Barbosa, cessando lutas fratricidas. No extremo-oeste, dos *pueblos das misiones* às vitórias impostas aos castelhanos, terras preservadas da fronteira ao então Cruzeiro do Rio do Peixe, rota de empreendimentos até as águas de Concórdia e de Chapecó.

Saga idêntica é a do corajoso que enfrenta a fúria dos mares para construir o maior porto pesqueiro do País, na Foz do Rio Itajaí, que empresta seu nome ao vale dos novos imigrantes europeus, espelho da ordem, progresso e pujança, tudo sob a batuta da bela Ilha de Santa Catarina, à qual 'jamais algum poeta teve tanto para cantar'.

Além dessas características históricas e sociológicas, a esperança, a fé e a lhanesa são também marcas predominantes e destacadas do valoroso povo catarinense, ao qual rendo esta homenagem.

Dela, da esperança, brota a magia e o encantamento para manter as

forças necessárias ao enfrentamento das vicissitudes do nosso cotidiano. Como destacou Chaplin, o que para muitos soa como lástima é a chave do sucesso dos que divisam prazer na labuta persistente do dia a dia, seja no lavrar o solo, na lide campesina, nas jornadas das fábricas, no estudo dos livros.

A fé nos é um privilégio atávico, que teve sua origem no berço que presenciou os nossos primeiros dias. Nada nos debela, nem nos rende, nada nos é impossível, nosso ânimo é hercúlio. Audazes como o nauta lusitano, salvaguardamos a fé, longe dos incrédulos, para que seja tábua de salvação aos de pouca coragem.

A lhanesa da nossa gente congrega um misto de humildade e altivez. A humildade do homem simples e crédulo, temperada pela índole forjada nas peleias dos campos de combate. Nossas Anitas, nossos produtivos campos agrícolas, nossos pujantes parques fabris, vanguarda salas de aula, gabaritadas empresas, versátil comércio, nossa invejável organização social e política, enfim, nossa operosidade, nossa ética, nossa força e obstinação, nosso orgulho. Em cada catarinense 'há um bravo, e, em cada bravo, há um cidadão'.

Orgulho e orgulho! É o que sinto neste momento, um incomensurável orgulho. Orgulho, senhoras e senhores, em ter nossas origens nessa gente briosa. Orgulho, Senhor Presidente, eminentes pares desembargadores e juizes de direito, em pertencer ao valoroso e inatacável Judiciário catarinense, integrado por

peçoas de bem, honradas, capazes e operosas. Orgulho, meus pais, e demais pais presentes, pela grande fortuna que nos têm legado, — obstinação e alegria pelo trabalho, a satisfação do dever cumprido. Orgulho, meus professores, alguns deles aqui presentes, pela luz que emprestam à vontade do saber. Orgulho, meus amigos-irmãos, companheiros de jornadas, pelos tantos sonhos sonhados, pela vontade inabalável de sempre empreender, pois, nas palavras de Pessoa, ‘tudo vale a pena, quando a alma não é pequena’.

Agradeço a Deus, qual filho privilegiado, por haver preservado a minha vida e a minha saúde, para que aqui pudesse chegar, tendo amigos e tantos a assistir, de pé, comigo, a este ansiado momento. Agradeço aos meus pais, Apolônia e Gelindo Buzzi, com os quais aprendi o gosto de mourejar por ideais.

Agradeço a tantos que me auxiliaram nessa empreitada, sem os quais aqui não estaria, Ayres Gama Ferreira de Mello, Aldo Benjamim de Macedo, João Carlos Gastaldi, Erondina Vieira, Alberto, Maria e Giovani Buzzi, aos funcionários do Poder Judiciário, aos senhores advogados e promotores de justiça de todas as comarcas nas quais militei.

Agradeço à minha mulher, companheira e parceira das travessias mais difíceis, porto seguro, aliada dos meus ideais, cúmplice sinaleira nos meus devaneios. Às minhas filhas, às gerações vindouras, à sociedade catarinense prometo, leal e honradamente,

desempenhar as funções do cargo que assumo, almejando distribuir uma justiça voltada à função social do direito, ciente de que o intérprete não legisla, mas que o encastelamento dos tribunais cede à realidade do jurisdicionado, móvel capaz de auxiliar o Brasil a erguer-se do fosso das mais gritantes desigualdades sociais, sepultando o posicionamento ideológico-político que subjuga a falácia da segurança dos sistemas jurídicos, a imoralidade e a desumanidade da opulência de uns em face da indigência de outros.

Que a ninguém seja necessário indagar, diante das nossas tribunas, como Cícero, ‘*quousque tandem*’, pois aqui os interesses pessoais ou da corporação, ainda que travestidos, subjugam-se aos públicos. A dignidade, não sendo virtude, há de ser preservada, não só como predicado moral, mas como fórmula de garantia do bem-estar geral.

Termino não com citações de juristas e tribunos, mas com o juramento prestado pelo fiel soldado à grande Roma, de onde vem o modelo das nossas instituições. Convicto de que empenhava sua vida em uma boa e grande causa, com sua jura demonstrava entrar em campo de batalha devoto e convicto. Portanto, nação catarinense e eminentes magistrados, estou pronto: *Ave Justitia, morituri te salutam*. Muito obrigado.”

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR RUI FORTES

“Excelentíssimo Senhor Presidente, Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, Excelentíssimas autoridades cujos nomes já foram de início declinados, e Eminentíssimos Desembargadores, queridos familiares, parentes, amigos, minhas senhoras e meus senhores. Há precisamente vinte e quatro anos prestei, neste Sodalício, entre o empolgamento e as dúvidas que me assolavam, o compromisso de bem exercer as funções de Juiz Substituto, sob a Presidência do eminente Desembargador João de Borba.

Volvendo os olhos para o passado, recordo as comarcas onde exerci a judicatura: São Miguel do Oeste, Dionísio Cerqueira, Mondai, Itapiranga, Braço do Norte, Orleans, Itaiópolis, Xanxerê, São Domingos, Abelardo Luz, Jaraquá do Sul, Biguaçu, Guaramirim, Laguna, Criciúma e Florianópolis. Em seguida, o egrégio Tribunal Regional Eleitoral, do qual guardo boas recordações, tendo completado o biênio em data de seis de novembro do ano passado, portanto, quando se realizou a maior eleição democrática que o País já experimentou.

Agora chego a esta centenária Corte de Justiça, de gloriosas tradições. Não foi fácil a caminhada. Após um longo, áspero e sacrificado caminho, chego a esta culminância, que

sempre foi minha aspiração, mas o faço sem sentir grandes transbordamentos de alegria. Não posso dizer que os cabelos já embranquecidos dispersaram os sonhos que a mocidade acalentou. O mundo em que vivo, o que tenho visto, os homens que conheci, não me permitem ilusões. A experiência dos anos e o amargor dos desenganos empanam, um pouco, este instante que, não apenas para mim, mas para minha mãe, minha esposa e meus filhos é igualmente um momento de emoção. Talvez porque tenho em mente o ensinamento de Hipócrates: ‘A vida é breve, a experiência enganadora e o juízo difícil’.

Sinto que no trato contínuo, incessante, diário e permanente com os processos, que a profissão não me permite, até no fragor de um mundo feliz, a existência me pertença. Quem sabe pelas decepções, a intensidade do trabalho, a constância na preocupação, a continuidade do esforço, a tenacidade na luta, a contingência humana do erro, me fizeram perceber que a vaidade costuma exaltar a imaginação e conduzir ao delírio, e que nada mais lamentável do que a convicção de sabedoria, porque o acaso abala sempre a soberba dos néscios. Por isso, simples deverão ser os hábitos e os conceitos

para que o erro, inevitável e universal, não tenha o fragor dos grandes desmoroamentos com que a impiedade se desforra dos dogmáticos e dos arrogantes. Talvez, ainda, porque experimentei todas as emoções. Vi a miséria humana e não pude resolvê-la; julguei os homens e suas ações como se senhor de suas vidas e de seus destinos fosse, e nunca pude saber se estava certo; muitas vezes bati-me contra a injustiça, sem me dar conta de que poderia ser eu o injusto; deferi separações de cônjuges e quem sabe se lhes faltei com mais uma palavra para a reconciliação que, no fundo, queriam.

Da ensinança da vida, sempre que julgo, angustia-me cada vez mais o problema de encontrar a Luz. Gostaria de encontrá-la sempre! Mas, se as ilusões já se ausentaram, nem por isso deixarei de compreender a grande honra que significa integrar este egrégio Tribunal. Não ignoro as dificuldades que me aguardam e não desconheço minhas limitações. Devo, porém, superar umas e vencer outras, para me tornar digno de ocupar o cargo e estar à altura do valor intelectual de meus pares. A tarefa não é fácil, mas a perseguirei como um objetivo na certeza de que o sentido da vida é 'o ideal da juventude realizado na idade madura'.

Peço, assim, a todos os componentes desta Casa, mais do que colegas, sejam meus orientadores e meus conselheiros. O temor que agora confesso, todavia, é justificável, pois ninguém ignora quão espinhosa é a atividade jurisdicional.

Ser juiz é ter a ventura de receber uma parcela da onipotência divina,

a de julgar seus semelhantes, e ter sempre presente que, cumprida a missão, um dia comparecerá à presença do Juiz Supremo para, então, despido da toga, e na condição de réu, também ouvir a sua sentença.

Oportuno lembrar as palavras do mestre De Nicola: 'Não sei conceber nada mais alto, nem mais solene, nem mais terrível do que a missão do Juiz. Descobrir a verdade entre as mentiras que o envolvem e as astúcias que o insidiam; resistir às paixões que o cercam; ser justo sem indulgência nem rigor; conhecer o coração humano com suas fraquezas e nas suas imperfeições; não obedecer aos ódios e não se deixar arrastar pelas querências; manter-se impassível ante os contrastes e os choques da vida; traçar os limites do justo com mão segura e com olhar esperto; ser intérprete não da palavra, mas do espírito informador e vivificador da lei; dispor da honra, dos haveres, do futuro, da própria vida de seus semelhantes. Tal o seu complexo de deveres altos e solenes que da alma arrancam este grito: que funções sublimes!'.

Dar o exemplo e fazer justiça, eis os ideais do magistrado.

Na sempre lembrada obra de Piero Calamandrei, encontra-se que 'O juiz deve ter superioridade moral, imparcialidade, equilíbrio, deve viver a solidão, para estar liberto dos afetos humanos, ser contemplador quotidiano das tristezas humanas, responsável por decidir da honra, interesses e da liberdade humana. Deve ter a preocupação com o julgar com justiça, possuir viril dignidade, esse senti-

mento que manda procurar na própria consciência, mais do que nas ordens alheias, a justificação do modo de proceder, assumindo as respectivas responsabilidades, deve ser independente, liberto de qualquer subordinação, ter a coragem de ficar a sós consigo mesmo e travar a luta enfática entre o dever de ofício e as paixões humanas e sofrer a angústia da dúvida e fugir ao erro. Tudo, enfim, para distribuir o bálsamo para todas as feridas que se chama Justiça'.

Se nunca foi fácil a concretização da Justiça, esse verdadeiro valor franciscano, sempre a serviço dos demais valores sociais, na concepção do jurisfilósofo Miguel Reale, nunca foi fácil a aplicação do Direito.

É sem sombra de dúvida, em nossos dias, mais difícil executar tão elevada tarefa. Nunca foi fácil realizar o sempre perseguido ideal, pois sempre demandou, a par do conhecimento técnico do Direito, da inteligência adestrada para esse fim, o uso de faculdades outras, como a intuição, a percepção de valores e até a sensibilidade para interpretação do fato, do valor e da norma. Mas, atualmente, não de convir, é sobremaneira mais árduo e difícil atingir o ideal de Justiça e aplicação do Direito, porque o mundo de hoje está em crise, o homem está em crise. Crise do poder, da autoridade, das instituições, da sociedade, da responsabilidade, fatos críticos, crise dos ordenamentos, de valores, crise econômico-social, moral, jurídica, crise de tão propalada tecnocracia e em todos os outros segmentos do universo humano, a cultura.

O homem não compreende mais a existência de absolutos morais verdadeiros, e se distancia da finalidade para a qual foi criado.

Em um de seus artigos, José Carlos Graça Wagner assim se expressou: 'A maior dificuldade do mundo moderno em enfrentar desafios de magnitudes antes desconhecidas é a inexistência de um eixo de valores assentes que permitam, a cada passo, conferir a bússola com esse norte'.

Assim é que a educação popular precisa ser reformulada e completada, para que, avaliando méritos, condições e situações, os homens possam colaborar com inteligência e consciência no processo de paz comunitária.

A crise que o mundo atravessa não justifica a crise de virtude que amargamos. A inflação não deve ser a desculpa da desvalorização da moeda do caráter, nem a falta de petróleo pode significar a ausência desse combustível espiritual chamado vergonha.

Existe um egoísmo individual, mas existe também um egoísmo de grupo. O egoísmo de grupo cria o seu mercado de opiniões, doutrinas, teorias que justificam suas maneiras de agir. O grupo torna-se cada vez mais cego sobre a situação real, e engana aos outros com a força de sua influência corruptora. Só existe para os povos do mundo uma forma de abolir o egoísmo individual e coletivo: praticar a justiça; distribuir a justiça. Quanto mais se mergulha na injustiça, mais se corrompe a consciência.

Fala-se em crise do Judiciário. A crise do Judiciário é a crise da nação. O Poder Judiciário não fez a crise. Recebeu-a de fora. Tem o encargo de solucionar uma litigiosidade crescente, sem que lhe concedam os meios e os instrumentos necessários para enfrentá-la. O aumento da criminalidade assusta, não só pelo número, mas pela violência inútil. As obrigações deixam de ser cumpridas, como norma, inclusive pelo próprio Estado, que não se acanha em exibir toda a sorte de recursos, para justificar ou adiar a própria inadimplência.

O exemplo melancólico de que as dívidas não devem ser pagas, mas administradas, penetra a vida do cidadão, pautado no exemplo irresponsável dos governos. Tudo isso é litígio. Tudo isso acaba por ser submetido ao Poder Judiciário, carregando os ombros dos Magistrados a penosa tarefa de julgar processos, que nascem e renascem em progressão geométrica.

Vivemos, portanto, um momento dramático da vida nacional, marcado por enorme gama de dificuldades que se refletem sobre todas as Instituições, notadamente a Justiça, exigindo-se soluções práticas e objetivas, pondo a Justiça ao alcance de todos, eliminando conflitos e dirimindo controvérsias de forma célere e eficaz, pois, na maioria dos casos, a Justiça, nos moldes tradicionais, é inacessível ao povo brasileiro.

É bem verdade que a busca por uma Justiça simples, breve e eficaz, há muito desafia a argúcia dos homens. Os juízes, no entanto, estão atentos a esses fatores. Impõe-se o re-

aparelhamento do Poder Judiciário. Exigem-se verbas condignas, constitucionalmente asseguradas e plena independência administrativa, desvinculada do beneplácito dos governos.

Não posso, dessa forma, quedar silente ante o golpe que forças retrógradas insistem em preparar para a redução do Poder Judiciário a simples órgão sentenciador, com a criação do Conselho de Controle Externo das suas atividades administrativas e funcionais, constituído de pessoas estranhas ao seu quadro. O controle recíproco entre os Poderes, o autocontrole e o senso de responsabilidade de seus integrantes constitui o apanágio dos Estados Democráticos, para os quais é essencial um Poder Judiciário soberano e livre de peias de quaisquer espécies.

Impõe-se, isto sim, a valorização do juiz e o aperfeiçoamento de sua formação e condições de vida condignas, não só para que sobrevivam, mas para que, vivendo, possam aprimorar-se e enfrentar o olhar de familiares sem a humilhação da penúria. Vilipendiar os fundamentos econômicos da Magistratura é escopo de quem busque desestruturar o Poder Judiciário, tornando-o fraco, virtualmente corruptível, incapaz de arregimentar e manter valores profissionais.

Neste País, o mal que se despeja à Magistratura, em tempo recente, somente traz paralelo, para pior, fazem-se morrer no nascedouro os talentos. Cultiva-se, na desinformação orquestrada, a cegueira das multidões, para assim poder-se manipular

lá-los impunemente. Teme-se o esclarecimento global das questões, como o temia aquele pai, lembrado por Remarque, que perorava ao rebento: 'Meu filho; jamais percas tua ignorância; não terás como recuperá-la'.

Por trazer, o Judiciário, respeitabilidade social, é que vemos forças anarquizantes assentar seus instrumentos de ódio, nos veículos de propaganda de massa contra a Magistratura, sem cujo resguardo não há imaginar-se Estado de Direito.

Disse o estadista inglês William Pitt, com muita propriedade: 'Onde termina a lei, começa a tirania'. Se a alguém involuntariamente magôo, não peço perdão. Suplico-lhe, somente, que me ensine onde estiver errado. Precisamos, portanto, saber ouvir o povo, ficar próximo dele, nunca perdermos o contato com o cotidiano.

As pressões socioeconômicas, presentes à nossa volta, espalhadas nas notícias dos meios de comunicação, ou nos comentários ouvidos na rua, no ônibus, dos vizinhos, em nossa casa, a tudo o Juiz precisa estar atento, para poder, sempre bem informado, sentir o momento e aperfeiçoar a sua sensibilidade. Não há dúvida que o conhecimento técnico, específico para o nosso mister, é absolutamente essencial. Mas se a nossa função é dar a cada um o que é seu, de pouco valerá nossa técnica se não tivermos bom senso, o senso comum do homem médio, e uma sensibilidade que só nos chegará com o contato, permanente, com a realidade que nos cerca. Saber ouvir para poder bem julgar. Eis aí o cerne do bom julgador.

Não sei realmente se cumpri até agora, em sua plenitude, meu dever. As dúvidas ainda persistem. Consola-me, no entanto, a certeza de não ter traído minha consciência nos julgamentos proferidos, como ensinou Calamandrei: 'O juiz deve pôr o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, por mais humildes que sejam. É que sabe não haver grandes e pequenas causas, visto a injustiça não ser como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomadas em grandes doses matam, mas tomadas em doses pequenas curam. A injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas' ('Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados', p. 164).

E advertia ele: 'Para encontrar a Justiça é preciso ser-lhe fiel. Como todas as divindades, só se manifesta àqueles que nela crêem. O juiz é o direito tornado homem. Corporifica a Justiça nas suas mãos'.

Posso dizer que toda a minha vida, desde a mais tenra infância, vivi em contato com a Justiça, pois, filho de advogado, era por ele levado aos fóruns, oportunidade em que conheci grandes juizes. Aprendi, dessa forma, a respeitar e cultuar a Justiça, veneração e admiração que ainda me conservam na Instituição, desejoso de contribuir sempre, com um pouquinho que seja, para a sua maior grandeza.

Posso afirmar, também, que a caminhada, que me conduziu até este egrégio Tribunal de Justiça, só está repleta de trabalho, deixando-me certo de que procurei sempre,

como ocorre com todos os juízes, cumprir com o meu dever. Não tenho a pretensão de haver realizado minha missão, de ter atingido o escopo buscado. Tenho, porém, a consciência apaziguada pela certeza de haver caminhado em linha reta.

No meu roteiro governa-se, com firmeza inabalável, o desejo de acertar. Para esta colenda Corte, portanto, ofereço, também, com humildade, essa disposição para o trabalho e o desejo de acertar, consciente das minhas limitações.

Estejam certos de que a minha vida e a minha carreira se pautaram nos versos do poeta Fernando Pessoa: 'Para ser grande, sê inteiro; nada teu exagera ou exclui. Sê todo em cada coisa. Põe quanto és no mínimo que fazes'. Meu inesquecível pai costumava dizer: 'Nada na vida é impossível, basta você querer que aconteça e que seja feito no momento certo'. E completo com a frase do filósofo e poeta Sêneca: 'O que tiver de ser, será; e aquilo que é uma necessidade para aquele que luta, é pouco mais que uma escolha para aquele que deseja'.

Proferimos poucas palavras, porque o exemplo, conforme a sabedoria milenar, vale mais do que dez mil frases.

O juiz exalta-se por sua conduta, por seu porte, pela maneira como decide as causas, e, sobretudo, pelo equilíbrio com o qual costuma não só perdoar, como, também, afirmar a verdade, a despeito de tudo que lhe possa acontecer. Ser justo, livre e sábio, no máximo possível, jamais se tornando cúmplice, ainda que pelo silên-

cio, dos egoístas e dos poderosos, é o caminho descortinado para consagrar sua vida à liberdade.

Voltado a esses princípios e deveres, conduzo meu caminho, sem olvidar que sob a toga pulsa um coração humano, símbolo investido da garantia da liberdade do homem, da confiança da sociedade.

O momento, agora, é de agradecimento. Agradeço, comovido, a acolhida carinhosa com que sou recebido neste egrégio Tribunal de Justiça, onde operam juízes, experimentados e cultos, que vêm engrandecendo, cada vez mais, a Justiça Catarinense. Agradeço, com a força de meu coração, a dedicação dos funcionários da Vara de Execuções Penais, tão fiéis e prestimosos, onde convivemos por mais de seis anos, num ambiente fraterno, amigo, de compreensão mútua, de dedicação, de empenho, sem, ao que me parece, qualquer mácula. Do meu saudoso e querido pai Artidônio, presente em espírito, cuja saudade pungente marca minha vida, recebi formação, exemplos e conselhos que jamais esqueço. Se agora aqui estivesse, por certo que viveria um dia de intenso júbilo, vendo seu filho atingir o topo da carreira, porque se orgulhava de ter um filho Magistrado. Genuflexo, beijo a lápide que o cobre, certo de que jamais saldarei meu débito filial. À minha querida mãe Ondina, que me forjou a tempera desde o berço até a maturidade, aqui está presente, como em todos os meus momentos, nos seus lúcidos 77 anos, que é toda feita de amor e bondade, dedicada aos filhos e a to-

dos, dirijo nesta hora a minha prece e o meu reconhecimento por tudo que me fez, inclusive tradicionalizando-me seus exemplos de caráter e seus dotes de religiosidade e bondade, que, não obstante a minha imperfeição, sempre procurei herdar, quero dividir, também, esta homenagem.

Mas se a caminhada foi longa, com muitos percalços e muitas encruzilhadas, não se apartou de mim, em momento algum, a felicidade. Ancorei-me pelo casamento e pelo amor à minha esposa, Gilmara, hoje, como sempre, esposa perfeita, presente quando precisei e não precisei. Foi ela quem me premiou com três filhos, dos quais tanto me orgulho: Marcelo, Manuela e Elisa, que criou com desvelo. Filhos que me cobravam atenção particular, pelo menos aos domingos, e que não lhes pude dar, ocupado com os processos. Logo, poderei pagar-lhes a dívida, se eles não estiverem ocupados. Desejo, porém, dizer-lhes, como juiz e como pai, que sempre procurei não decepcioná-los, para que um dia possam de mim lembrar-se com orgulho e saudade. Divido, pois, com eles, o momento de alegria, agradecendo a minha esposa, companheira inseparável de todas as horas, mesmo no desconforto, a sua presença ao meu lado, alegre, decidida e confiante, e que representou para mim incentivo inesgotável.

Aos meus sogros, Germano e Gilsonir, o meu agradecimento pela bondade com que sempre me distinguiram e pelo incentivo na caminhada delicada que empreendi. A eles também muito devo. Minha gratidão aos meus irmãos e cunhados pelo apoio e incenti-

vo constantes durante toda a minha carreira. Agradeço a presença de tantos parentes, amigos, magistrados, representantes do Ministério Público, advogados, serventuários da justiça, alunos, lembrando-me do apoio e do afeto que de todos recebi até hoje, e do quanto esse amparo me tem significado. A todos que sempre e por todas as formas ajudaram a construir minha existência, minha eterna gratidão. Inimigos, não os tenho.

Como Juiz, pude encontrar a tranqüilidade. Se me agitei, às vezes, foi porque aspirei a alguma promoção que não fosse por antiguidade. De qualquer forma, aqui chego, como sempre cheguei onde quis, com altivez e independência. Quero manifestar, nessa oportunidade, a admiração que sinto por Vossa Excelência, Senhor Presidente Amaral e Silva, pela sua dedicação ao Tribunal, à Magistratura e à Justiça, neste seu biênio de tantas realizações. Agradeço as palavras dos prezados oradores feitas à minha pessoa que, generosamente, souberam ressaltar qualidades das quais não sou possuidor, fruto da bondade de seus corações.

Agradeço a presença das altas autoridades. Agradeço a todos que aqui compareceram, trazendo-me o seu abraço e a distinção de sua amizade. Agradeço, por derradeiro, a Deus, o Juiz dos Juizes, para que conserve a minha humildade, evitando a soberba prepotente da força — que não é do homem, mas da Lei — cujo instrumento ético de justiça quero ser. Que eu não esqueça a insita falibilidade de nossa natureza huma-

na, e, sob o exemplo da cruz, receba a benção e a luminosidade divina para a boa aplicação da justiça. Que Deus me ampare e guarde, para que possa honrar a magistratura de meu Estado, da

qual tanto me orgulho. Muito obrigado.”

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2003.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao dirigir-lhe minha mais solene saudação, desejo que nela se compreendam todas as autoridades da Mesa. Eminentíssimos Desembargadores, Senhores Juizes de Direito, Senhores Procuradores de Justiça, Senhores Promotores de Justiça, ilustres Advogados, Serventuários da Justiça, Servidores do Ministério Público, meus parentes, meus amigos, senhoras e senhores.

Solene é o momento, mas não pretendo afetá-lo com um discurso que se valha da criatividade alheia. Prefiro vestir-lhe singeleza e romantismo para atender aos reclamos de minha própria natureza. Assim, permitam-me, farei bem mais a respeito de sentimentos que se escondem em minha alma do que de temas jurídicos e filosóficos.

Feliz do homem que não tem do que reclamar, porque sua sorte lhe tenha valido tanto, que a cada passo, no caminho de suas procuras, não haja sofrido o tormento de empecilhos e,

por maior ventura ainda, haja logrado encontrar todos os tesouros buscados. Assim, parece-me, foi meu caminho até aqui. Uma caminhada cansativa, mas sem grandes tropeços.

Simples menino de uma família numerosa, deixei eu, um dia, numa triste, úmida e cinzenta manhã do inverno serrano, de céu prometendo chuva, a inesquecível Porto União, recostada nas fraldas das seras que sobraçam o Rio Iguazu, onde vivi os momentos mais doces de uma infância moleca e ingenuamente malvada e parte de uma adolescência curiosa e meio assustada com o porvir. A partida foi dolorosa. Aqueles chãos tomaram-me as raízes e fincaram-nas em si, de sorte que, ao arrancar-me daquele solo, senti-me perdendo parte de minha própria essência.

Por aí, já é possível perceber que não foi fácil abandonar os doces folguedos de minha modesta, mas alegre infância, mormente os furtivos banhos de rio, às margens do qual, escondidos nos sarandis floridos,

fumávamos o único cigarro, furtado de uma carteira esquecida por alguém em algum lugar de nossas casas; cigarro que passava de boca em boca, numa alegre roda de travessos meninos. O cheiro de fumo mascarávamos com o perfume cítrico das mimosas ou bergamotas, abiscoitadas, como sempre, nos quintais da vizinhança incauta.

Nada fácil esquecer os divertidos peca-dinhos da infância, nem os da adolescência, tantas vezes censurados por meus pais e meus irmãos mais velhos, representados, no mais da vezes, pelos atrevidos e inconseqüentes assaltos aos pomares e fruteiras da vizinhança desatenta.

Tormentoso deixar as rodas de confecção de pipas, de balões e as agitadas rodas de bola de gude, do mesmo modo que tormentoso foi abandonar a fanfarra do Colégio Túlio de França, onde, no esforço de soprar um clarim, fazia eu minhas vãs tentativas musicais. Não menos doloroso foi abandonar a turma da pelada, assídua do enlameado campo de futebol 'barro preto', cuja grama fixava-se numa terra negra que, em dias de chuva, desfigurava a petizada, campeando-lhes o corpo com espessa camada de lama, responsável por algumas surras de chinelo.

Mais difícil ainda foi deixar lá meus amigos, meus irmãos; os passeios clandestinos nas composições ferroviárias que serpenteavam diariamente por entre aquelas serras verde-escuras, atravessando pontes, túneis, varando campos e mergulhando em desfiladeiros, descortinando, a cada momento, fragmentos de um pa-

raíso que há muito não tenho tido a ventura de rever. Difícil deixar para trás as incursões aventureiras às cavernas do Morro da Cruz, quando a garotada de minha rua mergulhava na escuridão do ventre do morro para alcançar o seu outro lado e descortinar, espriada e bela, aos nossos pés, a outra metade da cidade, onde o Iguacu, num líquido e cálido amplexo, enrola-se à volta das terras da minha Porto União até quase fazê-la ilha.

Aquelas sombrias e úmidas escavações na rocha, nossos tugúrios silenciosos e surdos, em cujas paredes inscrições rupestres retratam histórias de um passado heróico, pois nelas se homizaram combatentes do Contestado e abrigou-se a mística figura do milagreiro monge João Maria, eram nosso secreto reduto, pois lá, destemidos a nosso modo, sonhávamos com grandes aventuras.

Triste arredar-me da farta galhofa, de tanto folgado, das monumentais festas juninas do bairro Tocos e das animadas tardes dançantes no Apolo e no Concórdia, onde adolescentes de então vivíamos o doce sonho dos primeiros alumbra-mentos que o frescor e a beleza das meninas, nascentes mulheres, inspi-ravam-nos.

Duro, muito duro, mais difícil do que tudo, foi deixar para trás a mãe, no chumbo da madrugada molhada, gelada, acenando o lenço ensopado da mais pura saudade. Pungente vê-la — a mãe — ali parada sobre a escura, fria e ausente plataforma da estação de trem; platafor-

ma de um lugar de partidas e chegadas, de risos e de choros, dura e insensível àquela dolorosa separação. Um longo silvo do apito do chefe-de-trem e a composição, respondendo à ordem sibilante, começou a movimentar-se lentamente, como se se espreguiçasse ao acordar de um sono de chumbo. Apitou forte, longa e chorosamente. Soltou uma densa descarga de vapor, formando nuvens brancas perto do chão, ao tempo em que liberava e acendia no ar o cheiro quente e forte da bracinga queimada nas fornalhas da locomotiva; cheiro penetrante que ainda impregna minhas narinas.

Pesada e se esforçando por aumentar o ritmo, a composição ferroviária rompeu o ar gelado da manhã, rangendo sua pesada ferragem, chorando vapores quentes e resfolegando. Parecia cansada, mas forte e empedernida partiu sem nenhuma dor nem saudade. Apressou a marcha, tornando-se veloz, sem importar-se com o pranto daqueles a quem separava. Cabeça fora da janela do trem, voltada para os lados da estação, eu escondia o choro sob a capa de feltro azul-marinho, soluçando baixo para velar meu pranto da curiosidade dos passageiros à minha volta. Morria já de saudade e respondia aflito aos aflitos acenos de minha mãe, no coração de quem, tenho certeza, já na partida, iam-se amontoando desajeitadas e nervosas as saudades do filho caçula.

Para aumentar minha dor, numa curva impiedosa, o trem, veloz, mergulhou por entre serras e matas, furtando-me a visão da figura chorosa de minha mãe e, depois de horas de via-

gem, quase conformado, olhos já enxutos, lá estava eu em Jaraguá do Sul, onde troquei o trem por um velho e desconfortável ônibus, rumo a Blumenau. Ali, tomei outro ônibus para Florianópolis. Meio poético, quase piegas, um pouco triste. Foi assim o drama de minha partida para as lutas desta vida.

Verde e inexperiente, quinze anos de idade, tocado pelos temores e atrapalhos da adolescência, vim bater à porta daquelas que passaram a fazer as vezes de meus pais, minha irmã Zulma e meu cunhado Osvaldo Meira, que souberam administrar, em doses corretas e eficazes, os ensinamentos complementares à minha educação, mostrando-me os caminhos mais suaves da vida, por onde eu poderia chegar ileso ao meu futuro.

Acho que foi assim, de forma açodada, que teve início minha vida adulta. Saiu de mim, de repente, o adolescente frágil para dar lugar ao homem. Ruptura precoce de uma crisálida que guardava certos sonhos juvenis, que jamais seriam realizados.

Tenho sempre a viva impressão de que o menino dependente dos pais, mormente da mãe, morreu quando cheguei à casa de minha irmã, em Florianópolis, e confesso que essa metamorfose foi o fim de sentimentos que me excitavam a alma adolescente. Todos os abandonos, separações e saudades, entretanto, foram apenas o começo de uma jornada de lutas; lutas que nunca me esgotaram, já que tive, nos combates da vida, a ventura de contar com o apoio paternal que sempre me ofertaram a Zul-

ma e o Osvaldo Meira, meus pais postíços.

Aliás, pelas mãos de meu cunhado Osvaldo Meira matriculei-me no Ginásio Antonieta de Barros, onde terminei o curso ginásial. Concluído o ginásio, cursei o clássico, no Instituto Estadual de Educação, e me fiz acadêmico de Direito, vindo a formar-me em 1971, pela velha academia da Rua Esteves Júnior.

Ainda cursava o clássico, quando, numa dessas manhãs radiosas, plenas de luz e de azul, que só acontecem aqui, nesta mágica e singular Ilha, vi passar, pela primeira vez, defronte ao varandão da casa em que morávamos, na Avenida Mauro Ramos, a caminho do colégio, vestida de azul e branco, uma linda menina, dona dos olhos mais azuis, lindos e tristes que jamais vira. Aquele olhar tristonho e azul tanto me encantou, tanto me arrebatou, que passei a persegui-lo insistentemente, com a insistência e teimosia que me são a marca e que me trouxeram até aqui, onde hoje chego.

Mais tarde, recém-formado em Direito e recém-casado com a Glorinha, uma jovem e inteligente cirurgiã-dentista, inscrevi-me no concurso de ingresso na carreira do Ministério Público, logrando aprovação e assumindo, como Promotor de Justiça Substituto, em 10 de outubro de 1972, a comarca de Joaçaba.

Desde a minha partida, na perseguição do que traçara como ideal, lutando contra algumas dificuldades, mormente as financeiras, mas com boa sorte, encontrei, pelo caminho da vida, os dons que procurava, sem os

quais minha vida não teria sentido: encontrei minha cara-metade, doce, meiga e inteligente; conquistei meu diploma de bacharel em Direito, instrumento para minha vida profissional, e abracei o Ministério Público como ideal profissional, em cujo regaço vivi os melhores e mais produtivos trinta e um anos de minha vida.

Não me bastasse tanta ventura, ao correr de minha carreira ministerial, tive a suprema alegria de ver nascer meus filhos Luiz Eduardo e Priscila, filhos perfeitos, amáveis e amados, solidários, afetuosos e inteligentes, razão maior de todos os meus esforços para corrigir meus defeitos e superar minhas tão acesas limitações.

Eis a razão de eu haver dito, ao iniciar esta singela oração, que feliz é o homem que não tem do que reclamar, porque a vida lhe foi pródiga em benesses. Meu diploma superior, minha mulher, meus filhos, minha carreira. Eis minha verdadeira riqueza. Para conquistá-la, sequer precisei sair pelos campos da vida a respirá-la. Deus colocou-a à minha frente, e eu Lhe agradeço por isso.

No campo profissional, em face das preocupantes limitações do meu intelecto, nenhuma queixa, entretanto, jamais pude fazer-me, já que a ventura, minha pertinaz companheira, sempre se impôs à desdita que tentou de mim aproximar-se. Ao longo dos anos que dediquei ao Ministério Público, fiz da instituição parte de meu ser, e não é sem grande dor que dela me separo hoje. Nela dei retoques definitivos ao meu caráter e

usei-a como forja para alcançar a têmpera indispensável para fundir em coragem os meus medos; coragem de que precisava para aceitar desafios graves como este que hoje tenho a presunção vaidosa de pensar que tenho talentos para enfrentar.

Minhas mais caras conquistas na vida profissional e social devo-as todas ao Ministério Público. A ele devo o fato de ver facilitado o meu ingresso na docência superior e o orgulho de haver dirigido, por três vezes, a Escola Superior do Ministério Público, onde lectionei por mais de dez anos. No seu seio exerci, com muita honra, o cargo de secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público e, mais tarde, quando já guindado ao cargo de Procurador de Justiça, integrei o egrégio Conselho Superior do Ministério Público, eleito pelo voto da classe.

Fui também membro da diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público. Meus esforços no sentido de tornar menos visíveis minhas inescandíveis deficiências intelectuais, buscando aprimorar-me em cursos, levaram-me a conquistar, nas administrações dos Procuradores-Gerais Hipólito Piazza, Moacyr Moraes Lima Filho e José Galvani Alberton precioso e enriquecedor espaço na Comissão de Concurso, onde tanto aprendi.

A verdade é que, ao alcançar o topo da carreira no Ministério Público, como Procurador de Justiça, experimentei a sensação do atleta olímpico que chega ao fim da maratona. Cheguei a pensar em aposentadoria. Mas, refletindo um pouco mais, enxerguei o quanto aquela atitude seria incompatí-

vel com minha personalidade. Meu trabalho nas Câmaras Cíveis deste Tribunal, o gosto pelos livros, o amor pelo debate e o estímulo de colegas, de juizes e de desembargadores fizeram brotar em mim uma incontida vontade de prosseguir, de ousar um pouco mais. Daí o travar de uma nova batalha, visando ao sonho de compor a última e mais bela página de minha biografia profissional.

Senhor Presidente, chegar a este Sodalício na condição de Desembargador já nem era mais só um sonho, uma aspiração, tornara-se um sentimento insistente, uma vontade barrada na impotência de querer a estrela e não poder alcançá-la. Uma utopia meio desvairada que, como tal, apaga todo e qualquer resquício de razão. Mas confesso-lhe, Senhor Presidente, que, abandonado pela esperança, restava-me o milagre, que nele ainda eu cria.

Minhas tentativas de chegar a este Tribunal já me credenciavam ao cargo por antigüidade, dizia-me, com seu jeito pândego o espirituoso Desembargador Sérgio Paladino. Mas a verdade é que, de tanto tentar e ver frustrada a ousada pretensão, nem mais tinha por que crer no sonho. Mas, eis que acontece a surpresa — ou o milagre, como queiram: ao transmitir o cargo de Governador do Estado de Santa Catarina a Vossa Excelência, o Governador Esperidião Amin, num gesto de consideração e respeito ao Poder Judiciário, deixou a Vossa Excelência a prerrogativa da escolha daquele que ascenderia a

este Tribunal na vaga constitucionalmente destinada ao Ministério Público.

E Vossa Excelência fez opção pelo meu nome e, ao escolhê-lo, segundo suas próprias palavras (ditas de improviso no dia de minha nomeação) fê-lo louvado na minha pertinácia, em minha predicação moral e no meu currículo funcional. Essa confiança, Senhor Presidente, faz de mim devedor e de Vossa Excelência credor de minha eterna gratidão e do meu compromisso de jamais o decepcionar, até porque fui distinguido entre nomes ilustres como o do doutor Basílio Elias de Caro e o do doutor José Eduardo Orofino da Luz Fontes, procuradores que enobrecem o Ministério Público catarinense e me honraram com suas companhias na lista tríplice.

Ascender a este areópago para ocupar a vaga deixada pelo eminente Desembargador João José Schaefer é tarefa da maior envergadura, preocupante mesmo, mas espero que jamais alguém lembre-se de comparar-me àquela luminosa figura.

Sei, Senhor Presidente, Senhores Desembargadores, que muito mais do que as honrarias que o cargo encerra, representa ele um cúmulo de responsabilidades que me compelem a prometer-lhe muito empenho, mormente agora, quando o ordenamento jurídico nacional passa por profundas reformas.

O velho e monumental Código Civil, por exemplo, experimenta reparadora plástica, fruto do trabalho ingente, já recoberto pela pátina do tempo, da comissão formada nos idos de 1967, sob a supervisão do jurista e filósofo

Miguel Reale, para surgir somente agora como o novel Código Civil.

Passaram-se longos trinta e quatro anos até que o Projeto de Revisão e Alteração do Código viesse a ser aprovado, o que aconteceu em 20 de novembro de 2001, com sanção presidencial datada de 10 de janeiro de 2002 (Lei n. 10.406/02, publicada no DOU de 11 de janeiro de 2002).

Descumprindo, em parte, a promessa de ser apenas romântico hoje, não posso nem devo esconder a vontade de dizer, tão simplesmente, livre de compromissos com a hermenêutica, com a sociologia, com a filosofia e com teorias justificativas dos precipitados legislativos do Estado, que a mudança do Código Civil, de certo modo, preserva o que havia de melhor no monumento de 1916.

Mas não se pode deixar de ver que introduz grandes modificações legislativas. Entre elas, é possível destacar a unificação do direito das obrigações, representada pela inserção no Código de temas imbricados ao direito comercial, mormente no que diz com a teoria geral das sociedades. Também no que respeita aos títulos de crédito e às sociedades por ações, sem prejuízo para a autonomia científica do Direito Civil e do Comercial, há impressionantes inovações.

Importante frisar que essas mudanças fundamentais implicam revogação de parte do velho Código Comercial, mas não o deformam estruturalmente. Não menos importante é constatar que inúmeras leis posterior-

res a 1916 foram incorporadas ao novo Código, facilitando a aplicação do direito. Há, bem à vista, uma nova textura legal e com ela haveremos de operar. Trata-se de instrumental, cuja empunhadura o tempo nos dará, pois a novel codificação insere verdadeiras novidades, como a substituição da disciplina atos jurídicos para negócios jurídicos e a união dos direitos obrigacionais com normas típicas das atividades empresariais.

O direito de propriedade veste definitiva roupagem denunciativa de sua função social, e o direito de família, assim como o direito das sucessões, avançou para assumir contornos de atualidade compatíveis com os novos valores sociais.

Está entre nós o Estatuto das Cidades, trazendo consigo solução para o problema dos que moram em áreas indefinidas de aglomerados pobres, permitindo que regularizem a propriedade e urbanizem a comunidade em que vivem precariamente, podendo fazer uso, para tanto, da usucapião especial urbana coletiva, figura processual nova em nosso Direito, tomada de empréstimo ao Direito alemão.

Com estas simples e desprezíveis considerações, aliás, superficiais, sobre algumas das mudanças legislativas que a sociedade, durante anos, exigiu do Estado, quero apenas significar que temos trabalho redobrado pela frente e precisamos estudar, com tenacidade, para uma correta entrega da prestação jurisdicional, que é o que a sociedade sempre espera de nós.

De minha parte, Senhor Presidente, ao lado da honra de integrar este Tribunal de homens probos, quero prometer-me e prometer-lhe empenho, muito empenho. Honra-me sobremaneira sentar-me, agora, onde um dia sentou-se Marcílio Medeiros, a quem reputo ser a figura emblemática de todos os tempos desta Corte. Honra-me sentar-me, agora, onde sentam-se Pedro Manoel Abreu, José Trindade dos Santos e Anselmo Cerello, meus mais caros amigos e maiores incentivadores.

Por fim, devo prestar merecido preito de gratidão a um grande homem, Promotor de Justiça dos mais combativos e brilhantes, homem reto e intímore e que, não fora a doença que o tirou de nosso meio, certamente estaria recebendo-me, hoje, neste Tribunal, nesta cerimônia de posse. Falo do eminente Procurador de Justiça aposentado doutor Jadel da Silva. A ele talvez deva eu a alegria deste momento.

No princípio de minha carreira ministerial, na comarca de Joaçaba, em 1972, recém-casado, longe da mulher e dela saudoso, fragorosa onda de desânimo invadiu-me a alma. Pensava eu que tudo o que fizera ao longo daqueles poucos meses de atividade como Promotor Público Substituto não passava de mediocridades. Lia e relia eu meus trabalhos e a cada leitura aumentava minha insatisfação e decepção comigo mesmo, até que o Juiz Eder Graf, por quem sempre nutri o maior respeito e admiração e de quem estou saudoso, convidou-me ao seu gabinete e, com um sorriso escondendo ternura, entre-

gou-me uma carta a ele endereçada, afirmando-me que, nela, um Procurador do Estado falava mal de meus trabalhos.

Quase menino, 28 anos de idade, apanhei a carta, trêmulo e, confesso, com os olhos marejados, antevedendo o desastre emocional que as palavras do Procurador me causariam, tive ímpetos de jogar fora a carta e sair correndo do Fórum para nunca mais ali pisar. Mas tomei coragem, retirei, meio desesperado, a carta do envelope e a li. Dizia: 'Caro amigo Graf, hoje examinei cinco apelações criminais daí de Joaçaba. O Promotor que nelas atuou é um tal de Luiz Carlos Freyesleben. Dá um grande abraço nele em meu nome. Vai longe esse moço...' Obrigada, Jadel da Silva. Seu vaticínio confirmou-se. Cheguei bem mais longe do que jamais pude imaginar.

Mas acho que lhe devo isto. Eu não estaria assumindo este honroso cargo se, além de todas as ajudas dos que me querem bem, não fossem suas palavras de incentivo, que me reacenderam o ânimo para a tarefa ministerial. Você nem me conhecia e me fez

tanto bem. Deus vele por você, amigo, e conceda a melhor sorte à sua linda família.

Agradeço do fundo do meu coração as palavras generosas do Des. Pedro Manoel Abreu e as recolho emocionado para guardá-las na parte mais nobre do meu coração, ainda que saiba que foram ditas por um amigo muito querido e, por isso mesmo, muito suspeito. Agradeço as palavras carinhosas que me foram dirigidas pelo Procurador-Geral de Justiça, doutor José Galvani Alberton, sem nenhum favor, o mais completo, lógico, sensível e poético orador de que tenho notícia. Obrigada, grande timoneiro, estimado líder desta grandiosa e respeitada instituição que é o Ministério Público. Agradeço a bela saudação a mim dirigida pelo o ilustre e culto representante da OAB, seccional Santa Catarina, doutor Milton Bacin. Agradeço a presença de todos, com especial destaque para meus queridos parentes e amigos que vieram de longe para prestigiar-me. Obrigada a todos."

Florianópolis, 14 de junho de 2002.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR TORRES MARQUES

"Senhor Presidente, Exmo. Des. Antonio Fernando do Amaral e Silva, em nome de Vossa Excelência, saúdo as autoridades que compõem a mesa e as demais presentes.

Registro a honra e o orgulho de passar a integrar, hoje, em caráter efetivo, esta Corte de Justiça, de que podem orgulhar-se os catarinenses, e conforme manifestação do preclaro

Des. João José Ramos Schaefer: 'um Tribunal de grandes e imperecíveis lições jurídicas, uma Corte que tem pautado sua atuação no estrito cumprimento da missão constitucional de distribuir justiça, de julgar com isenção órgãos públicos, fatos, pessoas, de atender aos justos anseios de todos por uma solução a seus conflitos. Um Tribunal, sobretudo, de lições de dignidade, de independência, de altivez'.

Permita-me, Senhor Presidente, saudar os ilustres componentes desta Corte, na pessoa do Primeiro Vice-Presidente, Des. Alberto Luiz da Costa, modelo de magistrado pela independência e dignidade com que exerce a função. Consigno o propósito de me associar a Vossas Excelências no desempenho de atividades deste Sodalício e não temo a responsabilidade, pois conto, e sempre contarei, com o apoio de todos.

Senhor Presidente, minhas palavras serão de agradecimento para dividir um pouco da felicidade que me toma conta ao atingir o ápice profissional da carreira que abracei com amor e da qual tanto me ufano.

Quando prestei o compromisso perante Vossas Excelências, relembrei o dia 2 de maio de 1983, quando, juntamente com Bóris Moreira da Silva, Felipe César da Cunha, Janice Ubiali, Marisa Medeiros, Jânio de Souza Machado, Maria Eloísa Neves May, Almiro Zago, Felício Soethe e José Carlos Carstens Köhler, ingressei na magistratura, tendo prestado juramento perante o então Presidente Francisco May Filho, paradigma de magistrado, a quem rendo minhas homenagens.

Recordo com carinho o meu trajeto pela carreira: — como Juiz Substituto na comarca de Lages, atendendo também a comarca de Anita Garibaldi; a passagem pela pequena comarca de Trombudo Central; a ida para a comarca de São Miguel do Oeste, durante o período de trânsito para a comarca de Orleans; o retorno para a Princesa da Serra, a minha querida Lages; e a remoção para a comarca da Capital.

Deixei a 3ª Vara Criminal de Lages com seu cartório exemplar, do qual guardo boas recordações; deixei também as aulas da Uniplac e os amigos, aceitando o desafio para atuar como Juiz especial na Capital, isso no ano de 1993.

Na Capital, tive a ventura de conhecer o então estagiário Alexandre Moraes da Rosa. A empatia estabelecida foi tão grande que logo laços que extrapolam a amizade se estabeleceram entre nós. Alexandre é hoje um dos expoentes da nova magistratura catarinense, além de dedicar-se às letras jurídicas com enlevo.

Por permuta, assumi a titularidade da 2ª Vara Criminal da Capital, por onde passaram eminentes colegas. Atendendo ao honroso convite do Des. João Martins, tive oportunidade de atuar com Sua Excelência na Corregedoria-Geral da Justiça e na Presidência.

Desembargador João Martins, decano da magistratura catarinense, é magistrado de escol, possuidor de enorme descortino jurídico e administrativo.

Em setembro de 1999, tive a honra de ser indicado para o cargo de Juiz Substituto de Segundo Grau. Aos naturais problemas de montagem física e de pessoal do gabinete, contei com a ajuda da Bel. Daniella Zambonetti para dar os primeiros passos. O gabinete sofreu mudanças, e o grupo que hoje dá sustento à minha atividade é formado pela Secretária Jurídica Sônia Eunice Odwazny e pelos Assessores Carla Giovana Pisetta, Luís Felipe Canever, Fabíola Duncka e Maurício Martins Nalepa, colaboradores que todo magistrado gostaria de contar. Pretendem todos seguir carreiras jurídicas e, tenho certeza, logo estarão bem encaminhados.

A passagem pelo referido cargo muito me engrandeceu, tanto no aspecto pessoal como no funcional, pelo que quero deixar patente o meu reconhecimento aos Juízes Substitutos de Segundo Grau, que desenvolvem inestimável trabalho em prol do Judiciário, longe das melhores condições para tanto, mas contando sempre com o amparo da Bel. Suzete Opilhar.

A vaga que passo a ocupar foi aberta, neste Tribunal de Justiça, pela aposentadoria do ilustre Desembargador Wilson Guarany Vieira, que se afasta por força de dispositivo constitucional, em pleno vigor de suas condições, tendo servido por mais de três lustros com invulgar brilhantismo o Judiciário catarinense. Desejo felicidades a Sua Excelência, sua esposa, D. Maura, e seus filhos.

Figurei em lista com dois dos mais expressivos magistrados de nosso Estado, os juízes Marco Aurélio

Gastaldi Buzzi e Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu, tendo a ventura de ser escolhido. Parafraseando o querido Desembargador Norberto Ungaretti: 'se estas palavras fossem um ato notarial, passaria ao termo de encerramento'.

Faço uma referência especial ao saudoso Desembargador Wilson Vidal Antunes Sênior, com quem mantive uma afinidade muito grande, e que, tal qual meu pai, tinha como marca registrada o uso de gravata-borboleta. Quando de sua posse, o Des. Wilson afirmou que vinha para esta Corte trazendo a cultura humanística que sempre foi apanágio dos homens públicos de Lages e que a aplicaria nas suas decisões. Disse ainda que trazia a altivez e a bondade comuns à gente do Planalto catarinense. Sua Excelência cumpriu a palavra empenhada. A D. Maria, sua diletta esposa, que não pôde comparecer por problemas de saúde, e seu filho Wilsinho, minha saudade.

A meu pai, o tabelião Marques, e a meu avô, o General Torres, que já encerraram sua jornada terrena, dedico este dia. A minha mãe, Elma, o reconhecimento pela educação, compreensão e estímulo que nunca me faltaram. Aos parentes que se fazem presentes, o meu carinho.

Recebi da Cristina, companheira no início de minha caminhada pela magistratura, meu filho Eduardo, que só me tem dado contentamento, mercê da boa orientação por ela passada. Para minha satisfação, Eduardo é lageano, terra que levo sempre na lembrança. A minha esposa Ana, o

meu pleito de carinho e admiração, sempre me apoiando de forma incondicional. Com ela divido os méritos desta promoção, dela recebi, há pouco mais de três meses, o Antônio, pequeno anjo, que veio encher de alegria o nosso convívio e o do mano Eduardo. Ao casal Gilson e Jane, pais da Ana e avós de primeira viagem, o meu agradecimento pela acolhida que me deu, assim como todos os integrantes das famílias Oliveira e Pacheco.

Aos diletos amigos, dos quais recebi, em demonstração de apreço e amizade, a toga que hoje envergo, manifesto minha gratidão e levarei sempre o compromisso de honrá-la.

Agradeço as palavras bondosas e amigas que me foram dirigidas pelo

estimado companheiro Des. Cláudio Barreto Dutra, que preside a Terceira Câmara Civil, na qual irei trabalhar, pelo Presidente da OAB/SC, digno representante da valorosa classe dos advogados, Dr. Adriano Zanotto, e pelo Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues, com quem tive o prazer de trabalhar na comarca de São Miguel do Oeste, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Agradeço a todos que, de forma indistinta, abrilhantaram esta solenidade com suas presenças. Que o Supremo Magistrado, em sua infinita bondade, continue a me iluminar na nova jornada que se inicia.”

Florianópolis, 7 de junho de 2002.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR FERNANDO CARIONI

“Ao assomar a esta tribuna, faço-o na condição de exercer o dever maior — despedindo-me da honrosa profissão de advogado, que, leal, ética e honradamente desempenhei por mais de duas décadas.

Tive o privilégio ímpar de ver coarada a incessante, árdua e diuturna luta ao lado do compromisso que assumi com a verdade e a moral social, no momento em que fui contemplado junto aos meus colegas da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina, para participar ao lado de nobres e íclitos advogados da

disputa pela vaga do Quinto Constitucional.

Entenderam, por sua vez, os dignos e honrados Desembargadores, que compõem o Órgão Especial deste augusto Sodalício, avaliar e apontar meu nome, em lista tríplice encaminhada ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado — Dr. Esperidião Amin Helou Filho, que, por dever constitucional, honrou-me alçando-me ao alto e nobre cargo de Desembargador, para servir aos grandes ideais da justiça.

Ao agradecer, Senhor Governador, apresento-lhe minha gratidão, assegurando-lhe e assumindo perante todos os membros desta Corte, os senhores advogados, os nobres representantes do Ministério Público, os jovens Acadêmicos de Direito, meus alunos, e a Sociedade, o compromisso indeclinável de estimular o forte anseio de justiça em todas as formas de fertilizar o Direito.

Vivo este momento em que tudo em mim vibra e pulsa incessantemente, os sentimentos e as lembranças emergem, fazendo-me recordar os instantes iniciais na singular e saudosa Faculdade de Direito, o interesse nas primeiras lições, as discussões construtivas entre colegas, a dedicação dos abnegados mestres, que para nossa satisfação, prazerosamente posso, muitos deles, neste momento, visualizar.

Sinto-me emocionado ao lembrar de meus queridos e saudosos genitores, que tanta falta me fazem neste momento, Bebelo e Lola, responsáveis maiores pela nossa existência, minha e a de meu irmão Beto, no amparo e retidão, na educação e no amor, no ensinamento e na devoção à família, no carinho e no bem-estar de todos aqueles que os rodeavam, hoje representados pelas marcantes presenças de tia Iolanda, tia Lia e tia Paula.

A continuidade desta mesma corrente de compreensão e carinho, solidariedade e dedicação, amor e desprendimento, graças a Deus, encontrei no aconchego de meu lar, em minha querida mulher e companheira, Elisabeth, e de nossos queridos filhos, Hen-

rique, Fernanda e Elisa, nos quais encontrei o firme e decisivo apoio nos momentos mais difíceis que juntos enfrentamos. A vocês, razão e motivo da luta e da esperança, meu eterno agradecimento. A lembrança de você Beth, dos nossos filhos e de todas as mulheres aqui presentes induz-me a um grande sentimento que aflora do fundo do coração, neste particular dia — 8 de março, data que marca o caráter de luta por justiça, democracia, cidadania e liberdade, consagrado como o dia internacional da mulher, e para homenageá-las o faço na pessoa de dona Elza Marini Amin Helou.

Senhores e Senhoras, Excelentíssimas autoridades constituídas, o exercício profissional da advocacia trouxe-nos a exata noção e a dimensão de que o aprimoramento das relações humanas consagra a justiça, que é o equilíbrio entre a moral e o direito. Os problemas que afloram e afligem o Judiciário brasileiro não devem ser instituídos para obstruir a justiça. Tendem-nos ao anseio de enfrentá-los com coragem e determinação, na busca de soluções práticas e inadiáveis para a justa e necessária prestação jurisdicional.

Não poderia escusar-me de consignar minha gratidão à instituição que — abrigo de tantos quantos lutam pelo aprimoramento das lides jurídicas e do direito — serviu-me de guarida por muitos anos, à qual ainda hoje, pela manhã, entristecido, apresentei minha despedida.

Igualmente minha gratidão aos senhores Conselheiros e ex-Presidentes

tes da Ordem dos Advogados do Brasil — Seccional de Santa Catarina, co-responsáveis por nossa investidura no alto e honrado cargo de Desembargador desta egrégia Corte. Agradeço sensibilizado e honrado as palavras elogiosas dos ilustres e insignes oradores que me saudaram: Desembargador Jorge Mussi, Procurador-Geral de Justiça, Doutor José Galvani Alberton, e do Presidente da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, Doutor Adriano Zanotto.

Nas pessoas de meu saudoso sogro, Bruno Rodolfo Schlemper, e de meu primo Nilson Carioni, o mais velho dentre nós, aqui presente, homenagem todos vocês, citando o poema de William Shakespeare 'Busco um amigo': Olhando este plenário que me é tão familiar, sinto que sou uma pessoa feliz. Por quê? Porque reencontro tantos amigos daqueles sempre procurados, sempre desejados, mas que nunca são demais. Ao contrário, todos buscam um amigo assim: '[...]' que me diga sempre a verdade, que não camufle os meus defeitos, que não despreze as minhas lágrimas... Um amigo cuja presença traga alegria, cujo silêncio transmite paz, cuja escuta inspire confian-

ça, cujo sorriso dê esperança, cuja lembrança infunda coragem... Um amigo ao qual eu possa dizer desculpa uma, duas, três vezes... Um amigo que não me veja nem mestre, nem discípulo, mas um companheiro com o qual eu possa caminhar rumo ao infinito em qualquer estação, em qualquer circunstância, em qualquer momento... Um amigo que conserve a sua intimidade sem esconder o seu pranto... Um amigo que ao amanhecer não me diga: 'bom dia', mas me abra o seu coração com um amável sorriso... Um amigo que creia na amizade e a viva com uma audaz conquista de liberdade... Um amigo cuja amizade seja como óleo doce, suave e perfumado, extraído do fruto amargo de uma árvore espinhosa... Um amigo que não se preocupe em dar ou receber, mas que seja capaz de compartilhar... Um amigo simples, sincero, natural capaz de chorar, mas sobretudo de sorrir... Um amigo que seja uma centelha da bondade de Deus...' como você! Meus amigos, obrigado."

Florianópolis, 8 de março de 2002.

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. ANSELMO CERELLO NA SESSÃO SOLENE DE POSSE DOS JUÍZES SUBSTITUTOS OCORRIDA EM 16-7-2004 NO TRIBUNAL PLENO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, eminentes Desembargadores, Srs. Juizes, Advogados e Membros do Ministério Público, membros da comissão de concurso, caros novos colegas juizes empossandos, respectivos familiares e amigos, senhores funcionários, minhas senhoras e meus senhores:

Vivemos nós no Judiciário uma circunstância histórica assinalada pela demanda sempre crescente de Justiça em todos os níveis, o que realça a nossa missão no desempenho das instituições da República.

De fato, em nenhum momento histórico o Judiciário foi tão discutido, tão questionado e tão exposto e avaliado pelo cidadão como hodiernamente. Já era o tempo em que as instituições estatais permaneciam imunes e impenetráveis ao autêntico controle da sociedade.

Hoje, caros colegas, guardai bem, já não há mais espaço para torres de marfim no contexto judiciário brasileiro, uma vez que a sociedade se torna cada vez mais participante, atuante e vigilante.

Em verdade, é bom que assim seja, pois somente com uma cidadania

consciente e politizada é que o país terá instituições firmes, fortes e acreditadas, capazes de romper as bitolas do subdesenvolvimento, processo que, entre nós, apenas se inicia, sendo, por isso, para tanto, imprescindível a vossa colaboração.

Estai preparados, caros jovens colegas, pois a tendência da sociedade é tornar-se cada vez mais exigente e reivindicativa, razão pela qual o Poder Judiciário deve aprimorar-se e ajustar-se a esse novo momento.

Por isso, penso que o nosso posicionamento seja não pretender agradar ou desagradar a ninguém, nosso ideário político não deve conter sectarismos ou partidarismos, nosso ideal, na sua essência etimológica, é o bem comum, a perseguição do ideal de justiça. Nossa ideologia é a defesa da cidadania e da Constituição, não somos nem governo nem oposição.

Cultuamos a coerência sem projeto de poder. Se, eventualmente, facções partidárias se identificarem com o nosso discurso ou dele quere-rem tirar proveito, quer por convicção, quer por oportunismo, tal não nos leva a compor com outros poderes ou segmentos, pois tais composi-

ções nos roubam a autonomia, a liberdade e a imparcialidade.

Não concordamos com aqueles que maldosamente deturpam o espírito de pesquisa que deve sempre ser uma constante nos magistrados, mormente de primeiro grau, quando afirmam que juízes pretendem utilizar a judicatura como instrumento de biografia, pois o juiz de primeiro grau, consciência da ineficácia de suas decisões, preocupa-se em elaborar sentenças eruditas no propósito de predispor as instâncias superiores a promovê-lo, acessando, assim, no decurso da carreira. Sustentam que o juiz deve ser avaliado mais pela sua capacidade política em solucionar as mais diversas questões em sua comarca do que pela erudição das decisões que proferir ou pelos títulos acadêmicos que apresentar.

Como, também, não nos aliamos àqueles que dizem ser o Brasil um país inconstitucional, uma vez que tal é altamente negativo para o Poder Judiciário, dado ao seu comprometimento na defesa da cidadania, da ordem jurídica e do estado democrático de direito. Nem aderimos à síndrome do reformismo que avassala o país, com a argumentação contábil e financeira, bem ao agrado dos interesses da banca internacional para justificar a supressão de direitos adquiridos, a violação de cláusulas pétreas e o cometimento de inconstitucionalidades explícitas.

Por outro lado, torná-se imperioso convir com o preclaro ministro Antônio de Pádua Ribeiro em seu discurso, por ocasião do 15º aniversário de instauração do STJ, quando nos concita a re-

fletirmos a respeito da atuação do Poder Judiciário face da inegável realidade de que “a sociedade está perdendo os seus referenciais”, assinando:

“De fato, a desagregação da sociedade é cada vez maior, a partir da própria família, sua célula-mãe. Decorre, em grande parte, do culto aos princípios próprios de uma coletividade movida pelo consumismo, que, em vez de ser estimulada a pensar e a esclarecer-se, vive, hoje em dia, a caminhar cega diante da luz. Sabe-se que quem não raciocina se deixa levar mais facilmente pelas emoções. Essas emoções são geradas por emblemas, mitos e factóides, utilizados com frequência pela mídia e pelos detentores do poder político e constituem, muitas vezes, meios de conduzir o povo a aderir, de boa-fé, a propósitos malsãos a lhe destruir as últimas esperanças de uma vida digna, fraterna e solidária. Tal proceder é que levou ao fascismo e ao nazismo, com as suas conseqüências funestas, que atingiram até mesmo o culto povo alemão, condenando-o a um processo de humilhação e desagregação que ele até hoje enfrenta.

“Esse panorama, pouco promissor, dificulta a atuação do Judiciário, que, segundo a Constituição, é um Poder do Estado. Contudo, mais que um poder, exerce a autoridade, no sentido romano *potestas in populo, auctoritas in senatu* (o poder tem o povo, mas a autoridade é do Senado). A distinção é importante, pois, segundo lembra Hannah Arendt, a ‘autoridade, etimologicamente, significa o

que aumenta o poder'. Referindo-se à Constituinte de 1958, na França, Antoine Garapon, juiz francês, assinala que o termo 'poder judiciário' foi adotado, no sentido preconizado por Montesquieu, para minimizar a Justiça, esclarecendo, com citação de P. Royer, que, 'na qualidade de conhecedores da Antigüidade e de alunos dos padres de uma Igreja que, em outros tempos, opunha com fins políticos a *auctoritas* do papa a *potestas* dos reis para melhor os controlar, os constituintes, visando rebaixar o judiciário, naturalmente preferiram o termo *poder* àquele de *autoridade*, acarretando, no entanto, com isso — inclusive para os seus sucessores —, ao mesmo tempo em que a história se perdia, um enfraquecimento e uma confusão de valores e de sentidos'. E acrescenta: 'Ainda plenos da cultura latina, eles sabiam muito bem que a *auctoritas* é bem mais prestigiada e menos submissa numa democracia que a *potestas*, que é apenas o exercício visível do poder'.

"Esses ensinamentos não afastam, contudo, a visão de que o Judiciário exerce mais do que um poder, a autoridade. Pelo menos no Brasil. Isso porque, segundo esclarece o ilustre autor, lembrando o 'Diálogo das carmelitas', 'a regra protege o poder, a autoridade protege a regra'. O que faz o nosso Judiciário é senão proteger a regra de Direito, para distribuir justiça. A sua força não é a da espada nem a do dinheiro, mas apenas a que provém do Direito e da Justiça. Na verdade, da Justiça, palavra fácil de intuir, mas difícil de definir, que exprime toda a

energia que mobiliza as suas atividades".

"Por exercer o Judiciário mais a autoridade do que um simples poder, é imperioso sejam os seus integrantes selecionados com extremo rigor e não apenas da forma burocrática como a que, hoje, ocorre. Tanto mais que o princípio da autoridade está a esfacelar-se, pois muitos daqueles que exercem altas funções no Poder Judiciário não se dão ao respeito e, por isso, não se fazem respeitar.

"Dessa forma, impõe-se que os magistrados, antes de ingressarem no exercício das suas funções, tenham a sua vida exaustivamente pesquisada, a fim de que seja apurado não apenas o seu saber jurídico, mas também se possuem conduta irrepreensível no seio da sociedade, se a sua reputação é realmente ilibada, se são vocacionados para o exercício das altas funções que irão assumir. Com efeito, 'a autoridade leva a moral ao poder, este empresta-lhe força'".

E como sabemos, sem credibilidade as instituições do Estado enfraquecem e perdem a eficácia.

E nesse contexto oportuna se faz a notável página de Rui Barbosa quando define "O Justo e a Justiça". Refere-se o insigne patrono dos advogados ao processo de Jesus, lembrando que "o quadro da ruína moral daquele mundo parece condensar-se no espetáculo da sua Justiça, degenerada, invadida pela política, joguete da multidão, escrava de César". Demonstra que "por seis julgamentos

passou Cristo, três às mãos dos judeus, três às dos romanos, e em nenhum teve juiz”. O texto alude especificamente ao juiz covarde, mas, diante do contexto que descreve, é perfeitamente aplicável ao juiz sem caráter, sem compromisso com os seus superiores deveres para com a Justiça. Eis a sua parte conclusiva:

“De Anás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as deserções da Justiça, corrompida pelas facções, pelos demagogos, pelos governos. A sua fraqueza, a sua inocência, a sua perversão moral crucificaram o Salvador, e continuam a sacrificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma, tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo do direito, um advogado da verdade, um protetor dos indefesos, um apóstolo de idéias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a ordem pública, o pretexto, que renasce, para exculpar as transações de juizes, tíbios com os interesses do poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se, lavando as mãos do sangue, que vão derramar, do atentado, que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremo, como quer que chame, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde”.

E em trecho da sua conferência sobre “A Justiça” complementa:

“A moralidade, nos homens consagrados ao serviço de julgar, não se apura somente dos atos profissionais. O mau filho, o mau esposo, o mau pai-de-famílias, o violento, o dissipado, o incontinente, apontados como tais pela sociedade, como tais denunciados pela imprensa, não têm capacidade moral para o exercício da judicatura em geral, quando mais da magistratura suprema, a que a Constituição pôs a cláusula estricta da notável reputação”.

O homem cada vez mais tem fome e sede de Justiça. Não apenas da justiça que é praticada pelo Judiciário, mas também daquela da incumbência dos outros Poderes. Ao Legislativo, cabe elaborar leis justas, leis de interesse do povo e não das oligarquias, das corporações, dos eventuais detentores dos poderes políticos e econômicos. Ao Executivo, cumpre distribuir justiça, promovendo a justiça social, assegurando o acesso dos pobres à saúde, à educação, à moradia, à terra, destinando e aplicando, de fato, recursos públicos com esse objetivo.

Na medida em que o Legislativo e o Executivo falham no exercício das suas funções, perdem legitimidade. E essa perda de legitimidade se estende ao Judiciário, uma das três grandes colunas em que se apóia a existência do Estado democrático de direito.

Nesta época, em que tudo se questiona, não se pode relegar o tema sobre a legitimidade do exerci-

cio dos três Poderes do Estado, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que servem. A perda de legitimidade, como doença insidiosa, pode aflorar quando menos se espera e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática.

Fala-se que o século XIX teria sido do Poder Legislativo; o século XX, do Poder Executivo, e que o século XXI estaria destinado à proeminência do Poder Judiciário. É provável que essa afirmação tenha ou venha a ter pertinência. Não sei quanto esse deslocamento de poderes irá custar aos magistrados, nem quando estes estarão preparados para as suas novas funções. Mas essa é uma realidade que está sendo constatada em todo o mundo: “O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a Justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso, e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O Juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual ‘um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos ele-

itorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto.

“Creio que o fato da justiça tornar-se um espaço de exigibilidade da democracia irá ensejar e, talvez, já esteja a produzir, pelo menos no Brasil, um custo muito grande ao Poder Judiciário. É bem verdade que o legislador constituinte de 1988 foi sábio. Outorgou autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, deu-lhe a iniciativa da lei orçamentária no que se lhe refere (art. 99) e estabeleceu a liberação, em duodécimos, das verbas que lhe são consignadas no orçamento, entre outras providências (art. 168). Sabia que valorizar o Judiciário significava dar relevo à cidadania, tornando eficazes os direitos e garantias individuais, políticos e sociais. Por isso mesmo a Constituição então promulgada foi denominada pelo Presidente da Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, de ‘Constituição Cidadã’.

“Desde então, porém, tudo se tem feito para dificultar ou cercear a atuação do Judiciário, seja na União, seja nos Estados. Criou-se a CPI do Judiciário. Aprovaram-se leis restringindo a sua atuação orçamentária. E atualmente está sob apreciação da Câmara Federal uma reforma constitucional que se encaminha em direção oposta à preconizada pelo consti-

tuinte originário. Procura-se, com o denominado 'controle externo', que — tudo leva a crer — viola 'cláusula pétreia' consubstanciada no princípio da harmonia e independência entre os poderes, atingir-se, senão diretamente, pelo menos pela via oblíqua, a independência da magistratura. Convém lembrar várias sugestões para a reforma do Judiciário, apresentadas pela classe dos Magistrados estaduais que sempre propôs a instituição de um Conselho Nacional da Magistratura composto somente de magistrados, mas com poderes para declarar a perda de cargo dos juízes por falta de decoro e falta de trabalho, especialmente de juízes corruptos, após procedimento administrativo em que se lhes assegurasse ampla defesa. Tratava-se de criar mecanismos, no próprio âmbito do Judiciário, que permitissem, com rapidez, atuar com firmeza para coibir, com rigor, deslizes praticados por seus integrantes que atingissem em cheio a sua respeitabilidade perante os destinatários dos seus serviços: o povo. Previa-se a criação de uma espécie de Corregedoria amplificada, a ser exercida, inclusive, sobre as mais altas autoridades judiciárias, sem prejuízo das demais relevantes atribuições de planejar e coordenar administrativamente todo o Poder Judiciário. Optou-se, porém, pelo denominado 'controle externo', mas esvaziado, isto é, sem poderes, sequer, para alijar dos quadros do Judiciário juízes corruptos. Viola-se, assim, um princípio constitucional fundamental, implantado pelo constituinte originário para proteger os cidadãos, sem que se alcancem os objetivos maiores alvitra-dos pela opinião pública para a criação

desse importante Conselho. Será que tal proceder se justifica?

“Diante deste quadro, providências urgentes se impõem, de fato, para descongestionar os trabalhos nos tribunais superiores e no excelso Pretório, assoberbados, é verdade, porém em razão de se apropriarem de funções que não lhes são pertinentes, usurpando, assim, a natural competência das instâncias locais, dos juízes naturais, convertendo-se em autênticas supercortes de apelações, com isso, os feitos se eternizam, as partes sofrem e os advogados penam. Enquanto que aos tribunais superiores incumbiria única e exclusivamente a tarefa grandiosa e importante de unificação da jurisprudência e do controle de decisões teratológicas dos tribunais regionais. Que tal transformar o STJ em Corte de Cassação como existe em quase todos os países da Europa?! Quanto ao segundo, ou seja, o STF, o mesmo deve restringir-se ao controle da constitucionalidade das leis, tarefa esta que não é pequena e nem há carência de instrumentos legais para tanto, pois contamos com nada mais nada menos, que a invejável cifra de cinco modalidades de ações, todas elas direcionadas ao controle da constitucionalidade das leis em abstrato, além do controle em concreto, viabilizado pelo recurso extraordinário.

“Assim, caso venha a conhecer o recurso, extraordinário ou o especial, o STF e o STJ julga a causa aplicando o direito à espécie — a decisão do Tribunal Superior é 'substitutiva', não se admitindo, em matéria

de mérito, o reenvio ao Tribunal de origem — o sistema brasileiro afasta-se do sistema de Cassação do tipo francês e italiano, tendo o seu equivalente argentino” (*in* Barbosa Moreira, Comentários ao CPC, Forense, II ed., n. 324, p. 596 e 597).

Deve-se buscar, por outro lado, meios alternativos de solução de litígios nas instâncias ordinárias, regionais e locais, tais como, juízos especiais de pequenas causas, juízos informais de conciliação, juízos de mediação e arbitragem para que haja resposta eficiente à contínua demanda ao Judiciário.

A súmula vinculante, que entra na pauta da reforma do Judiciário como instrumento para dinamizar a prestação jurisdicional, constitui verdadeiramente retrocesso. Conserva o ranço das Ordenações Manuelinas, a draconiana legislação portuguesa adotada por nossos antigos tribunais monarquistas que a República aboliu.

As súmulas entraram na história do Supremo Tribunal Federal por ação do ministro Victor Nunes Leal, em 1963, tendo ele mesmo afastado a idéia de tirá-las do caráter de predominante para convertê-las em vinculante. Amparada na hipótese de diminuir os trabalhos das altas cortes, a súmula produz vícios insanáveis, ao privar magistrados de autonomia e crítica na interpretação da lei, prejudicando cidadãos que terão seus direitos cerceados. Dessa forma, o Poder Judiciário descumpre o inciso LVI do art. 5º da Constituição, que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa em todo o processo judicial ou administrativo.

A súmula retira do juiz a sua capacidade de entendimento e a sua livre convicção, ou seja, a sua independência para julgar. Torna-se o juiz um mero cumpridor de normas baixadas pelo grau superior — com isso compromete-se, ao inibir a livre apreciação dos fatos e do direito, a criação e o desenvolvimento da jurisprudência.

Representa a ditadura do STF, ou mais precisamente, como expõe com propriedade a preclara mestra de Direito Constitucional Carmem Lúcia Antunes Rocha, “[...] o extermínio do direito”.

Contudo, ainda resta a esperança de que o Congresso Nacional possa, com soberania, promulgar uma reforma judiciária que seja realmente um instrumento capaz de aliviar a tormentosa crise em que se encontra a administração da Justiça e não que seja, como parece, mero remendo à sistemática ao texto vigente, que, em vez de revigorá-lo e aprimorá-lo, caminhe, em termos de conquista de direitos dos cidadãos, a patamares já ultrapassados pelo curso da história, diante do relevante momento histórico que está a desafiar o Judiciário.

Finalizo com o pensamento do grande cientista político Norberto Bobbio, há pouco desaparecido, e constante de seu livro “O futuro da democracia”, pensamento este lapidarmente traduzido por Marco Aurélio Nogueira, que assim dispôs:

“O respeito às normas e às instâncias democráticas é o primeiro e mais importante passo para a renova-

ção progressiva da sociedade [...] Em tempos de burocratização, corporativismo desenfreado, assembleísmo, nada mais difícil que fazer respeitar as regras do jogo democrático. Já é esse, e não de hoje, o caso do Brasil”. O alerta de Bobbio não é desprezível. Despojado de qualquer otimismo ingênuo, ele vai fundo na análise das incoerências e dificuldades da democracia real: a sobrevivência das oligarquias e do poder invisível, a revanche dos interesses particulares, a limitação dos espaços políticos, a insuficiente educação dos cidadãos – “promessas não cumpridas pelos ideais democráticos quando forçados a se submeter às exigências da prática”. Mas Bobbio não é um cético, nem um pessimista. Para ele, “a democracia não goza no mundo de ótima saúde, mas não está à beira do túmulo”.

Não poderia encerrar sem citar a advertência que faz o renomado jurista argentino Raúl Zaffaroni que, em seu livro “Poder Judiciário, acertos e desacertos”, onde faz a seguinte

avaliação em um contexto de insegurança jurídica:

“A uma menor segurança jurídica corresponde um menor investimento produtivo e um maior investimento especulativo, ou garantias de maiores rendas, compensatórias da insegurança.

“Isso não é compensado com mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos quando o seu protagonista pode ser o próprio Estado”.

Por fim, recomendo aos que transpassam o pórtico da Magistratura, a sábia sentença de San Bernardino de Siena, segundo o qual “a Justiça é a constância de uma perpétua vontade”.

Que a busca desse ideal seja a preocupação sempre constante e determinada de todos vocês!

Des. Anselmo Cerello,

1º Vice-Presidente;

*Presidente da Comissão de
Concurso.*

DISCURSO PROFERIDO NA POSSE DOS NOVOS JUÍZES – 16-7-2004 (Conselho aos novos juízes)

Jorge Mussi*

Caros Juízes Gustavo, Joana, Jeferson, Marcelo, Marcos, Clarice, Lucilene, Rafael, Marcos, Rodrigo, Maycon, Cláudia, Paula, João Batista, Ederson, Anna, Renato, Rogério, Juliano, Sérgio, João Batista e Antônio Carlos.

A escolha de uma carreira profissional é um dos grandes desafios que a vida nos apresenta.

Dependerá dessa escolha a dedicação com que trabalharemos e a satisfação que teremos com o dever cumprido.

Vossas Excelências escolheram uma das mais difíceis e complexas.

Optaram por trabalhar diariamente com a nobre função de julgar.

Traçaram um objetivo, estudaram, prepararam-se psicológica e intelectualmente, sacrificaram-se, e hoje têm os seus esforços recompensados.

São Magistrados.

Congratulo Vossas Excelências por este êxito. O fato de terem passado por um exigente processo

seletivo e terem-se destacado é o que nos dá a certeza de que estão aptos a desenvolver esta difícil tarefa a que ora se propõem.

Passam a integrar o Poder Judiciário Catarinense, que tanto orgulho nos tem dado, por ter entre seus componentes juízes operosos, dedicados, responsáveis e equilibrados.

Especialmente num momento em que tanto se questiona e muito se exige da Justiça, é extremamente confortador observar o vigor com que Vossas Excelências lutaram para aqui chegar, vigor este que agora se transmuda em espírito motivado e desejo de empenhar-se com a força do seu trabalho, o que, tenho certeza, significará uma importante razão pela qual a sociedade não terá motivos para duvidar do Poder Judiciário que a serve.

Para isso, rogo que sejam conscientes da responsabilidade que acabaram de assumir, sabedores da relevância que suas decisões diárias

* *Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

terão na vida dos jurisdicionados, que chegam às portas da Justiça quando por si sós já não conseguem a solução para seus embates, e clamam pela pacificação de seus conflitos.

Sejam mediadores de pessoas e conciliadores de interesses.

Sejam bons ouvintes daqueles que os procurarem.

Pratiquem a humildade.

Tenham coragem para implantar mudanças, atendendo aos anseios da sociedade por eficiência e celeridade na prestação jurisdicional.

Sejam criativos, trazendo consigo o frescor das novas idéias.

Por fim, sejam justos.

É isso que a sociedade catari-nense espera de Vossas Excelências e estou certo de que atenderão integralmente a esta expectativa.

Saibam que podem contar com esta Casa no que for necessário, porém, o mais importante de tudo, contem sempre com suas consciências e seu bom senso.

Sei que farão um excelente trabalho!

O PERIGO RONDA O JUDICIÁRIO

Eládio Torret Rocha*

Como representante da magistratura catarinense, acabo de participar, em Buenos Aires, do Terceiro Fórum Mundial de Juizes, patrocinado, dentre outras entidades, pela Associação dos Magistrados Argentinos e pela Associação de Juizes para a Democracia. Para se ter uma idéia da importância desse encontro, é preciso que se diga que dele figuraram, como conferencistas, magistrados de renome de países da Comunidade Comum Européia (dentre eles Eugenio Zaffaroni, Giovanni Patrone e Franco Hippolito, este último membro da Corte de Cassação de Roma), além de maciça participação de membros de tribunais superiores de grande parte dos países da América do Sul e do Caribe.

O tema do encontro – ligado à tentativa de fragilização do Judiciário pelo Executivo – por certo não poderia ser mais atual e oportuno, diante da gravíssima quadra pela qual atravessa, sobretudo nos países atrasados, o Poder a quem a célebre tripartição de Montesquieu destinou o especial cuidado com o acatamento, por todos os membros da sociedade,

da lei e da ordem constitucionalmente estabelecidas.

Assim, porque é preciso que fiquemos alertas para esse perigoso estratagema que pretende, antes de tudo, a manutenção do poder pela classe dirigente do momento, é importante que se revele à sociedade civil em geral e à comunidade jurídica em especial, as principais conclusões do aludido conclave, como segue: 1º) Ao Poder Executivo interessa a desmoralização do Poder Judiciário, ainda que se saiba que só se constrói um grande país com instituições fortes, dignas e respeitadas; 2º) Ao Executivo importa envidar esforços no sentido de, por qualquer meio, manter controle sobre os atos do Judiciário, sendo um dos modos mais utilizados, para tal, a nomeação, para os tribunais superiores, de membros cuja independência funcional não represente obstáculo aos seus principais objetivos de governo; 3º) O Executivo defende a idéia, provinda de quem nem sempre tem em mira o interesse da maioria da população (mas forjada, quase sempre, no

* *Desembargador Vice-Corregedor-Geral da Justiça.*

núcleo de grandes investidores, nacionais ou internacionais), segundo a qual é preciso manter a previsibilidade das decisões judiciais, como forma segura de atrair capitais, como se tudo se resumisse em salvaguardar os interesses do mercado, o qual, como se sabe, busca polpidos lucros sem quaisquer riscos; 4º) O Poder Executivo, premido por compromissos com organismos financeiros internacionais e interessado em proteger pretensões de grandes corporações, quer que as decisões judiciais atendam, rigidamente – e por isso mesmo sem possibilidade de interpretação, pelos membros do Poder Judiciário, do interesse social relativo às avenças — às cláusulas contratuais que põem em risco o equilíbrio que deve nortear os negócios jurídicos; 5º) O Executivo, na medida em que sonega recursos e meios à plena capacitação funcional do Judiciário, incentiva, inescandivelmente, a terceirização da jurisdição na solução de conflitos, mesmo que as demandas envolvam interesse público direto ou indireto, instituindo, nos contratos, cláusulas compromissórias

cuja solução tenha de depender de decisão provinda de juízo arbitral; 6º) O Executivo não tem interesse na manutenção da necessária segurança jurídica, pois que só assim pode viabilizar as suas ações de governo e mais facilmente manter-se no poder, mesmo que sacrificando padrões éticos irrenunciáveis.

Esses os fatos. Cada um que sobre eles tire a sua própria conclusão. Todavia, como se pode facilmente perceber, não é preciso trilhar um longo caminho para constatar a ocorrência dessas e outras circunstâncias no nosso próprio País. E, se ainda isso não for suficiente à conscientização a respeito dessas estudadas movimentações ideológicas de governo, some-se-lhes a recente tentativa de criação de um conselho de controle da imprensa (o de controle externo da magistratura já está inserido na “Reforma” do Poder Judiciário) e a renhida discussão a respeito do papel investigatório do Ministério Público. Tudo isso parece não ser mera coincidência, evidentemente.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR

MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54-8, DO DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Marco Aurélio

Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde — CNTS

Advogados: Dr. Luís Roberto Barroso e outro

Decisão — Liminar

Argüição de descumprimento de preceito fundamental — Liminar — Atuação individual — Artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno, e 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.

Liberdade — Autonomia da vontade — Dignidade da pessoa humana — Saúde — Gravidez — Interrupção — Feto anencefálico.

1. Com a inicial de fls. 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde — CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figu-

ras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei n. 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo

com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica, aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana — a física, a moral e a psicológica — e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde — o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal — artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II —, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no *Ha-beas Corpus* n. 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS — Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal — Decreto-Lei n. 2.848/40 — como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qual-

quer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela junta da, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato — procuração — de fl. 26, anexaram-se os documentos de fls. 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (fl. 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

Ação de descumprimento de preceito fundamental — Intervenção de terceiro — Requerimento — Impropriedade.

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil — CNBB requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei n. 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei n. 9.868/99, que disciplina também processo objetivo — ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno, e artigo 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde — CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei n. 9.882, de 3 de novembro de

1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no *Habeas Corpus* n. 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A *via crucis* prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, des. Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, des. José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

Habeas corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação.

Decisão liminar da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. Inexistência de previsão legal. Idoneidade do *writ* para a defesa do nascituro.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão arroladas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o *habeas* impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final — proclamação desta Corte —, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para

sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, descrédito do Judiciário e, o que é pior, angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo à petição inicial os requisitos que lhe são inerentes — artigo 3º da Lei n. 9.882/99 —, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções

ções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é — e ninguém ousa contestar —, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto — que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental

e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é insito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.

Min. Marco Aurélio,
Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 422.814-9—SC

Relatora: Min. Ellen Gracie

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC – Dr. Reinaldo Pereira e Silva

Recorridos: Marco Antônio Barcellos da Rocha e outro

Advogado: Dr. Darci Manoel Gonçalves

1. O Estado de Santa Catarina, no presente recurso extraordinário, sustenta que os servidores beneficiados pela chamada “estabilidade financeira” não possuem direito adquirido à vinculação de seus vencimentos com os dos atuais ocupantes de cargo em comissão. Esta controvérsia foi resolvida pelo Plenário desta Corte, no julgamento do RE n. 226.462-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria, DJ de 25-5-2001, em acórdão assim ementado:

“I. Recurso extraordinário: a aplicação de norma ou princípio à situação por eles não alcançada vale por contrariá-los.

“II. ‘Estabilidade financeira’: inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente.

“1. Pacífico no STF a inexistência de conflito entre a chamada ‘estabilidade financeira’ e o art. 37, XIII, CF, que proíbe vinculação entre vencimentos (cf. precedentes citados), daí não se segue, contudo, o direito adquirido do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal de atrelamento do valor dela ao vencimento do respectivo cargo em comissão: donde a legitimidade e a aplicabilidade imediata da lei que desvincule o reajuste futuro da vantagem àqueles vencimentos do cargo em comissão, submetendo-a aos critérios das revisões gerais dos vencimentos do funcionalismo.

“2. Nessa hipótese, o paradigma do inativo aposentado com a ‘estabilidade financeira’, para os efeitos do art. 40, § 4º, CF, não é o ocupante atual do respectivo cargo em comis-

são, mas, sim, o servidor efetivo igualmente beneficiário, na ativa, da vantagem decorrente do exercício anterior dele.

“3. Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação.

“III. Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local. Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o RE, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta; mais o bordão não tem pertinência aos casos em que o julgamento do RE pressupõe a interpretação da lei ordinária, seja ela federal ou local: são as hipóteses do controle da constitucionalidade das leis e da solução do conflito de leis no tempo, que pressupõem o entendimento e a determinação do alcance das normas legais cuja validade ou aplicabilidade se cuide de determinar”.

Sobre o tema, transcrevo ainda o trecho do voto do Min. Moreira Alves, relator do RE n. 222.480 (Plená-

rio, por maioria, DJ de 1º-9-2000), *verbis*:

“Com efeito, não tendo a legislação em causa estendido essa gratificação complementar aos servidores com estabilidade financeira, não têm estes direito adquirido a regime jurídico no sentido de que toda vantagem concedida aos que exerçam efetivamente o cargo em comissão se aplique a eles. A lei nova pode deixar de conceder-lhes uma vantagem que outorgue apenas aos que são titulares do cargo em comissão. Nesse caso, não há porque se pretender violação ao princípio da irredutibilidade porque não se reduz o *quantum* que eles percebem, mas apenas não se acresce a esse *quantum* o valor da gratificação que não lhes foi concedida”.

2. Tendo o acórdão recorrido contrariado o entendimento desta Corte, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, *dou provimento* ao recurso extraordinário, para cassar a segurança concedida. Custas *ex lege*.

Publique-se.

Brasília, 1º de junho de 2004.

*Min. Ellen Gracie,
Relatora.*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 515.285—SC (2003/0041524-6)

Relator: Ministro Castro Filho

Relator para o acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Ferramentas Gerais Comércio e Importação S.A.

Advogado: Dr. Marcelo Bervian

Recorrida: Indústria e Comércio de Madeiras e Ervas Jodira Ltda.

Advogado: Dr. Luiz César Oliskovicz

EMENTA

Falência — Requerimento — Pequeno credor — Licidade — Indeferimento — Substituição do processo executivo — Abuso inexistente.

1 — O ordenamento jurídico põe à disposição do credor lesado por inadimplemento de comerciante dois caminhos, absolutamente lícitos, a saber:

a) o primeiro – linear e barato – que é requerer a declaração da falência materializada pelo inadimplemento. Esta via, apesar de mais cômoda, é a mais arriscada. De fato, se o devedor por descuido ou falta de dinheiro não pagar no prazo assinalado, instaura-se o processo falimentar e a nota promissória perde a força executiva, para tornar-se reles título quirografário, despido de qualquer preferência;

b) a segunda via é a cobrança executiva. Para percorrê-la, o credor é obrigado a localizar bens do devedor, indicá-los à penhora, pagar o oficial de justiça para que efetue a citação e, depois, para que consume a penhora. Depois, com o processo suspenso, o exequente é obrigado a esperar o julgamento dos embargos. Por último, decorridos vários anos, é compelido a despender mais dinheiro para os editais de praça ou leilão. Como se vê, esse segundo caminho é consideravelmente lento e dispendioso. Obrigar o pequeno credor a segui-lo é colocar o Poder Judiciário a serviço do mau pagador, em patente injustiça.

2 — Para obviar a declaração de falência, o comerciante solvente e decente deve resgatar seus títulos no próprio dia do vencimento. Em caso de protesto, honra a obrigação imediatamente, ou informa ao oficial de protesto os motivos que justificam o não-pagamento. Por exigir decência de todos os comerciantes, o Direito Positivo enxerga na inadimplência um sinal inconfundível de insolvência.

3 — Em constatando que o comerciante “sem relevante razão de direito” não pagou, no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime ação executiva, cumpre ao juiz declarar a falência. Não lhe é lícito furtar-se à declaração, a pretexto de que o credor está usando o pedido de falência como substitutivo da ação de execução.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir. Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Votou vencido o Sr. Ministro Castro Filho. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2004,
(data do julgamento).

Min. Humberto Gomes de Barros,
Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Min. Castro Filho (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por Ferramentas Gerais Comércio e Importação S.A., com fundamento das alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Falência. Decreto-Lei n. 7.661/45. Artigo 1º. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Protesto regular. Inadmissibilidade, Entretanto, de seu uso, com finalidade de cobrança. Carência de ação pela falta de interesse de agir por inadequação do meio processual escolhido (art. 267, VI, CPC). Sentença acertada. Apelo desprovido.

“1 – Em sendo válido e regular o protesto realizado para fins falimentares, a ação falimentar não deve ser extinta sem julgamento do mérito, dado que presentes os pressupostos para a válida constituição e regular desenvolvimento do processo.

“2 – Estando, todavia, demonstrada, com razoável nitidez, a intenção do credor de – utilizando-se da via falimentar – cobrar dívida de módico valor, deve o Judiciário obstar a satisfação de tal desiderato, sobretudo em se considerando as consequências nefastas advindas da decretação da falência”.

Em seu arrazoado, a recorrente pede a reforma do julgado, porquanto teria contrariado os artigos 1º e 11 do Decreto-Lei n. 7.661/45, bem como os artigos 583 e 585, I, do

Código de Processo Civil, além de divergir de julgados de outros tribunais.

Sustenta que, para viabilizar pedido de falência, a lei exige como requisito, tão-somente, o não-pagamento no vencimento de obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva. Não há, pois, qualquer exigência quanto ao valor mínimo do título ou à necessidade de negociação prévia ou da propositura de demanda executória anterior, sendo suficiente que esteja caracterizada a impontualidade, materializada pelo protesto válido, como no caso dos autos.

Além disso, pondera, tendo sido formulado pedido certo e determinado para que a ora recorrida fosse citada para responder à demanda nos termos da lei de quebras, poderia ela, se quisesse, ter efetuado o depósito elisivo e não simplesmente ter apresentado defesa, como efetivamente procedeu. Trouxe julgados para demonstrar dissídio.

Admitido o recurso, na origem, ascenderam os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

O Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Fernando H. O. de Macedo, opina pelo não conhecimento do recurso (fls. 149 a 151), e, caso conhecido, pelo seu improvimento.

É, em síntese, o relatório.

Voto-vencido do Exmo. Sr. Min. Castro Filho (relator):

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão que desautorizou o pedido de quebra, por entender caracterizado o desvirtuamento do procedimento falimentar como instrumento de coação para cobrança de dívida, no caso, representada por duas notas promissórias, cujo valor global é inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Em que pese assistir razão à recorrente, ao afirmar que a lei não estipula valor mínimo do título como pressuposto para autorizar o pedido de falência, tampouco a necessidade de o credor se utilizar previamente da via executiva para receber seu crédito, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de barrar a utilização da ação falimentar quando, da análise dos elementos dos autos, não se puder inferir a presença efetiva do estado de falência da empresa, exurgindo, em primeiro plano e de forma transversa, um claro interesse do credor de ver satisfeito o seu crédito, utilizando-se desse procedimento como se ação de cobrança fosse.

Essa preocupação por parte do Judiciário decorre das conseqüências nefastas advindas da decretação da quebra, com implicações de ordem econômica e social que ultrapassam a relação comercial entre o devedor e seus credores, como também da observância ao princípio da preservação da empresa, sob pena de termos de conviver com uma proliferação indiscriminada de pedidos de falência.

Desse modo, como medida extrema que é, a falência de uma empresa só deverá ser decretada em último

caso e não como forma de abreviar o recebimento de um crédito, fazendo-se antes necessário que o estado pré-falimentar esteja bem delineado, a partir do que o interesse individual do requerente da falência cede passo ao interesse dos demais credores do devedor comum, a fim de evitar a dissipação de seus bens, que são a garantia de todas as suas dívidas.

Sobre o tema, no julgamento do REsp n. 136.565/RS, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar observou, com propriedade, que a falência “deve ser o resultado de uma situação de insolvência que não possa ser de nenhum modo superada a não ser com a quebra da empresa, com todos os danos daí decorrentes; no entanto, tem servido de coação para a cobrança das dívidas. É preciso, portanto, examinar com certo rigor os pedidos de falência, para que não seja desvirtuada por credores apressados”.

Confira-se, ainda, no âmbito da egrégia Quarta Turma, o seguinte precedente:

“Falência. Não cabimento como via substitutiva da ação de cobrança. Indeferimento da inicial. Irregularidade do protesto. Reexame do suporte fático. Precedentes.

“O protesto irregular justifica o não seguimento da ação de falência, que não deve ser usada como instrumento coercitivo de pronto pagamento.

O recurso especial não se presta ao reexame dos pressupostos fáticos da causa” (REsp n.

138.396/SC, DJ 20-5-02, rel. Min. César Asfor Rocha).

Ressalta-se que o fim último colimado pelo legislador pátrio ao elaborar a Lei de Falências foi o de sanear o mercado, excluindo da prática da mercancia a empresa que não honra suas obrigações na forma avençada. Na hipótese dos autos, a Terceira Câmara do Tribunal *a quo* assinalou não haver real fundamento para o requerimento da falência, que, de procedimento indispensável à liquidação de patrimônio de empresa insolvente, transmudou-se em instrumento de coação para a cobrança de dívidas de pequena monta, razão pela qual veio a ser confirmada a sentença.

É ainda de se observar que, no caso em exame, não surgiram credores outros que não a requerente da quebra, fato que evidencia mais a utilização da falência como simples instrumento para a cobrança das dívidas.

Assim, na esteira dos precedentes jurisprudenciais citados e do

que assentado nos autos, com as costumeiras ressalvas quanto à terminologia, nego conhecimento ao recurso.

É o voto.

Ministro Castro Filho,
Relator.

Certidão de julgamento

Certifico que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Após o voto do Sr. Ministro Castro Filho, não conhecendo do recurso especial, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros”.

Aguardam os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004.

Solange Rosa dos Santos Veloso,
Secretária.

RECURSO ESPECIAL N. 599.968—SC (2003/0189634-4)

Relator : Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: João Vieira

Advogados: Dr. Oswaldo Horongozo e outro

Recorrida: Cimento Rio Branco S.A.

Advogados: Dr. José Carlos Busatto e outro

Decisão

Vistos.

João Vieira interpõe recurso especial contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de

Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“Execução de sentença — Alienação de imóvel no curso da demanda — Fraude à execução — Impossibilidade de reconhecimento — Requisitos não demonstrados — Negócio entabulado quando seguro o juízo e solvente o devedor — Inexistência de má-fé do comprador — Recurso desprovido.

‘Comprovado satisfatoriamente que, à época da alienação do imóvel objeto da lide, possuía o devedor outros bens, e que, além da execução aforada já estar garantida por penhora, não havia qualquer restrição junto à matrícula do imóvel alienado, não se há que considerar a venda fraude à execução, conforme tem-se orientado a jurisprudência atual.

‘O Superior Tribunal de Justiça, ainda que relativamente a casos anteriores à Lei n. 8.953/94, hipótese dos autos, vem entendendo que não basta à configuração da fraude à execução a existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no Cartório competente’ (REsp n. 103.719/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU de 7-5-01)’ (AI n. 2000.020911-2, rel. Des. Cercato Padilha)” (fl. 178).

Alega o recorrente contrariedade aos artigos 593, inciso II, do Código de Processo Civil, “vez que o artigo regulador da fraude à execução não impõe a necessidade de se

demonstrar a intenção fraudulenta das partes que entabularam o negócio, ou seja, a prova do elemento subjetivo da fraude” (fl. 193).

Aduz, também, que “pendente o processo e realizado pelo demandado um negócio que o reduza a insolvência, eis a fraude à execução” (fl. 199).

Colaciona julgado desta Corte, em abono a sua tese.

Contra-arrazoado (fls. 213 a 227), o recurso especial (fls. 189 a 204) foi admitido (fl. 229).

Decido

A irresignação não merece prosperar.

Alega o recorrente que “pendente o processo e realizado pelo demandado um negócio que o reduza a insolvência, eis a fraude à execução” (fl. 199). Quanto à alegada insolvência do executado, considerou o Tribunal de origem que “na ocasião do negócio entabulado entre o executado e a embargante, estava satisfatoriamente garantida por penhora de outro imóvel, que posteriormente, mais de um ano depois, veio a ser anulada, não podendo presumir, assim, que estaria o devedor sujeito à insolvência com a alienação do bem objeto da presente lide, mormente por possuir outros bens naquele momento” (fl. 183). Ultrapassar esses fundamentos e acolher a alegação relativa à caracterização da insolvência demandam o reexame de provas, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

Por outro lado, aduzindo ofensa ao artigo 593, inciso II, do

Código de Processo Civil, sustenta o recurso especial que “o artigo regulador da fraude à execução não impõe a necessidade de se demonstrar a intenção fraudulenta das partes que entabularam o negócio, ou seja, a prova do elemento subjetivo da fraude” (fl. 193). O acórdão recorrido asseverou que:

“[...] o imóvel objeto da presente contenda não possuía, na ocasião da venda, qualquer restrição em sua matrícula, sendo que hoje a orientação jurisprudencial predominante é no sentido de que não basta, para a configuração da fraude, a alienação de bens na pendência de ação que pudesse levar o executado à insolvência, mas também que dita negociação tenha sido perpetrada com ciência específica do comprador, que age de má-fé, por esta razão, a ausência de restrição faz presumir que não houve dolo, cuja comprovação cumpre ao credor que sustenta a fraude à execução” (fl. 184).

Sem razão o recorrente. No mesmo sentido da decisão recorrida, “inúmeros precedentes da Corte

assentam que ausente o registro da penhora ‘não seria possível caracterizar a fraude de execução, ademais de considerar-se necessário, na ausência do registro da penhora, a demonstração pelo exequente de que o adquirente sabia que o bem estava penhorado, o que, no caso, não ocorreu’ (REsp n.166.787/SP, da minha relatoria, DJ de 6-9-99; no mesmo sentido: REsp n. 245.064/MG, relator Min. Ari Pargendler, DJ de 4-9-00; REsp n. 113.871/DF, relator Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 15-9-97; REsp n. 155.355/PE, relator Min. Waldemar Zveiter, DJ de 30-11-98; REsp n. 103.719/SP, relator Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 7-5-01)” (REsp n. 331.203/RJ, Terceira Turma, da minha relatoria, DJ de 26-8-02).

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, nego seguimento ao recurso especial.

Intime-se.

Brasília (DF), 30 de junho de 2004.

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,
Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 431.478 — SC (2002/0045280-5)**Relatora: Ministra Eliana Calmon****Recorrente: NC Hotéis Turismo Ltda.****Advogados: Drs. José Geraldo da Costa Leitão e outros****Recorrido: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento — Casan****Advogados: Drs. José Pedro Bellani e outros****Decisão**

Processual civil – Taxa de esgoto – Legislação municipal – Recurso não conhecido pela alínea *b* – Violação reflexa a dispositivos infraconstitucionais – Negativa de seguimento.

Trata-se de recurso especial interposto com base nas alíneas *a*, *b* e *c* do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementado:

Tributário — Serviço de esgoto sanitário mediante concessão – Preço público caracterizado — Exegese dos arts. 30 e 175 da CF e 9º da Lei n. 8.987/95 — Precedentes do STF.

A compulsoriedade, por si só, não pode servir de critério absoluto para estabelecer a natureza jurídica da denominada “Taxa de Esgoto”.

A obrigatoriedade da utilização do serviço colocado à disposição dos usuários, como critério para distinguir a taxa do preço público, só se mostra relevante quando esse serviço é prestado diretamente pelo próprio Estado, e não quando realizado através de concessão, até porque, como sabido, é vedada a delegação dos serviços típicos daquele.

Teoricamente, portanto, não há óbice à cobrança por meio de tarifa, tudo dependendo do regime jurídico que disciplina a prestação do serviço, pois tarifa é a sua contraprestação, sendo justa a remuneração do capital investido em favor dos usuários.

Para a conceituação de taxa, basta que a utilidade seja posta à disposição do contribuinte; em se tratando de preço público, a incidência se concretiza com a efetiva utilização.

Quer seja por considerar que em se tratando de serviço prestado mediante concessão torna-se impraticável a remuneração por taxa do gênero tributo, quer seja pela incoerência de norma constitucional obstativa à contraprestação via preço público, de acordo com a melhor doutrina, a tarifa cobrada pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário é preço público, não possuindo, via de consequência, caráter tributário. Não padece, portanto, de qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a cobrança do denominado faturamento de esgoto patrocinada pela Casan em obediência à Lei Estadual e Municipal, regulada pela Resolução n. 418/92 (fls. 302 e 303).

Pela alínea *a* do permissivo constitucional, alega a recorrente que o acórdão *a quo* contrariou os arts. 3º; 4º; 7º, § 3º; 9º, I; e 97 do CTN; com fundamento na alínea *b*, aduz que a Resolução n. 418/92 é ilegal, “já que definiu elemento essencial para a instituição do tributo, quando somente lei poderia fazê-lo”; com relação à alínea *c*, aponta divergência jurisprudencial com acórdão proferido no REsp n. 167.489/SP.

Sem as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

Decido:

Preliminarmente, não conheço do recurso pela alínea *b* do permissivo constitucional, porque a Resolução n. 418/92 da Casan, emanada de sociedade de economia mista, não se enquadra no conceito de “lei ou ato de governo local”, bem como em razão da deficiência da fundamentação do especial, incidindo no caso o óbice da Súmula 284/STF.

Quanto ao demais, verifico que toda a alegação da recorrente parte da premissa de que a cobrança efetivada pela Casan tem natureza de taxa e, por isso, se submete aos princípios de direito tributário, argumentando, em síntese, que, embora tenha a Lei Municipal n. 5.054/97 previsto base de cálculo da

“taxa”, não previu a alíquota, que veio a ser imposta pela Resolução n. 418/92, pelo que restou inobservada a legalidade tributária.

Observe, contudo, que a natureza jurídica da referida cobrança somente pode ser aferida com o cotejo da legislação municipal, além disso, ainda que se admita, em tese, que a cobrança determinada pela Resolução n. 418/92 seja tributo (taxa), a violação aos dispositivos do CTN somente se configura de modo reflexo, pois essa apreciação passa, necessariamente, pelo exame da legislação local, o que encontra óbice na Súmula 280/STF.

Ora, não basta a constatação de que a cobrança se refere a taxa, o que se tentou demonstrar pelo dissídio jurisprudencial, para que se reconheça a sua ilegitimidade, seria necessário a demonstração de que a instituição da taxa inobservou os preceitos do CTN, o que somente poderia ser feito com o exame das normas municipais que o regulamentaram.

Com essas considerações, com fundamento no art. 557 do CPC, nego seguimento ao recurso especial.

Brasília-DF, 25 de junho de 2004.

Ministra Eliana Calmon,
Relatora.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 589.933—SC (2004/0025866-8)

Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Agravante: Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc

Advogados: Dra. Edna Maria Schmidt e outros

Agravada: Transportes Nipal Ltda. — ME

Advogado: Dr. Neuri Ladir Geremia

Ementa

*Processual civil. Protocolo integrado. Súmula 256/STJ.
Agravo de instrumento desprovido.*

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 52 a 55 que negou seguimento a recurso especial por entender aplicável, no caso, a Súmula 256 desta Corte.

Não merece reparo a decisão agravada.

O acórdão recorrido foi publicado em 14-11-2002, quinta-feira, o prazo recursal iniciou-se no dia 18, segunda-feira, e terminou no dia 2-12-2002, segunda-feira. Entretanto, o recurso foi recebido no serviço de protocolo do Tribunal *a quo* apenas no dia 4-12-2002, sexta-feira.

Inafastável, assim, a aplicação do Enunciado n. 256 da Súmula desta

Corte, do seguinte teor: “O sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”.

No mesmo sentido, confira-se na jurisprudência desta Corte:

“Protocolo integrado. Tribunais superiores. Inaplicabilidade. Recurso em mandado de segurança. Intempestividade.

“É intempestivo o recurso em mandado de segurança interposto fora do prazo legal, não se aplicando o sistema de protocolo integrado aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça (Súmula 256/STJ).

“Agravo ao qual se nega provimento” (AROMS n. 11444/SP; relator Min. Castro Filho; DJ de 16-6-2003, p. 331).

“Processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Tempestividade do recurso especial. Protocolo integrado.

— É intempestivo o recurso especial que só é protocolado no tribunal de origem após esgotado o prazo legal, apesar de ter sido protocolado a tempo, na comarca, pelo sistema de protocolo integrado” (AGA

n. 481249/SP; relatora Mina. Nancy Andrichi; DJ de 22-4-2003, p. 232).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se e intimem-se.

Brasília, 30 de junho de 2004.

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 585.637—SC (2004/0023971-3)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Agravante: Banco do Estado de Santa Catarina S.A.

Advogados: Dr. Artemio Antoninho Miola e outros

Agravados: Gilmar Antônio Piaia e outro

Advogados: Dr. Sandro Schaufert Portela Gonçalves e outro

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Estado Santa Catarina S.A., em face de decisão do 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina indeferitória do processamento de recurso especial fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão daquele Pretório.

O agravo não merece conhecimento.

O recurso especial é intempestivo. Com efeito, publicado o acórdão proferido em sede de embargos de declaração em 23-5-2003 (fl. 39), o recurso foi recebido no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 10-6-2003, (fl. 40), após escoado o prazo para sua interposição, que é

de quinze dias, nos termos do art. 508 do Código de Processo Civil.

Impende ressaltar que, em recente julgamento do AG n. 496.403/SP, a Corte Especial manteve o Enunciado n. 256 de sua Súmula, no sentido de que não se aplica o denominado sistema de protocolo integrado aos recursos dirigidos a esta Corte, *verbis*: “O sistema de ‘protocolo integrado’ não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”.

Não conheço do agravo.

Publique-se e intime-se.

Brasília, 22 de junho de 2004.

Ministro Fernando Gonçalves,
Relator.

**SÚMULAS DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

SÚMULA 302

É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

SÚMULA 301

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

SÚMULA 300

O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial.

SÚMULA 299

É admissível a ação monitória fundada em cheque prescrito.

SÚMULA 298

O alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas direito do devedor, nos termos da lei.

SÚMULA 297

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

SÚMULA 296

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

SÚMULA 295

A Taxa Referencial (TR) é inexistente para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada.

SÚMULA 294

Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

SÚMULA 293

A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil.

SÚMULA 292

A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário.

SÚMULA 291

A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.

SÚMULA 290

Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador.

SÚMULA 289

A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

SÚMULA 288

A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

SÚMULA 287

A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.

SÚMULA 286

A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

SÚMULA 285

Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor

incide a multa moratória nele prevista.

SÚMULA 284

A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado.

SÚMULA 283

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

SÚMULA 282

Cabe a citação por edital em ação monitoria.

SÚMULA 281

A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

SÚMULA 280

O art. 35 do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, que estabelece a prisão administrativa, foi revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

SÚMULA 279

É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

SÚMULA 278

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

SÚMULA 277

Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.

SÚMULA 276

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

SÚMULA 275

O auxiliar de farmácia não pode ser responsável técnico por farmácia ou drogaria.

SÚMULA 274

O ISS incide sobre o valor dos serviços de assistência médica, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares.

SÚMULA 273

Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária a intimação da data da audiência no juízo deprecado.

SÚMULA 272

O trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas.

SÚMULA 271

A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário.

SÚMULA 270

O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal.

SÚMULA 269

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

SÚMULA 268

O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado.

SÚMULA 267

A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

SÚMULA 266

O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.

SÚMULA 265

É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida socioeducativa.

SÚMULA 264

É irrecorrível o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva.

SÚMULA 263

A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação.

— Julgando os REspS ns. 443.143/GO e 470.632/SP, na sessão de 27-8-2003, a Segunda Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 263.

SÚMULA 262

Incide o imposto de renda sobre o resultado das aplicações financeiras realizadas pelas cooperativas.

SÚMULA 261

A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação.

SÚMULA 260

A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos.

SÚMULA 259

A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária.

SÚMULA 258

A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.

SÚMULA 257

A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.

SÚMULA 256

O sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

SÚMULA 255

Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito.

SÚMULA 254

A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual.

SÚMULA 253

O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.

SÚMULA 252

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o

entendimento do STF (RE n. 226.855-7/RS).

SÚMULA 251

A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

SÚMULA 250

É legítima a cobrança de multa fiscal de empresa em regime de concordata.

SÚMULA 249

A Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva para integrar processo em que se discute correção monetária do FGTS.

SÚMULA 248

Comprovada a prestação dos serviços, a duplicata não aceita, mas protestada, é título hábil para instruir pedido de falência.

SÚMULA 247

O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhando do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.

SÚMULA 246

O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada.

SÚMULA 245

A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas

por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito.

SÚMULA 244

Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos.

SÚMULA 243

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

SÚMULA 242

Cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários.

SÚMULA 241

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

SÚMULA 240

A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu.

SÚMULA 239

O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

SÚMULA 238

A avaliação da indenização devida ao proprietário do solo, em razão de alvará de pesquisa mineral, é processada no Juízo Estadual da situação do imóvel.

SÚMULA 237

Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.

SÚMULA 236

Não compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflitos de competência entre juízes trabalhistas vinculados a Tribunais Regionais do Trabalho diversos.

SÚMULA 235

A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.

SÚMULA 234

A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.

SÚMULA 233

O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta corrente, não é título executivo.

SÚMULA 232

A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência

do depósito prévio dos honorários do perito.

SÚMULA 231

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

SÚMULA 230

Compete à Justiça Estadual processar e julgar ação movida por trabalhador avulso portuário, em que se impugna ato do órgão gestor de mão-de-obra de que resulte óbice ao exercício de sua profissão.

— Julgando os Conflitos de Competência ns. 30.513/SP, 30.500/SP e 30.504/SP, na sessão de 11-10-2000, a Segunda Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 230.

SÚMULA 229

O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o seguro tenha ciência da decisão.

SÚMULA 228

É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

SÚMULA 227

A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

SÚMULA 226

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer na ação de acidente do trabalho, ainda que o segurado esteja assistido por advogado.

SÚMULA 225

Compete ao Tribunal Regional do Trabalho apreciar recurso contra sentença proferida por órgão de primeiro grau da Justiça Trabalhista, ainda que para declarar-lhe a nulidade em virtude de incompetência.

SÚMULA 224

Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito.

SÚMULA 223

A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo.

SÚMULA 222

Compete à Justiça Comum processar e julgar as ações relativas à contribuição sindical prevista no art. 578 da CLT.

SÚMULA 221

São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.

SÚMULA 220

A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

SÚMULA 219

Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, go-

zam dos privilégios próprios dos trabalhistas.

SÚMULA 218

Compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação de servidor estadual decorrente de direitos e vantagens estatutárias no exercício de cargo em comissão.

SÚMULA 217

Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança.

— Julgando AgRg na SS n. 1.204/AM, na sessão de 23-10-2003, a Corte Especial deliberou pelo cancelamento da Súmula 217.

SÚMULA 216

A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio.

SÚMULA 215

A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda.

SÚMULA 214

O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

SÚMULA 213

O mandado de segurança constituiu ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

SÚMULA 212

A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.

SÚMULA 211

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.

SÚMULA 210

A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos.

SÚMULA 209

Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

SÚMULA 208

Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

SÚMULA 207

É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem.

SÚMULA 206

A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo.

SÚMULA 205

A Lei n. 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência.

SÚMULA 204

Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.

SÚMULA 203

Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.(*)

(*) Julgando o AGRG no Ag n. 400.076/BA, na sessão de 23-5-02, a Corte Especial deliberou pela alteração da Súmula 203.

Redação anterior: não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

SÚMULA 202

A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso.

SÚMULA 201

Os honorários advocatícios não podem ser fixados em salários mínimos.

SÚMULA 200

O juízo federal competente para processar e julgar acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.

SÚMULA 199

Na execução hipotecária de crédito vinculado ao sistema financeiro da habitação, nos termos da Lei n. 5.741/71, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, dois avisos de cobrança.

SÚMULA 198

Na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS.

SÚMULA 197

O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

SÚMULA 196

Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.

SÚMULA 195

Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.

SÚMULA 194

Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.

SÚMULA 193

O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião.

SÚMULA 192

Compete ao juízo das execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

SÚMULA 191

A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o tribunal do júri venha a desclassificar o crime.

SÚMULA 190

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.

SÚMULA 189

É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

SÚMULA 188

Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

SÚMULA 187

É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.

SÚMULA 186

Nas indenizações por ato ilícito, os juros compostos somente são devidos por aquele que praticou o crime.

SÚMULA 185

Nos depósitos judiciais, não incide o imposto sobre operações financeiras.

SÚMULA 184

A microempresa de representação comercial é isenta do imposto de renda.

SÚMULA 183

Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo.

— Julgando os Embargos de Declaração no CC n. 27.676/BA, na sessão de 8-11-2000, a Primeira Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 183.

SÚMULA 182

É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

SÚMULA 181

É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual.

SÚMULA 180

Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na

respectiva região, entre juiz estadual e junta de conciliação e julgamento.

SÚMULA 179

O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

SÚMULA 178

O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual.

SÚMULA 177

O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado.

SÚMULA 176

É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.

SÚMULA 175

Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS.

SÚMULA 174

No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.

— Julgando o REsp n. 213.054/SP, na sessão de 24-10-2002, a Terceira Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 174.

SÚMULA 173

Compete à Justiça Federal processar e julgar o pedido de reintegração em cargo público federal, ainda que o servidor tenha sido dispensado antes da instituição do regime jurídico único.

SÚMULA 172

Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

SÚMULA 171

Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

SÚMULA 170

Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.

SÚMULA 169

São inadmissíveis embargos infringentes no processo de mandado de segurança.

SÚMULA 168

Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

SÚMULA 167

O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS.

SÚMULA 166

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

SÚMULA 165

Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista.

SÚMULA 164

O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201, de 27-2-67.

SÚMULA 163

O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

SÚMULA 162

Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

SÚMULA 161

É da competência da Justiça Estadual autorizar o levantamento dos valores relativos ao PIS/PASEP e

FGTS, em decorrência do falecimento do titular da conta.

SÚMULA 160

É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

SÚMULA 159

O benefício acidentário, no caso de contribuinte que perceba remuneração variável, deve ser calculado com base na média aritmética dos últimos doze meses de contribuição.

SÚMULA 158

Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de turma ou seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada.

SÚMULA 157

É ilegítima a cobrança de taxa, pelo município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial.

— Julgando o REsp n. 261.571/SP, na sessão de 24-4-2002, a Primeira Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 157.

SÚMULA 156

A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

SÚMULA 155

O ICMS incide na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio.

SÚMULA 154

Os optantes pelo FGTS, nos termos da Lei n. 5.958, de 1973, têm direito à taxa progressiva dos juros, na forma do art. 4º da Lei n. 5.107, de 1966.

SÚMULA 153

A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência.

SÚMULA 152

Na venda pelo segurador, de bens salvados de sinistros, incide o ICMS.

SÚMULA 151

A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

SÚMULA 150

Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

SÚMULA 149

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção de benefício previdenciário.

SÚMULA 148

Os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em juízo após a vigência da Lei n. 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista nesse diploma legal.

SÚMULA 147

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

SÚMULA 146

O segurado, vítima de novo infórtunio, faz jus a um único benefício somado ao salário de contribuição vigente no dia do acidente.

SÚMULA 145

No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

SÚMULA 144

Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa.

SÚMULA 143

Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial.

SÚMULA 142

Prescreve em vinte anos a ação para exigir a abstenção do uso de marca comercial.

— Julgando a AR n. 512/DF, na sessão de 12-5-99, a Segunda Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 142.

SÚMULA 141

Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidos monetariamente.

SÚMULA 140

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima.

SÚMULA 139

Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor execução fiscal para cobrança de crédito relativo ao ITR.

SÚMULA 138

O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

SÚMULA 137

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário.

SÚMULA 136

O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda.

SÚMULA 135

O ICMS não incide na gravação e distribuição de filmes e videoteipes.

SÚMULA 134

Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.

SÚMULA 133

A restituição da importância adiantada, a conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.

SÚMULA 132

A ausência de registro da transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado.

SÚMULA 131

Nas ações de desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.

SÚMULA 130

A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

SÚMULA 129

O exportador adquire o direito de transferência de crédito do ICMS quando realiza a exportação do produto e não ao estocar a matéria-prima.

SÚMULA 128

Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lance superior à avaliação.

SÚMULA 127

É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.

SÚMULA 126

É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

SÚMULA 125

O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.

SÚMULA 124

A taxa de melhoramento dos portos tem base de cálculo diversa do imposto de importação, sendo legítima a sua cobrança sobre a importação de mercadorias de países signatários do GATT, da ALALC ou ALADI.

SÚMULA 123

A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.

SÚMULA 122

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, “a”, do Código de Processo Penal.

SÚMULA 121

Na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão.

SÚMULA 120

O oficial de farmácia, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, pode ser responsável técnico por drogaria.

SÚMULA 119

A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos.

SÚMULA 118

O agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação.

SÚMULA 117

A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade.

SÚMULA 116

A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

SÚMULA 115

Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

SÚMULA 114

Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

SÚMULA 113

Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.

SÚMULA 112

O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

SÚMULA 111

Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas.

SÚMULA 110

A isenção do pagamento de honorários advocatícios, nas ações acidentárias, é restrita ao segurado.

SÚMULA 109

O reconhecimento do direito à indenização, por falta de mercadoria transportada via marítima, independe de vistoria.

SÚMULA 108

A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.

SÚMULA 107

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal.

SÚMULA 106

Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

SÚMULA 105

Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

SÚMULA 104

Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.

SÚMULA 103

Incluem-se entre os imóveis funcionais que podem ser vendidos os administrados pelas forças armadas e ocupados pelos servidores civis.

SÚMULA 102

A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei.

SÚMULA 101

A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.

SÚMULA 100

É devido o adicional ao frete para renovação da marinha mercante na importação sob o regime de benefícios fiscais à exportação (BEFIEX).

SÚMULA 99

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

SÚMULA 98

Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

SÚMULA 97

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único.

SÚMULA 96

O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

SÚMULA 95

A redução da alíquota do imposto sobre produtos industrializados ou do imposto de importação não implica redução do ICMS.

SÚMULA 94

A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.

SÚMULA 93

A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

SÚMULA 92

A terceiro de boa-fé não é opôvel a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor.

SÚMULA 91

Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna. — Na sessão de 8-11-2000, a Terceira Seção deliberou pelo cancelamento da Súmula 91.

SÚMULA 90

Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à comum pela prática do crime comum simultâneo àquele.

SÚMULA 89

A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa.

SÚMULA 88

São admissíveis embargos infringentes em processo falimentar.

SÚMULA 87

A isenção do ICMS relativa a rações balanceadas para animais abrange o concentrado e o suplemento.

SÚMULA 86

Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

SÚMULA 85

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

SÚMULA 84

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

SÚMULA 83

Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

SÚMULA 82

Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS.

SÚMULA 81

Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão.

SÚMULA 80

A taxa de melhoramento dos portos não se inclui na base de cálculo do ICMS.

SÚMULA 79

Os bancos comerciais não estão sujeitos a registro nos Conselhos Regionais de Economia.

SÚMULA 78

Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa.

SÚMULA 77

A Caixa Econômica Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo das ações relativas às contribuições para o fundo PIS/PASEP.

SÚMULA 76

A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor.

SÚMULA 75

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal.

SÚMULA 74

Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

SÚMULA 73

A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.

SÚMULA 72

A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

SÚMULA 71

O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.

SÚMULA 70

Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença.

SÚMULA 69

Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.

SÚMULA 68

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

SÚMULA 67

Na desapropriação, cabe a atualização monetária, ainda que por mais de uma vez, independente do decurso de prazo superior a um ano

entre o cálculo e o efetivo pagamento da indenização.

SÚMULA 66

Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional.

SÚMULA 65

O cancelamento, previsto no art. 29 do Decreto-Lei n. 2.303, de 21-11-86, não alcança os débitos previdenciários.

SÚMULA 64

Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

SÚMULA 63

São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.

SÚMULA 62

Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na carteira de trabalho e previdência social, atribuído à empresa privada.

SÚMULA 61

O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.

SÚMULA 60

É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.

SÚMULA 59

Não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes.

SÚMULA 58

Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.

SÚMULA 57

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar ação de cumprimento fundada em acordo ou convenção coletiva não homologados pela Justiça do Trabalho.

SÚMULA 56

Na desapropriação para instituir servidão administrativa, são devidos os juros compensatórios pela limitação de uso da propriedade.

SÚMULA 55

Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal.

SÚMULA 54

Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

SÚMULA 53

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais.

SÚMULA 52

Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

SÚMULA 51

A punição do intermediador, no jogo do bicho, independe da identificação do “apostador” ou do “banqueiro”.

SÚMULA 50

O adicional de tarifa portuária incide apenas nas operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio de navegação de longo curso.

SÚMULA 49

Na exportação de café em grão, não se inclui na base de cálculo do ICM a quota de contribuição, a que se refere o art. 2º do Decreto-Lei n. 2.295, de 21-11-86.

SÚMULA 48

Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque.

SÚMULA 47

Compete à Justiça Militar processar e julgar crime cometido por militar contra civil, com emprego de arma pertencente à corporação, mesmo não estando em serviço.

SÚMULA 46

Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da pe-

nhora, avaliação ou alienação dos bens.

SÚMULA 45

No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.

SÚMULA 44

A definição, em ato regulamentar, de grau mínimo de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário.

SÚMULA 43

Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

SÚMULA 42

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

SÚMULA 41

O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.

SÚMULA 40

Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

SÚMULA 39

Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por res-

ponsabilidade civil, de sociedade de economia mista.

SÚMULA 38

Compete à Justiça Comum estadual, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades.

SÚMULA 37

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

SÚMULA 36

A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.

SÚMULA 35

Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.

SÚMULA 34

Compete à Justiça Estadual processar e julgar causa relativa à mensalidade escolar, cobrada por estabelecimento particular de ensino.

SÚMULA 33

A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.

SÚMULA 32

Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entida-

des que nela têm exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II, da Lei n. 5.010/66.

SÚMULA 31

A aquisição, pelo segurado, de mais de um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, situados na mesma localidade, não exime a seguradora da obrigação de pagamento dos seguros.

SÚMULA 30

A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

SÚMULA 29

No pagamento em juízo para elidir falência, são devidos correção monetária, juros e honorários de advogado.

SÚMULA 28

O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

SÚMULA 27

Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativo ao mesmo negócio.

SÚMULA 26

O avalista do título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário.

SÚMULA 25

Nas ações da lei de falências o prazo para a interposição de recurso conta-se da intimação da parte.

SÚMULA 24

Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do § 3º do art. 171 do Código Penal.

SÚMULA 23

O Banco Central do Brasil é parte legítima nas ações fundadas na Resolução n. 1.154, de 1986.

SÚMULA 22

Não há conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-Membro.

SÚMULA 21

Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

SÚMULA 20

A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional.

SÚMULA 19

A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

SÚMULA 18

A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção

da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

SÚMULA 17

Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

SÚMULA 16

A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária.

SÚMULA 15

Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.

SÚMULA 14

Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

SÚMULA 13

A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial.

SÚMULA 12

Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios.

SÚMULA 11

A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel.

SÚMULA 10

Instalada a junta de conciliação e julgamento, cessa a competência do juiz de direito em matéria trabalhista, inclusive para a execução das sentenças por ele proferidas.

SÚMULA 9

A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

SÚMULA 8

Aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei n. 7.274, de 10-12-84, e do Decreto-Lei n. 2.283, de 27-2-86.

SÚMULA 7

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

SÚMULA 6

Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo

se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade.

SÚMULA 5

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

SÚMULA 4

Compete à Justiça Estadual julgar causa decorrente do processo eleitoral sindical.

SÚMULA 3

Compete ao Tribunal Regional Federal dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre juiz federal e juiz estadual investido de jurisdição federal.

SÚMULA 2

Não cabe o habeas data (cf. art. 5º, LXXII, letra a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

SÚMULA 1

O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos.

JURISPRUDÊNCIA CIVIL

ÓRGÃO ESPECIAL

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.014247-7/0001.00, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Incidente de inconstitucionalidade suscitado de ofício pelo relator em sede de apelação referente a embargos do devedor em execução fiscal – Taxa referencial — Selic – Sistema especial de liquidação e custódia para títulos federais, acumulada mensalmente e instituída pelas Leis Federais ns. 9.065/95 e 9.250/95 – Adoção da Selic pela Lei Estadual n. 5.983/81, alterada pela Lei Estadual n. 10.297/96 – Inconstitucionalidade afastada – Incidente de inconstitucionalidade improcedente.

Não é inconstitucional o disposto no art. 69 da Lei Estadual n. 5.983/81, alterada pela Lei Estadual n. 10.297/96, que adotou a Selic para reajuste dos débitos tributários estaduais, englobando não só a taxa de juros reais, mas também o índice inflacionário do período a que se refere, desde que aplicada sem qualquer outro reajuste de correção monetária ou incidência de outro índice de juros.

A Selic não representa afronta ao princípio da legalidade, pois, além de expressamente estar prevista em lei, a taxa de juros e a indexação monetária não estão sujeitas ao princípio da legalidade (art. 97, § 2º, do CTN), não reclamando, portanto, lei comple-

mentar federal para sua instituição, o que é adstrito às hipóteses catalogadas na disposição sobre conflito de interesse, limitações constitucionais ao poder de tributar e normas gerais de legislação tributária.

Como se não bastasse, a Selic não é índice remuneratório do crédito tributário, mas moratório, pois decorre do atraso no recolhimento do tributo, além de compensatório, em razão da apropriação indevida, pelo contribuinte inadimplente, de receita fazendária.

A Selic não afronta ao disposto no art. 192, § 3º, da CF/88, que não é auto-aplicável e necessita de regulamentação; também não se incompatibiliza com o disposto no art. 161, § 1º, do CTN, que estabelece a limitação de juros a 1% ao mês se, de modo diverso, não dispuser a Lei (grifei).

Não atenta a Selic contra o princípio da indelegabilidade tributária, já que é criada por lei que define a fixação de seu crédito. Por outro lado, o Copon está acobertado por delegação constitucional, o qual compõe os índices da Taxa em apreço, que não se situa ao alvedrio do Bacen, mas reflete as mutações do mercado financeiro nacional, esteiando-se em valores referenciais firmados em fatos previamente ocorridos na forma da lei.

É insustentável o argumento de que o Executivo Federal exerce influências sobre o percentual (o que macularia a correta formalização da exigência fiscal) pois, se assim fosse, todos os índices de correção monetária estariam eivados de inconstitucionalidade, por delegação indevida do Legislativo para o Executivo Federal, já que o IBGE é o órgão responsável pela formalização de tais índices.

Por derradeiro, cumpre ao Poder Legislativo a escolha, dentre os vários índices, daquele que deverá ser aplicado em matéria tributária, não cabendo ao Judiciário interferir na escolha do índice de correção monetária e da taxa de juros incidível nos débitos tributários.

A circunstância de ser a Selic mais onerosa que os demais instrumentos indexatórios não é causa bastante para acoimá-la de inconstitucional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 1999.014247-7/0001.00, da comarca da Capital (Vara Especial de Execução Fiscal), em que é argüinte a egrêgia Primeira Câmara Civil, sendo argüido o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial, por maioria de votos, julgar improcedente a argüição de inconstitucionalidade.

Custas legais.

Embargando a Execução Fiscal n. 2397023521-3, a Distribuidora de Alimentos CMS Ltda. alegou, em síntese, que o art. 69 da Lei Estadual n. 5.983/81, com a nova redação dada pelas Leis ns. 10.297/96 (art. 102) e n. 10.369/97, está assim redigido:

“O imposto pago fora do prazo na legislação tributária será acrescida de juros de mora equivalente à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic – para títulos federais, acumulados mensalmente” adotada por sua vez pelas Leis Federais ns. 9.065/95 e 9.250/95, para remunerar os débitos tributários.

Sucedo que, segundo a embargante e apelada, as referidas disposições são ilegais, por força da impossibilidade de utilização da Selic, em ra-

zão de seu caráter remuneratório, e que as disposições do Código Civil (art. 1.062) e do CTN (art. 161), bem assim o Decreto n. 22.626/33, são normas hierarquicamente superiores à legislação estadual/SC e, por isso, não podem afrontar aquelas normas federais, preponderando sobre estas.

Sustenta, ainda, que inexistente previsão legal para incidência da Selic, índice potestativo, unilateralmente fixado pela União, carecendo, ademais, de inconstitucionalidade, por força da auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da CF/88.

Arremata firme no argumento de que, mesmo assim, a Selic seria aplicada até a data da propositura da execução fiscal, incidindo após os juros legais.

Respondendo aos embargos, alegou o Estado de Santa Catarina, em preliminar, que “o valor executado com relação às CDA’s de ns. 19970848294, 19970831804, 19970839899 e 1997081652, foi parcelado, portanto, confessado. Note-se pelos documentos anexos (pedidos de parcelamento especial), firmados pelo representante legal da embargante, sendo que no seu requerimento consta, claramente, que induz em confissão irretratável da dívida. O embargante não fez qualquer menção a esse fato nos presentes autos, restando caracterizada a litigância de má-fé, como bem prevê o art.

17, inciso II (não denunciado que pagou), inciso III (proteção)”.
Suscitou, ainda, outras preliminares quanto às formalidades das CDA's, inépcia da exordial e, quanto ao mérito, rebateu a tese da ilegalidade e inconstitucionalidade da Selic, com os seguintes argumentos:

“No que tange aos juros moratórios, estes incidem a partir do momento em que o tributo deveria ter sido pago até o seu efetivo pagamento” (Paulo Barros Carvalho, *in* Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 5ª edição, 1991, p. 351), A respeito do tema nos ensina:

“Os juros adquirem um traço remuneratório do capital que permanece em mãos do administrado por tempo excedente ao permitido [...] motivada pela circunstância de o contribuinte reter consigo importância que não lhe pertence.

“Não devemos esquecer que se trata de autolanaçamento, ou seja, o contribuinte declarou ao Fisco a importância por ele reconhecida como devida, mas não efetuou o seu recolhimento aos cofres públicos.

“Ora, o próprio Código Tributário Nacional estipula no art. 161, § 1º, que ‘se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês’. E *legem habemus*, como se constata na própria certidão que cita a Lei Estadual n. 5.983/81, em cujo art. 69 está prescrito que ‘o imposto pago fora do prazo regulamentar será acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, cal-

culados sobre o valor corrigido monetariamente’.

“Até 31-12-96 aplica-se a taxa de um por cento ao mês ou fração. Todavia, a partir da edição da Lei Estadual n. 10.287, de 5-12-1996, que deu nova estrutura ao ICMS, foi alterado o artigo acima citado (*vide* art. 102), o qual passou a adotar a Selic – Sistema Especial de Liquidação e Custódia, introduzida pelo Governo Federal como sendo juros moratórios.

“A Selic foi adotada na esfera federal através da Lei Federal n. 9.065/95 (art. 13) e Lei Federal n. 9.250/95 (art. 39, § 4º), já havendo inúmeros julgados atestando a legitimidade da sua utilização como juros moratórios e não juros remuneratórios, como quer fazer entender o embargante. Vejamos:

‘Processo civil — Repetição de indébito — Empréstimo compulsório sobre o consumo de gasolina e álcool — Decreto-Lei n. 2.288/86 — Inconstitucionalidade — Correção monetária — Juros moratórios.

‘III — Juros moratórios são devidos de acordo com a Selic, conforme o disposto no parágrafo 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/96’ (TRF da 3ª Região, Ap. Cível n. 3060958, rel. juiz Pêrsio Lima, publ. DJ de 18-2-97, p. 7.084).

“No mesmo diapasão da decisão acima referida, considerando que os ‘Juros moratórios são devidos de acordo com a Selic, conforme o disposto no parágrafo 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/96’, temos decisões nos REO 3094759, 6ª T, TRF da 3ª Re-

gião, rel. Juiz Pêrsio Lima, publ. DJ de 23-4-97, p. 26.561; Ap. Cível 3091101, 6ª T, TRF da 3ª Região, rel. Juiz Pêrsio Lima, publ. DJ de 23-4-1997, p. 26.561; Emb. Decl. Ap. Cív. n. 44.4819, TRF da 4ª Região, rela. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, publ. DJ de 26-6-1996, p. 44.167; Ap. Cível n. 45.7701, TRF da 4ª Região, rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, publ. DJ de 17-7-1996, p. 49.287.

“Legitimada, então, tanto pela Lei como pela Jurisprudência, a aplicação da Selic como taxa de juros moratórios.

“Nem mesmo a alegada violação ao art. 192, § 3º, da CF pode ser levada a sério, posto que inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal afastam sua aplicabilidade por ausência de lei complementar federal. Vejamos:

‘Recurso Extraordinário n. 209.543-5, Rio Grande do Sul, 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Celso de Mello, Recte.: Banco do Brasil S.A. e Recdos.: Licínio Antunes de Oliveira Neto e outro, Publicado no DJU n. 151, de 8-8-1997, p. 35.659/35.660. Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. 1ª Turma. 22-4-1997:

‘Taxa de juros reais — Limite fixado em 12% a. a. (CF. art. 192, § 3º) — Norma constitucional de eficácia limitada — Impossibilidade de sua aplicação imediata — Necessidade da edição da lei complementar exigida pelo texto constitucional”’.

No mais, ateve-se no combate ao argumento que ampara a cobrança da multa.

Sentenciando, a Dra. Juíza *a quo*, após afastar o Ministério Público da lide sem ater-se às demais prejudiciais, julgou parcialmente procedentes os embargos para afastar a incidência da Selic, devendo ser utilizado o INPC como índice indexador, acrescido dos juros no percentual de 1% ao mês, conforme disposição constitucional e o disposto no art. 161 do CTN e honorários advocatícios fixados em 10% sobre a diferença cobrada a mais pela Fazenda.

Irresignado, apelou o Estado de Santa Catarina, defendendo a previsão legal da Selic (Lei Estadual n. 10.287/96, Leis Federais ns. 9.065/95 – art. 13 – e 9.250/95 – art. 39, § 4º), sendo consagrada a sua legitimidade em inúmeros arestos de nossos tribunais:

“Tributário. PIS. Inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445/88 e 2.449/88. Compensação. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Atualização monetária e juros de mora.

“1. O recurso especial da empresa peca pela não demonstração da divergência jurisprudencial. Esta só se caracteriza para fins de prosperar recurso especial quando a discórdia estabelece-se entre julgados que apreciaram situações fáticas e legais e possuem conteúdo com idênticas características.

“2. No caso, o acórdão impugnado reconheceu que os juros de mora eram devidos por força do dis-

posto no art. 55 da Lei n. 8.383/91. O acórdão apresentado para confronto interpretou, embora cuidando de juros de mora, o art. 74 da Lei n. 6.537/73.

“3. Não há de prevalecer a tese de que somente nos casos de tributos sujeitos a lançamentos *ex officio* ou de lançamento por declaração, i.e., ‘tributos cuja compensação esteja subordinada a prévio deferimento da autoridade administrativa, cabe a aplicação do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95’. Na função de intérprete e aplicador da lei não se cabe extrair palavras contidas em seu corpo, nem acrescentar outras.

“4. A mensagem do referido dispositivo legal é bem clara ao determinar que os juros de mora, com base na Selic, incidem a partir da data em que o contribuinte efetuou o pagamento indevido. Em nenhum momento é feita a diferenciação pretendida pela União Federal.

“5. Recurso Especial da empresa autora não conhecido. Recurso adesivo da União Federal não conhecido” (REsp n. 194664/SC, DJU n. 21-6-1999, p. 83, rel. Min. José Delgado).

Tributário. Compensação. Taxa Selic. Cabimento.

“1. Aplicação do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95. Não há que se limitar a aplicação do dispositivo legal apenas às transações de natureza bancária pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

“2. Recurso especial improvido. Decisão por maioria” (REsp n.

201642/PR, DJU 14-6-1999, p. 132, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

“Tributário. Repetição de Indébito. Juros. Selic. - Termo Inicial. Lei n. 9.250/95 (art. 39, § 4º). 1. Os juros Selic são contados a partir da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário (art. 39, § 4º, Lei n. 9.250/95).

“2. Recurso sem provimento” (REsp n. 194140/SC, DJU 7-6-1999, p. 57, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

“Tributário. Repetição de indébito. Juros Selic. Termo inicial. Art. 39, parágrafo 4º, Lei n. 9.250/95. – ‘Na repetição do indébito, os juros Selic são contados a partir da data de entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência do campo tributário (art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95). Precedentes jurisprudenciais’ (REsp n. 150345/ Milton/4-6-98 – unânime, *in* REsp n. 198415/PT, DJU 17-5-1999, p. 148, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“Acórdãos sucessivos:

“REsp n. 208908/PR, 1999/0026323-5, decisão 8-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 155; REsp n. 208821/PR, 1999/0025892-4, decisão 8-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 155; REsp n. 208789/PR, 1999/0025729-4, decisão 8-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 155; REsp n. 208598/PR, 1999/0024329-3, decisão 8-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 154; REsp n. 208579/PR, 1999/0024275-0, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 154; REsp n. 208533/PR, 1999/0024183-5, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 154; REsp n. 208454/PR,

1999/0023970-9, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 154; REsp n. 208377/PR, 1999/0023815-0, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 154; REsp n. 208085/PR, 1999/0023026-4, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 153; REsp n. 207983/PR, 1999/0022826-0, decisão 1º-6-1999, DJ de 1º-7-1999, p. 153; REsp n. 208083/RS, 1999/0023024-8, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 102; REsp n. 207675/PR, 1999/0022213-0, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 101; REsp n. 207644/PR, 1999/0022131-1, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 101; REsp n. 207554/PR, 1999/0021950-3, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 100; REsp n. 207447/PR, 1999/0021827-2, decisão 18-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 100; REsp n. 207446/PR, 1999/0021826-4, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 100; REsp n. 207333/PR, 1999/0021465-0, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 99; REsp n. 207087/PR, 1999/0020873-0, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 99; REsp n. 206086/PR, 1999/0019036-0, decisão 18-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 98; REsp n. 199884/RS, 1999/0000338-1, decisão 25-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 88; REsp n. 199849/RS, 1999/0000252-0, decisão 18-5-1999, DJ de 21-6-1999, p. 88; REsp n. 203087/PR, 1999/0009227-9, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 103; REsp n. 203052/PR, 1999/0009164-7, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p.

103; REsp n. 202384/PR, 1999/0007387-8, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 102; REsp n. 202252/PR, 1999/0006963-3, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 102; REsp n. 201729/PR, 1999/0006140-3, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 99; REsp n. 201728/PR, 1999/0006138-1, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 99; REsp n. 200915/PR, 1999/0003685-9, decisão 27-4-1999, DJ de 31-5-1999, p. 98; REsp n. 198146/PR, 1998/0091339-4, decisão 20-4-1999, DJ de 17-5-1999, p. 148; REsp n. 197844/PR, 1998/0090562-6, decisão 20-4-1999, DJ de 17-5-1999, p. 147; REsp n. 197644/RS, 1998/0090359-3, decisão 20-4-1999, DJ de 17-5-1999, p. 147”.

“Tributário. Compensação. Taxa Selic. Cabimento.

“1. Aplicação do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95. Não há que se limitar a aplicação do dispositivo legal apenas às transações de natureza bancária pois onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

“2. Recurso especial improvido. Decisão por maioria” (REsp n. 201642/PR, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publ. DJU 14-6-99).

“Tributário. Repetição de indébito. Índice Selic. Termo inicial. Art. 39, § 4º, Lei n. 9.250/95.

“1 — Não é possível, em remessa *ex officio*, acrescentar-se à condenação a incidência da Taxa Selic, não referida na sentença de primeiro grau.

“II – ‘Na repetição do indébito, os juros Selic são contados a partir da data da entrada em vigor da lei que determinou a sua incidência no campo tributário (art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95). Precedentes jurisprudenciais” (REsp n. 202736/PR, DJU 14-6-1999, p. 134, rel. Min. Gomes de Barros).

“No mesmo diapasão da decisão acima referida, considerando que os ‘Juros moratórios são devidos de acordo com a Selic, conforme o disposto no parágrafo 4º do art. 39 da Lei n. 9.250’, temos decisões nos REO n. 3094759, 6ª T., TRF, 3ª Região, rel. Juiz Pérsio Lima, publ. DJ de 23-4-97, p. 26.561; Ap. Cível n. 3091101, 6ª T., TRF 3ª Região, rel. Juiz Pérsio Lima, publ. DJ de 23-4-97, p. 26.561; Emb. Decl. Ap. Cív. n. 444819, TRF da 4ª Região, rela. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, publ. DJ de 26-6-96, p. 44.167; Ap. Cível n. 4572701, TRF da 4ª Região, rel. Juiz Vladimir Passos de Freitas, publ. DJ de 17-7-96, p. 49.287.

“Legitimada, então, tanto pela Lei como pela Jurisprudência, a aplicação da Selic como taxa de juros moratórios.

“O outro ponto acatado pela respeitável sentença, refere-se à limitação dos juros a 12% ao ano, que também é de ser reformulada, posto que há inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, afastam sua aplicabilidade por ausência de lei complementar federal, como o que se transcreve a seguir:

‘Taxa de juros reais — Limite fixado em 12% a. a. (CF, art. 192, § 3º) — Norma constitucional de eficácia limitada — Impossibilidade de sua aplicação imediata — Necessidade da edição da lei complementar exigida pelo texto constitucional — Aplicabilidade da legislação anterior à CF/88 — Recurso extraordinário conhecido e provido.

‘A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – constitui preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado.

‘Ausente a lei complementar reclamada pela Constituição, não se revela possível a aplicação imediata da taxa de juros reais de 12% a. a. prevista no art. 192, § 3º, do texto constitucional” (Rec. Extraord. n. 209543-5/RS, 1ª Turma do STF, rel. Min. Celso de Mello, publ. DJU n. 151, de 8-8-97, p. 35.659 e 35.660).

Insistiu, por derradeiro, na confissão do débito pela embargante, ao argumento de que “no caso em tela, em que pese as improcedentes afirmações da embargante/apelada, o débito foi confessado, na forma como cobrado, posto que, como foi referido às fls. 24 e 25 dos autos, o débito executado foi parcelado pela devedora, fato este que pressupõe confissão irretratável da dívida.

“Note-se que se juntou, às fls. 33 e 34, documento demonstrando os processos administrativos de parcelamento da dívida, protocolados

pela apelada. Nesses processos se dá conhecimento da confissão ao contribuinte, sendo tal acatado pelo mesmo, através de documento firmado, quando de seu pedido de parcelamento dos valores executados.

“A confissão, como estabelece o art. 354 do Código de Processo Civil, é indivisível, a menos que ocorra fato novo, o que não aconteceu. Portanto, o apelado/devedor/embargante não poderia, nos embargos, aduzir que o índice de juros aplicado ao débito não é devido. Tal matéria foi objeto da impugnação dos embargos.

“Dessa forma, demonstrada a legitimidade da cobrança efetuada pela Fazenda Pública estadual do tributo cobrado, bem como de sua multa e, principalmente, da correção monetária e dos juros aplicados, é de ser reformulada a sentença *retro* para que se tenha a aplicação da lei estadual vigente como medida de distribuição da melhor justiça” (fls. 71 e 72).

Em contra-razões, a embargada sustentou a impossibilidade de utilização da Selic fundada na sua inconstitucionalidade, baseada no art. 192, § 3º, da CF/88.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer, às fls. 96 a 99, da lavra do Exmo. Sr. Dr. Sérgio Rizelo, em preliminar sustentou:

“O Estado de Santa Catarina alega que os embargos sequer mereciam ser conhecidos, em face de ter havido o parcelamento dos débitos executados.

“Salvo melhor juízo, merece parcial acolhimento esta sua pretensão.

“Através dos presentes Embargos à Execução Fiscal a apelada insurgiu-se contra a adoção da Selic, pelo apelante, como taxa de juros de mora, relativamente às CDAs ns. 19970843810, 19970842415, 19970832533, 19970844469, 19970831804, 19970849932, 19970831138, 19970842253, 19970813156, 19970816252, 19970848294 e 19970839899, as quais estão acostadas às fls. 3, 8, 14, 20, 23 27, 31, 35, 39, 43, 47 e 50 dos autos apensados.

“Atenta leitura do processo, mormente dos documentos acostados às fls. 10, 16, 25, 29, 33, 34, 37, 38, 41, 42, 45, 46 e 52 e 53 da Ação de Execução Fiscal, permite afirmar que a apelada quitou parte dos débitos tributários de que tratam os autos, com exceção daqueles noticiados nas CDA's ns. 19970843810 e 19970844469. Também não houve parcelamento do débito noticiado na CDA n. 19970848294, em que pese ou afirme o documento de fl. 33 dos autos dos embargos.

“A existência dos parcelamentos merece mesmo ser afirmada, tanto que os ‘extratos’ das Notificações Fiscais que originaram as CDA's antes referidas, os quais se encarece sejam juntados aos autos, emitidos pelo terminal dos sistema de informática da Secretaria de Estado da Fazenda, instalado junto ao Ministério Público, mais precisamente na atual Coordenadoria Criminal, sucessora

da Coordenadoria do Programa de Combate à Fraude e à Sonegação Fiscal, informam inclusive os ns. dos processos administrativos em cujos autos foram eles pleiteados e deduzidos.

“A própria apelada, na inicial, alega que ‘amortizou a sua dívida por diversas vezes’ (fl. 3), o que se constitui em mais um indício de que houve mesmo o parcelamento afirmado pelos citados ‘extratos’.

“A afirmação da apelada, constante no item 1 das contra-razões de recurso, de que não houve comprovação do parcelamento das CDA's executadas, desmerece acolhimento, eis que lhe cabia desconstituir cabalmente o conteúdo dos documentos que atestam o fracionamento, os quais não restaram desmentidos.

“Logo, a apelada não apenas parcelou alguma das dívidas notificadas nas CDAs executadas, como efetivamente quitou algumas das frações correspondentes aos parcelamentos.

“Disso se conclui que a apelada reconheceu expressamente os débitos antes referidos, em face do que os embargos opostos, relativamente às CDA's cujos débitos foram mesmo parcelados, não tem qualquer fundamento, em virtude da confissão efetuada.

“Aliás, o § 2º do art. 71 do RICMS/SC, aprovado pelo Decreto n. 3.017/89, vigente à época dos fatos, positivava:

‘O requerimento do sujeito passivo, solicitando parcelamento de crédito tributário, na via administrativa

ou judicial, valerá como confissão irretratável da dívida’.

“É da lição de Hélio Tornaghi:

‘Além da renúncia expressa, deve admitir-se a tácita, presumida diante de ações incompatíveis com a retenção do direito ou de omissões que indiquem insofismavelmente a vontade de resignar. Se, por exemplo, o devedor satisfaz a prestação apesar de a obrigação ser anulável (Código Civil, artigo 151), presume-se que ele renunciou ao direito de anular’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, vol. II, p. 352).

“Esta Corte de Justiça já decidiu:

‘Anulatória de débito fiscal — Parcelamento — Débitos admitidos — Improcedência do pedido.

‘O parcelamento da dívida tributária implica em verdadeira confissão tácita de sua existência. Incongruente a atitude do contribuinte que, após quitar várias parcelas, pretende a anulação das notificações fiscais que geraram o débito fiscal’ (Ap. Cív. n. 42.253, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

“Na mesma linha:

‘Embargos à execução. Executivo fiscal. Se o devedor solicita ao fisco que lhe permita saldar o débito parceladamente, e, deferido o pedido, deposita uma ou mais parcelas do fracionamento, não poderá, nos embargos do devedor, alegar iliquidez da dívida. Recurso desprovido’ (JC 28/147).

“Mais:

‘Se o contribuinte reconhece o débito fiscal, propondo-se a saldá-lo através de parcelamento, o que lhe foi concedido, não pode depois, ou durante o cumprimento do parcelamento, reclamar a repetição do indébito’ (Ap. Cív. n. 47.898, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Nestes termos, opinamos pelo não conhecimento dos embargos aforados pela apelada, com exceção do tocante às CDA’s ns. 19970843810, 19970844469 e 19970848294, eis que, quanto as mesmas, não houve comprovação de ter havido parcelamento administrativo dos débitos nelas noticiados” (fls. 96 a 99 dos autos).

No mérito, defende a legalidade e a constitucionalidade da Selic.

Em venerando aresto da lavra do eminente Des. Newton Trisotto, a egrégia Primeira Câmara Civil suscitou incidente de inconstitucionalidade do art. 69 da Lei Estadual/SC n. 5.983/81, com a nova redação dada pela Lei Estadual/SC n. 10.297/96.

O v. acórdão em apreço, não obstante reconhecer que a embargante não efetuou o pagamento do ICMS, relativo aos meses de outubro a dezembro de 1996 e janeiro de 1997, durante o autolancamento em Gias, com vencimento em 10-12-1996 a 10-2-1997, débitos estes sujeitos à devida atualização monetária (RSTJ n. 23/307 e RT 6731/178), segundo, ademais, previsão constitucional (art. 46, IV, da ADCT), sendo outorgado aos Estados instituir critérios próprios de correção monetária para seus créditos

fiscais (RT 723/344, STJ REsp n. 30.558, rel. Min. Asfor Rocha; REsp n. 57.591-5, Min. Garcia Vieira; TJSC Ap. Cív. n. 96.009349-4, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; STJ REsp n. 46.617-2, rel. Min. Garcia Vieira; REsp n. 30.558/SP, rel. Min. Asfor Rocha; EDREsp n. 995/SP, Min. Garcia Vieira e, ainda, REsp n. 15.187/SP, RSTJ 29/541, REsp n. 18.484/SP e n. 18.484/SP, do mesmo relator.

Também está o v. aresto conforme a tese da não auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da CF/88 conforme ADIn n. 4 do STF.

No entanto, aduz:

“O crédito tributário a que se refere a execução foi lançado em dezembro de 1995. De acordo com a Lei Estadual n. 5.983/81 (art. 74), sobre o débito tributário não recolhido no momento próprio incidia correção monetária calculada segundo a variação da ORTN. Mais tarde, como coeficientes de atualização monetária foram utilizadas a OTN (Obrigação do Tesouro Nacional) e o BTN (Bônus do Tesouro Nacional), que tinha o IPC como parâmetro (Lei n. 7.777/89, art. 5º, § 2º; Lei n. 5.983/81, art. 74, com a redação dada pela alteração 53ª). Posteriormente, esse índice foi substituído pela variação do IGP/DI (Lei Estadual n. 8.309/91). Em 8-11-94, o Estado instituiu a UFR, utilizando-a como fator de correção; em 25-1-96, passou a adotar a UFIR (Unidade Fiscal de Referência), servindo o INPC e o IPCA/IBGE para compô-la (Lei n. 8.383/91, art. 2º; Lei Estadual n. 10.065/96). Através do Decreto n. 6.437, de 15-2-91, por curto espaço

de tempo, o Estado impôs a aplicação da TR (Taxa Referencial) como coeficiente de correção monetária.

“A Lei n. 10.297, de 26-12-96, alterou o coeficiente. Com ela, o art. 69 da Lei n. 5.983/81 passou a ter a seguinte redação: ‘O imposto pago fora do prazo previsto na legislação tributária será acrescido de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic, para títulos federais, acumulados mensalmente”.

“O Selic – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – destina-se ao registro de títulos e depósitos interfinanceiros por meio de equipamentos eletrônicos de teleprocessamento, em contas gráficas abertas em nome de seus participantes, bem como ao processamento, utilizando-se o mesmo mecanismo, de operações de movimentação, resgate, ofertas públicas e respectivas liquidações financeiras (item 1 do anexo à Circular Bacen n. 2.671/96). É formado por títulos de emissão do Bacen, do Tesouro Nacional, dos Estados e Municípios (item 2, a) e por depósitos interfinanceiros em bancos múltiplos com carteira comercial, bancos comerciais e caixa econômicas (item 2, b).

“Conforme o § 1ºA do art. 2º da Circular Bacen n. 2.900/99, ‘define-se Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais’. Seus valores são fixados e divulgados pelo Copom (Comitê de Política Monetária).

“Passou ela a ser utilizada nos débitos tributários a partir da Lei n. 9.250/95, que trata do Imposto de Renda (IR). Prescreve que a ‘compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais’ (art. 39, § 4º).

“A Taxa Selic, por representar não só taxa de juros reais, mas também o índice inflacionário do período a que se refere (REsp ns. 250.264, Min. Garcia Vieira; 197.641, Min. Aldir Passarinho Júnior), tem a sua constitucionalidade questionada.

“Em artigo (‘Da impossibilidade de se utilizar a Selic como Taxa de Juros Moratórios Incidentes sobre Débitos de Natureza Fiscal’) publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n. 14, a tese da inconstitucionalidade é defendida por Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. Concluem que é ‘incontestável o direito do contribuinte à utilização de juros de mora de 1% ao mês para atualização de seus débitos, pois a taxa Selic que a lei pretende equiparar a juros moratórios possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes desobedece a regra contida nos artigos 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e 192, § 3º, da Constituição Federal’ (p. 18).

“Essa opinião é também compartilhada por Maristela Miglil Sabbag (Revista Dialética de Direito Tributário 49, p. 66), ao argumento de que uma coisa é indenizar o Estado pelo atraso no pagamento de um tri-

buto (juros moratórios) e outra é remunerar o capital (Taxa Selic).

“A inconstitucionalidade do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, acima citado, foi argüida no Superior Tribunal de Justiça” (Ap. Cív. n. 1999.014247-7, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto), relativa ao REsp n. 215.881, rel. Min. Franciulli Neto (fls. 127 a 129 dos autos).

Ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se por meio do insigne Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Antônio Rizelo, que, após judiciosas ponderações direcionadas pela legalidade e constitucionalidade da Selic, arrematou:

“Por fim, cumpre não olvidar que a retenção indevida dos valores referentes ao ICMS tem-se tornado prática comum de muitas empresas.

“Tais contribuintes, não raro, apropriam-se do numerário que deviam encaminhar aos Cofres Públicos, pois o cobraram do consumidor quando lhe venderam mercadorias tão-somente para fazê-lo. Porém, passam a utilizar tais valores para saldar suas dívidas, aumentar seus lucros ou para outros fins, o que em muito prejudica o Estado, que deles é dependente para executar seus programas e fazer frente às suas necessidades de subsistência.

“Sabe-se que grande parte da arrecadação dos Estados e Municípios provém do recolhimento do ICMS. Daí a importância de assegurar que tais recursos apórtiem tempestivamente aos seus cofres.

“Entendemos que, embora a correção dos débitos tributários pela

Taxa Selic seja deveras gravosa, é oportuna a sua manutenção, nos moldes que apregoamos linhas passadas, pois o contribuinte, sabedor que o encargo incidente, no caso do não repasse ao Fisco dos valores devidos é elevado, sentir-se-á desestimulado a inadimplir.

“Ante o exposto, manifestamo-nos pelo reconhecimento da constitucionalidade do art. 69 da Lei n. 5.983/81, com a redação dada pela Lei n. 10.297/96, que determina a correção monetária dos débitos tributários pela taxa referencial Selic, ressaltando-se a impossibilidade da cumulação de qualquer outro índice de correção monetária”.

É o relatório.

Cumpre levar em consideração o princípio que não aconselha a decretação de inconstitucionalidade quando a causa pode ser decidida de outra forma.

É o que ocorre, posto que indubitoso que a apelante, ao deixar de efetuar o pagamento do ICMS decorrente de lançamento em Gias por ela própria, pois se trata de imposto sujeito a autolancamento ou lançamento por homologação, lançou mão de uma espécie de moratória, o parcelamento como forma para suspender o crédito tributário.

Para tanto, submeteu-se às condições legais daquela moratória, dentre as quais a adoção da Selic como fator de indexação e índice de juros, dando-se até a confissão de dívida.

Portanto, e eis até uma consequência lógica, a incidência da Selic

decorre de disposição contratual e não de imposição legal.

A embargante descumpriu o parcelamento, deixando de saldar algumas parcelas, dando ensejo, assim, ao descumprimento moratório e, em consequência, deixou de ser suspenso o crédito tributário, devolvendo à Fazenda Pública o direito de executá-la e, ante tal fato, a embargante lança mão dos embargos à execução fundada na inconstitucionalidade da disposição legal que instituiu a Selic como fator de correção monetária e de juros moratórios para corrigir o valor do crédito tributário, quando havia aceito tal índice para obter a concessão da moratória consistente no parcelamento do débito.

Portanto, é impossível fugir do contexto paradoxal. Contudo, como o Órgão fracionário não se manifestou a respeito, entendo ser imprescindível tal deliberação, precedendo, assim, o enfrentamento da inconstitucionalidade em apreço.

Uma vez superada essa preliminar, inicialmente indaga-se: — mas o que é a Selic ou Sistema Especial de Liquidação de Custódia dos Títulos Imobiliários da Fazenda Federal?

“A Selic é a taxa básica de juros da economia, ou seja, a taxa de juros média dos financiamentos diários, com lastro em títulos federais, apurados por um sistema de liquidação diária dos títulos públicos, daí originando sua denominação: Sistema Especial de Liquidação Diária e Custódia – Selic” (Rafael José Cardoso Gil, artigo publicado em 14-8-03, no

site Espaço Vital – www.espacovital.com.br/artigografael1.htm).

Portanto, a Selic é o custo que os bancos comerciais têm para obter dinheiro do Banco Central, fazendo com que a taxa em apreço seja o parâmetro para todos os setores da economia.

Quando um banco comercial capta recursos do Bacen, a sua quitação faz-se com títulos públicos em quantidade correspondente ao dinheiro recebido – lastro em títulos federais, para tanto, o Bacen cobra uma taxa extra decorrente da Selic.

Por sua vez, os bancos, ao efetuarem um empréstimo, cobram a “taxa” Selic e mais um adicional correspondente aos seus serviços operacionais, seguros e lucros, que é o denominado *spread*.

A taxa Selic pode variar dia-a-dia, sendo considerado o seu valor mensal, que é fixado em reuniões públicas do Copom – Comitê de Política Monetária – que, para tanto, toma por base equações algébricas que levam em conta alguns objetivos macroeconômicos, tais como a meta inflacionária, câmbio, hiato de produção – diferença do PIB potencial e real dos bens etc.

Assim, por exemplo, se a inflação dá sinais de que vai aumentar, podendo ultrapassar a meta anual fixada, o Copom aumenta os juros, desaquecendo a economia – custo mais alto do capital – o que reduz a demanda por produtos e serviços.

Isso posto, com o advento da Lei Federal n. 9.065, de 20-6-1995, os Tributos, arrecadados pela Recei-

ta Federal (incluindo os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios – arts. 145, 148 e 149 da CF/88), a partir de 1º de abril de 1995 passaram a ser reajustados com inclusão de juros e correção monetária pela “Taxa Referencial” do Sistema de Liquidação e Custódia – Selic – quando não pagos nos prazos previstos pela legislação tributária, porque, até então, a teor do art. 84 da Lei n. 8.981/95, eram reajustados pela média mensal de captação do Tesouro Nacional, relativo à Dívida Mobiliária Federal Interna. A partir de 1º-1-96, também a Selic passou a ser aplicada nas restituições ou compensações correspondentes a tributos federais ou a outras receitas patrimoniais, sendo acumulada mensalmente, incidente a partir da data do pagamento indevido ou recolhido a mais, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95.

Portanto, a Fazenda Federal passou não só a cobrar a taxa Selic como também a pagar. Assim sendo, a Fazenda passou a adotar a taxa Selic da mesma forma, conforme o art. 69 da Lei Estadual/SC n. 5.983/81, alterada pela Lei n. 10.297/96 (art. 102) e Lei n. 10.369/97 (art. 24). No entanto, têm sido suscitadas, perante o Judiciário, questões envolvendo a inconstitucionalidade da Taxa Selic, fundadas nos seguintes argumentos:

1. a taxa Selic não foi instituída por lei, mas, sim, por ato meramente administrativo do Poder Executivo, mais precisamente do Bacen;

2. conseqüentemente, restariam violados os princípios da legalidade, anterioridade e indelegabilidade da competência tributária e segurança jurídica;

3. porque a taxa Selic estaria emprestando caráter remuneratório ao crédito tributário, o que é expressamente vedado;

4. a taxa Selic estaria afrontando o disposto no art. 192, § 2º, da CF/88 c/c art. 161 do CTN, que estabelecem os juros legais de 1% ao mês;

5. impossibilidade de se equiparar os contribuintes com os aplicadores financeiros, porque estes praticam atos de vontade, aqueles não submetidos coercitivamente a ato de império (*vide* REsp n. 215.881, da 1ª T., rel. Min. Franciulli Neto).

Passemos a analisar a questão da violação ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da CF – aumentar tributo sem lei específica a respeito (REsp n. 215.881). Diz o aresto:

“Em matéria tributária, tanto a correção monetária como os juros devem ser previstos em lei. Nesse diapasão, nunca é demais insistir na questão fundamental do problema, assentada no fato de que a Taxa Selic não foi criada por lei”.

Escusado lembrar que o Bacen pode perfeitamente disciplinar essa taxa mediante resoluções e circulares, por lhe tocar plena autonomia na gestão dos títulos públicos do padrão monetário da moeda e de sua remuneração. Então, não se discute essa faceta do problema. Em outras

palavras, o Bacen nada tem a ver com o que aqui interessa.

Cumprido frisar que tributos são: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais – previdenciárias – de intervenção no domínio econômico e em defesa das categorias profissionais (arts. 145, § 1º, 148 e 149 da CF/88). Para sua instituição, temos a competência concorrente (art. 24, I, da CF), de iniciativa do Executivo.

A taxa de juros e a correção monetária não são tributos e, portanto, não estão sujeitos ao princípio da legalidade (art. 97, § 2º, do CTN), não se constituindo em aumento de tributo que reclame lei complementar (STF, 2ª T., RE n. 208.280-5, rel. Min. Maurício Correa) a substituição de indexador não implica em majoração de tributo ou de sua base de cálculo (STF, RE n. 22.506/CE, rel. Min. Sidney Sanches; RE n. 201.618-7, rel. Min. Ilmar Galvão). No mesmo sentido: TRF 4ª Turma de Férias, AMS n. 93.04.33786/RS; RE n. 170.928/SC, rel. Min. Moreira Alves e RE n. 173.838/SC, rel. Min. Ilmar Galvão. Por derradeiro, temos a Súmula 160 do STJ que dispõe:

“É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária”.

Taxa de juros e correção monetária, portanto, são índices que têm sua criação sem o rigorismo exigido para os tributos, com respeito rígido, apenas, aos princípios da legalidade e anterioridade.

De fato, a teor do art. 146 da CF/88, ao discriminar as hipóteses de exigência obrigatória de Lei Complementar, estas se limitam a:

1. dispor sobre conflitos de competência;

2. limitações constitucionais ao poder de tributar;

3. normas gerais de legislação tributária. Vale a pena lembrar, com relação ao último item, que este estabelece o que deve integrar as normas gerais em matéria de legislação tributária e, em nenhum momento, condicionar a criação de tributos de índices inflacionários ou de juros à Lei Complementar.

A respeito, Roque Carrara, com sua autoridade, ao falar sobre a criação de tributos, declarou:

“Para afugentarmos, desde já, possíveis dúvidas, é bom dizermos que criar um tributo é descrever abstratamente a sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a norma jurídica tributária. Esta norma, por injunção do princípio da legalidade, repitamos, há que ser sempre veiculada por meio de lei ordinária”.

Quanto aos juros, estes, como é sabido, são frutos acessórios, pela utilização do principal, que é o capital alheio, e a este se agregam – arts. 59 e 60 do CC, 293 do CPC e Súmula 254 do STF.

Pontes de Miranda, ao abordar os juros, afirmou:

“Dois elementos conceituais dos juros são o valor da prestação feita ou a ser recebida e o tempo em que permanece a dívida. Daí, o cálculo percentual ou outro cálculo adequado sobre o valor da dívida, para certo trato de tempo. É o fruto civil do crédito no plano econômico, renda do capital”.

Ainda sobre os juros, podemos subdividi-los conforme a sua natureza em:

a. remuneratórios – decorrentes de convenção, lei ou sentença, a título de rendimento do capital;

b. compensatórios – devidos para indenizar danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens;

c. moratórios – decorrentes do atraso culposo do devedor ao cumprimento da obrigação.

Os juros compensatórios, conforme entendimento do STJ, *não constituem rendimento ou remuneração, mas sim indenização* (grifo), os quais não são tributados como renda porque não acrescem o patrimônio, mas o recompõe (REsp n. 47.449/SP).

Ora, o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/96 dispõe:

“A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial da Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou resti-

tuição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

A taxa Selic não é taxa no sentido formal, mas, sim, índice de indexação e juros. Ao contrário do que afirmou o acórdão, não é índice remuneratório do crédito tributário, mas, sim, moratório, pois decorre do atraso no recolhimento do tributo e compensatório em razão da apropriação indevida do tributo.

Contudo, há autores como Dácio Rolim que entendem que a taxa Selic é apenas compensatória. Parece-me que este é o melhor posicionamento, uma vez que “[...] a Selic pode demonstrar dois momentos diferentes: no primeiro, o contribuinte, sujeito passivo da obrigação, deixa de cumpri-la na época certa, atrasando sua entrega – a incidência da Taxa Selic seria, então, moratória; noutro momento, o Fisco tendo exigido tributo indevido, ou retido sua devolução em clara apropriação compulsória do capital de terceiro daria à taxa o aspecto compensatório”, e prossegue: “Em ambas as hipóteses, a retenção ocasiona desvalorização do capital e um prejuízo aos credores que deixam de auferir as vantagens que esse capital poderia produzir. O particular perde o lucro, o capital, a Fazenda tem sua receita reduzida e, conseqüentemente, os serviços a que se obriga perante a coletividade sofrerão de um decréscimo, como prejuízo para a coletividade e para a segurança nacional.

No STJ, o entendimento predominante é o de que a taxa Selic é de natureza moratória, mas tanto com-

pensatória ou moratória, não acarreta a remuneração do capital constitutivo do tributo não pago, porque inexistente acréscimo do valor principal, mas, sim, mera compensação desse valor pela retenção, quer do contribuinte ou terceiro, quer da Fazenda Pública.

Portanto, a tese do v. aresto de que a Selic representa remuneração de capital é inaceitável, sendo, ademais, minoritária.

No que concerne à imputada afronta ao art. 192, § 3º, da CF, em que se fala em juros reais, o artigo expressamente se refere à *concessão de crédito* (grifo), o que leva à conclusão de que se cuida de empréstimo pecuniário e, nesta acepção, não abrange cobrança, restituição ou compensação de tributo. Logo na incidência é inadmissível, pois se trata de hipóteses diversas. Ademais, deve ser lembrado que o STF, ao julgar a ADIn 4-7-DF, decidiu que o dispositivo não é auto-aplicável, necessitando de regulamentação.

Cumprido salientar que os empréstimos bancários chegam a um patamar de juros de 33,4% e não de 12% (Jornal do Brasil de 19-10-2000).

Também não se sustenta a propositura afronta ao disposto no art. 161, § 1º, do CTN, que é lei complementar, a teor do art. 34, § 5º, da CF/88, o qual estabelece uma limitação de juros de 1% a. m., se de modo diverso não dispuser a lei, o que comprova, ainda, que as taxas de juros podem ser alteradas por lei ordinária.

O argumento da indelegabilidade tributária, *data venia*, não tem a

menor procedência, pois o Bacen não interfere na fixação de taxas de juros e da Selic, e esta foi criada e teve definido seu crédito de fixação por lei. Logo, não há ofensa ao princípio da indelegabilidade tributária.

O mesmo ocorre com o Copom, pois está integrado no corpo do Bacen, estando acobertado da delegação constitucional. Porém, a taxa Selic não se situa no alvedrio do Bacen, como foi dito, mas no do mercado financeiro nacional e se apóia em valores referenciais baseados em fatos previamente ocorridos, os quais vão constituir a taxa, como a lei previu e definiu.

De fato, cumpre salientar que a Resolução n. 1.124 do CMN instituiu a Selic como índice correspondente ao rendimento definido pela taxa média ajustada dos financiamentos apurados por ela, calculados sobre o valor nominal e pago no resgate do título. Assim, é que em 1999, o Bacen, pelas Circulares ns. 2.868/99 e 2.900/99, conceituou a Selic como “taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados pela Selic para títulos federais”.

Melhor esclarecendo, existem 2 tipos de comissão de títulos públicos no mercado financeiro: o mercado primário, que corresponde à emissão pelo próprio Estado, e o mercado secundário, que é composto por títulos já emitidos, mas negociados pelas instituições financeiras pelo Bacen: é o *open market*. Nessas operações, o investidor adquire títulos para revendê-los no dia seguinte. O valor dos juros pagos torna ao juro primário

rio da economia, valendo de referência para todos as demais taxas de juros. De outro lado, a taxa que é diária no *overnight* é acumulada dentro do mês pela obtenção da taxa mensal. Logo, a Selic representa o valor mensal dos juros, pagos na negociação dos títulos emitidos pelo Estado e negociados pelas instituições financeiras, ensejando que a Selic remunere o capital financeiro e financie o déficit estatal (*in* Hibráhim Fábio Zambíhe, “O Conceito de Juro e a Aplicabilidade da Taxa Selic aos Créditos Previdenciários, IOB Juris n. 3, 1ª quinzena de fevereiro/2000, p. 81 a 85).

O argumento básico daqueles que defendem a inconstitucionalidade da taxa Selic para fins tributários é que a aludida taxa não foi criada por lei, prestando-se somente para o mercado financeiro, mas não para matéria tributária, em face do princípio da legalidade.

Ora, segundo Bulos: “o ordenamento jurídico constitucional representa o pressuposto de toda a organização do Estado, por conseguinte, é curial que seja compreendido assim o exigir, importa inexista método específico para a interpretação da Constituição, esclareça-se desde já” (*in* Vadi Lammêgo, *Mutações Constitucionais*, SP, Saraiva, 1997, p. 95).

Assim, repete-se, o princípio da legalidade tributária tem seus componentes no art. 146 da CF, que são o fato gerador, os contribuintes, a base de cálculo e a alíquota.

Também o § 1º do art. 161 não foi violado, posto que se refere “se a lei não dispuser de modo diverso, os

juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês”. A Lei n. 9.250 determina que a Selic será utilizada como juros de mora e como taxa de juros. Daí por que o princípio da legalidade não foi afrontado.

Concluindo esta parte, podemos distinguir que “em direito tributário, o juro recompõe o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo. A multa é para punir, assim como a correção monetária é para garantir, atualizando o poder de compra da moeda” (Sacha Calmon, *Teoria e Prática das Multas Tributárias*, RJ, Forense, 2ª ed., 1993, p. 82, Amador Outorelo Fernandes, *O Problema da Correção Monetária da Multa*, RT 64, 1975, vol. 981, p. 32 a 43 e 35, José Eduardo Soares de Melo, *Sanções Tributárias Inconstitucionais*, IOB n. 18, 2ª quinzena, 1998, p. 453 a 456).

Também não ocorreu delegação do Legislativo para o Executivo, uma vez que não é o Bacen que determina o percentual da taxa de juros, mas o Legislativo. Os que defendem a inconstitucionalidade da Selic sustentam que o Poder Executivo influencia o percentual, gerando vício à formalização correta da exigência fiscal. Se assim fosse, todos os índices de correção monetária seriam inconstitucionais por vício de delegação vedada, uma vez que todas se servem do IBGE – órgão estatal utilizado para a formalização desses índices.

Na verdade, várias instituições públicas ou privadas ofereceram vários índices de inflação e correção monetária, cabendo a escolha ao Legislativo daquele que deve ser aplica-

do em matéria tributária, o que é permitido constitucionalmente, não cumprindo ao Judiciário intrometer-se nas funções do Poder Executivo – controle dos limites de juros e apuração das taxas inflacionárias – muito menos nas do Poder Legislativo – na escolha e no estabelecimento do índice de correção monetária e da taxa de juros que deverá incidir em matéria tributária.

A questão de ser a taxa Selic mais gravosa do que outros índices de atualização não acarreta, inopinadamente, a sua inconstitucionalidade.

Ademais, recentemente com o advento da Emenda Constitucional n. 40/03, a celeuma relativa aos juros constitucionais de 12% esvaziou-se, sendo reforçado o entendimento da constitucionalidade da Selic.

“Desse modo, retirada a limitação dos juros (art. 192 pela EC n. 40/03), incabíveis discussões acerca da constitucionalidade da aplicação da Selic, haja vista que não há mais limitação à fixação de juros, bem como inaplicável o art. 161 do CTN, que, por ser norma de caráter geral, cede ao caso especial definido pela Lei n. 9.065/95, e, em Santa Catarina pelas Leis ns. 5.983/81, 10.297/96 e 10.369/97” (Rafael José Cardoso Gil, artigo publicado em 14-8-03, no *site* Espaço Vital – www.espacovital.com.br/artigorafael1.htm).

Julgo improcedente a argüição.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e dele parti-

ciparam, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Gastaldi Buzzi, Cesar Abreu, Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik, Souza Varella, e Cláudio Barreto Dutra, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto – relator originário, Luiz César Medeiros, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos e Silveira Lenzi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rize-lo.

Florianópolis, 2 de abril de 2003.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto:

Ementa aditiva

1. A correção monetária foi introduzida no ordenamento jurídico com a edição da Lei n. 4.357, em 1964, que criou as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), visando a preservar o “poder aquisitivo da moeda nacional”. Conforme a jurisprudência, a correção monetária “não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas um *minus* que se evita. Quem paga correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve. Quem recebe sem correção, não recebeu aquilo que por lei ou contrato lhe era devi-

do; recebeu quiçá a quantia meramente simbólica, de valor liberatório aviltado pela inflação” (REsp n. 7.326, Min. Athos Carneiro), impondo-se a sua aplicação “como imperativos econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem justa causa” (REsp n. 173.458, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) até “mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão” (REsp n. 2.430, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

2. A Constituição Federal assegura o direito de propriedade (arts. 5º, XXII; 170, II), estando nele compreendido o direito de crédito. A atualização do valor do crédito por critério que não retrate a real perda do poder aquisitivo da moeda gerará indevida vantagem ao devedor, se inferior a ela, ou ao credor, se superior.

3. O Supremo Tribunal Federal decidiu que “a TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda” (ADIn n. 493).

Assim como a TR, também a Taxa Selic não constitui “índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda nacional”.

1. A respeito da inconstitucionalidade da Taxa Selic como critério para atualização da dívida fiscal faz-se necessária breve digressão.

1.1. A *correção monetária* foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por inspiração de Octávio Gouvêa de Bulhões (Ministro da Fa-

zenda) e Roberto Campos (Ministro do Planejamento) com a edição da Lei 4.357, em 1964, que criou as Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN). Como está expresso na lei, visava-se a preservar o “poder aquisitivo da moeda nacional”.

Está pacificado na doutrina e na jurisprudência que a correção monetária “não é um *plus* que se adiciona ao crédito, mas um *minus* que se evita. Quem paga correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve. Quem recebe sem correção, não recebeu aquilo que por lei ou contrato lhe era devido; recebeu quiçá a quantia meramente simbólica, de valor liberatório aviltado pela inflação” (REsp n. 7.326, Min. Athos Gusmão Carneiro, *in* RSTJ 33/462), impondo-se a sua aplicação “como imperativos econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem justa causa” (REsp n. 173.458, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) até “mesmo nos contratos pactuados sem sua previsão” (REsp n. 2.430, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

1.2. Os Estados detêm competência concorrente para legislar sobre “*direito tributário*” (CF, art. 24, I). Inse-re-se nela a legitimidade para fixar parâmetro para correção do valor das obrigações tributárias.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça abaixo referidos respaldam a tese:

“O acórdão recorrido, a luz apenas do exame em face a legislação infraconstitucional, orientou-se no sentido de que os índices calculados pela

FIPE eram oficiais e que por isso podiam servir de base a Ufesp para a correção monetária do ICMS.

“Assim, sendo esses índices oficiais, podem eles, com base na competência concorrente dos Estados para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico (art. 24, I, da Constituição Federal), ser usados para a correção monetária do ICMS devido ao Estado-Membro, porquanto, não tendo havido, por parte de legislação federal, a desindexação total dos tributos, podem os Estados-membros, à falta de índice específico federal, adotar índices oficiais próprios (e isso foi decidido, apenas com base na legislação infraconstitucional, como salientei acima) para essa correção, sem violação ao sistema monetário federal, que continuou a admitir a indexação” (AgRgAl n. 161.793, Min. Moreira Alves).

“A atualização de crédito tributário é matéria financeira e não tributária e, naquilo que não é regulada por norma geral de direito financeiro, insere-se na competência dos Estados para legislar concorrentemente (Constituição Federal, art. 24)” (AgRgAl n. 41.901, Min. Pádua Ribeiro).

“Os Estados criam imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e podem dispor sobre a sua atualização. Extinta a OTN, a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — Ufesp, passou a ser atualizada pelo índice do IPC. A simples atualização monetária do débito não representa aumento de imposto”

(EDREsp n. 995, Min. Jaci Garcia Vieira).

“A jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que podendo os Estados-Membros, por força do art. 24, I, da Constituição Federal, legislar concorrentemente sobre direitos tributário, financeiro e econômico, era lícito ao Estado de São Paulo, à míngua de obstáculo na legislação federal quanto à indexação de tributos e à instituição de índice próprio, criar a Ufesp e reajustá-la de conformidade com o IPC-FIPE. No rumo dessa orientação, pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a legislação estadual não contrariou nem negou vigência à lei federal, nem foi validada em seu detrimento” (AgRgAl n. 140.503, Min. Aldir Passarinho).

“Carecem de fundamentos as assertivas de que a Ufesp não pode funcionar como indexador monetário dos débitos fiscais. A Lei Paulista n. 6.374/89 tem validade, por visar atualizar quaisquer débitos fiscais estaduais e, como os Estados-Membros possuem autonomia para fixar seus próprios índices de correção monetária, não há como prosperar o argumento de que a União tem competência para legislar sobre a correção monetária, ditando os índices pertinentes. Precedentes desta Corte Superior” (AgRgREsp n. 363.497, Min. José Delgado).

Não se pode reconhecer aos Estados, contudo, legitimidade para fixar os parâmetros para atualização monetária das próprias obrigações

que vierem a ser adimplidas com atraso. No acórdão relativo à Apelação Cível n. 1999.006227-9, anotei que “os débitos da Fazenda Pública devem ser corrigidos de acordo com a variação dos índices oficiais de apuração da inflação. Não se pode considerar como parâmetro de correção monetária aquele instituído em lei editada pelo próprio devedor, salvo se expressamente pactuado pelas partes”. Esse entendimento é adotado pela Câmara: Ap. Cív. ns. 2000.005535-2, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, e 1998.013608-3, rel. Des. Luiz César Medeiros.

1.3. A Constituição Federal assegura o direito de propriedade (arts. 5º, XXII; 170, II). *Propriedade* no sentido amplo, compreendendo os bens materiais (também chamados de “tangíveis” ou “corpóreos”) e imateriais (também denominados de “intangíveis” ou “incorpóreos”). Nesses se insere o *direito de crédito* (Arnaldo Rizzardo, *Parte Geral do Código Civil*, Forense, 1ª ed., 2002, p. 277 e 278).

Sobre os fundamentos do direito de propriedade à luz da Constituição Federal, da doutrina colho as lições que seguem:

“O conceito de propriedade previsto na Constituição vigente é bem amplo. No direito civil o direito de propriedade é o direito de usar, gozar e dispor de uma coisa. No direito constitucional o conceito é mais amplo, pois representa um direito de conteúdo econômico-patrimonial. A garantia do direito de propriedade não se limita por consequência ao direito real, mas também incide nos direitos

pessoais, de fundo patrimonial. Caso se concedesse uma interpretação restritiva ao direito de propriedade, não estariam tutelados os créditos, que não teriam a tutela jurídico-constitucional e que poderiam ser desapropriados sem indenização, o que não é o caso. A propriedade imóvel não é o único bem e fonte de riqueza, daí o sentido amplo do texto constitucional e o entendimento uniforme da jurisprudência. O mesmo pensamento é tomado por juristas como Giese e Hans Juergen Abraham sobre o art. 153 da Constituição de Weimar, de 1919” (Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição brasileira*, Saraiva, v. I, p. 102 e 103).

“Quem se dispõe a interpretar o texto em epígrafe tem como problema inicial o de determinar o que significa, no mesmo, propriedade. A primeira inclinação é a de dar ao termo o sentido com que o toma o direito civil: direito de usar, gozar e dispor de uma coisa. Entretanto, se essa fosse a definição verdadeira, os demais direitos patrimoniais, os créditos, por exemplo, não seriam constitucionalmente protegidos, podendo ser expropriados sem indenização. Ora, isso seria absurdo, na medida em que a propriedade imóvel não é mais a única fonte de riqueza almejada e em que créditos constituem a fortuna de muitos ricos e o pecúlio de alguns pobres. Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, no texto em exame, a Constituição consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direi-

to de seu patrimônio sem justa indenização” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição brasileira, p. 614).

“À evidência, o conceito de propriedade diz respeito à propriedade material e imaterial, sendo o contrato forma de exteriorização de direitos relacionados à propriedade.

[...]

“Ora, o titular de um crédito é um proprietário deste crédito, sendo, pelo princípio da patrimonialidade, assegurado seu direito de recebê-lo, nos termos pactuados” (Ives Gandra Martins, Vox Legis, maio/junho, 1991, p. 2).

“Direito de propriedade é todo e qualquer direito patrimonial, sendo irrelevante o fato de incidir — ou não incidir — sobre bem corpóreo, incorpóreo, direito real” (J. Cretella Júnior, Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, 3ª ed., vol. I, p. 300).

Não pode a lei estabelecer parâmetro de correção monetária que não traduza a real perda do “poder aquisitivo da moeda nacional”. Se não for observada essa regra, no âmbito do direito privado, haverá violação ao direito de propriedade; no do direito tributário, lesão ao erário (quando devedora a Fazenda Pública) ou confisco (quando credora). Em qualquer dessas hipóteses estará a lei viciada de inconstitucionalidade.

Geraldo Benfca Teixeira, advogado em Porto Alegre, bem analisou a matéria:

“As conseqüências jurídicas do não reconhecimento da correção monetária integral ao crédito pelo empréstimo compulsório são a configuração do confisco, vedado desde a Constituição anterior (art. 153), e a desfiguração do empréstimo compulsório. Com efeito, ao não atribuir a correção monetária plena aos créditos do contribuinte, óbvio é que se apropria de parcela significativa do patrimônio desse contribuinte. Pontes de Miranda, ainda sob a Constituição anterior, definiu o confisco como ‘[...] agressão política, ou medida de defesa política, que retira a alguém, pessoa física ou jurídica, a propriedade de algum bem, ou de alguns bens, ou patrimônio, sem a indenização conforme a lei’ (Comentários à Constituição de 1967, Tomo V, p. 402). A Constituição de 1988, em seus artigos 5º, XXII, e 150, IV, consagra o direito à propriedade e a vedação de utilização do tributo com efeito de confisco, que mais se caracteriza pela circunstância de que estamos a tratar de um empréstimo compulsório cuja essência exige a restituição do que é temporariamente retirado do patrimônio do contribuinte. Com efeito, se uma parcela do patrimônio é retirada a título de empréstimo e não sofre a plena restituição, há evidente diminuição desse patrimônio, ou da propriedade. Hugo de Brito Machado comenta, a respeito, que a vedação aos tributos confiscatórios é uma decorrência da garantia constitucional da propriedade, pelo que, mesmo sem um dispositivo constitucional vedando, especificamente, o tributo com efeito de confisco, essa vedação se-

ria decorrência lógica, em todas as Constituições que garantem o direito de propriedade (Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, São Paulo, RT, 1989, p. 66)” (A ilegalidade da sistemática de correção monetária dos créditos do empréstimo compulsório eletrobrás, Revista de Estudos Tributários 1 – mai./jun. de 1998, p. 33).

1.4. O Código Tributário Nacional, editado posteriormente à Lei n. 4.357/64, prescreve:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

“§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

“§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito”.

No tocante à correção monetária, o § 2º do art. 97 estabelece:

“Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”.

Nesse contexto, torna-se necessário perquirir se a Taxa Selic retribui a real perda do “poder aquisitivo da moeda nacional”; se pode ou não

ser utilizada como fator de correção monetária das dívidas fiscais.

1.5. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493, os Ministros Moreira Alves, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Sidney Sanches, divergindo dos Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio, afirmaram que “a TR é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda nacional”.

Também para o Superior Tribunal de Justiça “a taxa referencial de juros – TR – não é índice de correção monetária e, portanto, como tal não pode ser utilizada” (REsp n. 59.083, Min. César Asfor Rocha). Proclamou essa Corte que “o índice de correção monetária dos débitos de contribuição previdenciária é o do INPC e não o da TR” (REsp ns. 193.999, Min. Hélio Mosimann, e 197.534, Min. Garcia Vieira).

O eminente relator, Des. Anselmo Cerrelo, reconhece que a “Selic é o custo que os bancos comerciais têm para obter dinheiro do Banco Central, fazendo com que a taxa em apreço seja o parâmetro para todos os setores da economia”. Adiante, acrescentou:

“Quando um banco comercial capta recursos do Bacen, a sua quitação se faz com títulos públicos em quantidade correspondente ao dinhei-

ro recebido – lastro em títulos federais – para tanto, o Bacen cobra uma taxa extra decorrente da Selic.

“Por sua vez, os bancos ao efetuarem um empréstimo, cobram a ‘taxa’ Selic e mais um adicional correspondente aos seus serviços operacionais, seguros e lucros, que é o denominado *spread*.”

“A taxa Selic pode variar dia-a-dia, sendo considerado o seu valor mensal, que é fixado em reuniões públicas do Copom – Comitê de Política Monetária – que, para tanto, toma por base equações algébricas que levam em conta alguns objetivos macroeconômicos, tais como a meta inflacionária, câmbio, hiato de produção – diferença do PIB potencial e real dos bens, etc.

“Assim, por exemplo, se a inflação dá sinais de que vai aumentar, podendo ultrapassar a meta anual fixada, o Copom aumenta os juros, desaquecendo a economia – custo mais alto do capital – o que reduz a demanda por produtos e serviços.

[...]

“A taxa Selic não é taxa no sentido formal, mas sim índice de indexação e juros. Ao contrário do que afirmou o acórdão, não é índice remuneratório do crédito tributário, mas sim moratório, pois decorre do atraso no recolhimento do tributo e compensatório em razão da apropriação indevida do tributo.

Contudo, há autores como Dácio Rolim que entendem que a taxa Selic é apenas compensatória. Parece-me que este é o melhor posicionamento, uma vez que “[...] a Selic pode

demonstrar dois momentos diferentes: no primeiro, o contribuinte sujeito passivo da obrigação, deixa de cumprir-na na época certa, atrasando sua entrega – a incidência da Taxa Selic seria, então, moratória; noutro momento, o Fisco tendo exigido tributo indevido, ou retido sua devolução em clara apropriação compulsória do capital de terceiro daria à taxa o aspecto compensatório”, e prossegue: ‘Em ambas as hipóteses, a retenção ocasiona desvalorização do capital e um prejuízo aos credores que deixam de auferir as vantagens que esse capital poderia produzir. O particular perde o lucro, o capital, a Fazenda tem sua receita reduzida e, conseqüentemente, os serviços a que se obriga perante a coletividade sofrerão de um decréscimo, como prejuízo para a coletividade e para a segurança nacional’.

“No STJ, o entendimento predominante é o de que a taxa Selic é de natureza moratória, mas tanto compensatória ou moratória, não acarreta a remuneração do capital constitutivo do tributo não pago, porque inexistente acréscimo do valor principal, mas sim mera compensação desse valor pela retenção quer do contribuinte ou terceiro, quer da Fazenda Pública”.

Sob o aspecto enfocado, ou seja, como paradigma para determinação do *quantum* da desvalorização da moeda, não vislumbro distinções entre a TR e Taxa Selic. Esta, tanto quanto aquela, “é um indexador para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, refletindo as variações do custo primário da captação

dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”, na expressão do Ministro Moreira Alves. Ou, conforme o Ministro Franciulli Netto, representa “o juro médio mensalizado e ajustado das operações compromissadas efetuadas com os títulos do Tesouro Nacional e do Banco Central registrados no Selic. Em outras palavras, a Taxa Selic reflete a remuneração dos agentes econômicos pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Mobiliária Federal interna”.

Os fundamentos constantes do voto proferido no julgamento do Recurso Especial n. 291.257 revelam o aprofundado estudo realizado por Sua Excelência acerca do tema:

“O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic, mecanismo eletrônico centralizado de controle diário da custódia, liquidação e operação de títulos públicos por computadores, foi criado em 14 de novembro de 1979, basicamente, para dar mais segurança, agilidade e transparência aos negócios efetuados com títulos.

“Segundo a Circular Bacen n. 2.727/96, o Selic ‘destina-se ao registro de títulos e depósitos interfinanceiros por meio de equipamento eletrônico de teleprocessamento, em contas gráficas abertas em nome de seus participantes, bem como ao processamento, utilizando-se o mesmo mecanismo de operações de movimenta-

ção, resgates, ofertas públicas e respectivas liquidações financeiras’.

“Destarte, são registrados no Selic títulos públicos do Tesouro Nacional e do Banco Central, como as Letras do Tesouro Nacional — LTN, Letras Financeiras do Tesouro — LFT, Notas do Tesouro Nacional — NTN, Notas do Banco Central do Brasil — NBC, Bônus do Banco Central do Brasil — BBC e Letras do Banco Central do Brasil — LBC, entre outros.

“Em princípio, a Taxa Selic foi instituída com a finalidade de medir a variação existente entre operações do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia. Possuía, ainda, característica de juros remuneratórios, cujo objetivo era premiar o capital investido pelo tomador de títulos da dívida pública federal, como rendimento da denominada Letra do Banco Central do Brasil — LBC.

“O melhor conceito de Taxa SELIC é o encontrado na Circular Bacen n. 2.868, de 4 de março de 1999 e na Circular Bacen n. 2.900, de 24 de junho de 1999, ambas no artigo 2º, § 1º, *in verbis*:

‘Define-se Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais’.

“A Taxa Selic, assim, reflete a liquidez dos recursos financeiros no mercado monetário. É um indicador da taxa média de juros nas operações chamadas *overnight* e sua meta é a de, a um tempo, cobrir a defasagem da moeda ocasionada pela inflação e remunerar os investidores.

“Mesmo sem definição e instituição legal da Taxa Selic para fins tributários, os legisladores inseriram-na em diversos diplomas legais como taxa de juros, não mencionando explicitamente em todos os casos que espécie de juros seriam esses.

[...]

“A utilização da Taxa Selic como remuneração de títulos é perfeitamente legal, pois, toca ao Bacen e ao Tesouro Nacional ditar as regras sobre os títulos públicos e sua remuneração. Nesse ponto, nada há de ilegal ou inconstitucional. A balda exsurgiu quando se transplantou a Taxa Selic, sem lei, para o terreno tributário.

“Com o advento da Lei n. 9.065/95, que recepcionou a Medida Provisória n. 947, de 22 de março de 1995, houve alteração do inciso I do artigo 84 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995 (que dispõe sobre legislação tributária), substituindo os juros de mora equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Pública Mobiliária Federal interna (DPMFi), pela indigitada Taxa Selic. Essa foi a primeira aparição da Taxa Selic no campo tributário.

“O artigo 13 da Lei n. 9.065/95, que alterou o inciso I do artigo 84 da Lei n. 8.981/95, não definiu o que seja a Taxa Selic, mas apenas determinou a aplicação de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), como igualmente se verificou na redação de outras leis.

[...]

“O *overnight* é o expediente usado para a venda de um título negociável, em operação compromissada, por parte de um banco, financiador ou aplicador, para outra instituição, pelo período em geral de um dia, sob o compromisso de que o comprador o revenderá e de que o vendedor o recomprará no dia seguinte ou na data avençada. Por essa operação, que se assemelha a um empréstimo, o comprador cobra uma taxa, que está embutida no valor do negócio. Sobre a diferença entre o valor pago pelo título e o valor da revenda, calcula-se a Taxa Selic.

[...]

“Percebe-se, então, que a Taxa Selic *não* é calculada sobre a diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos, como comumente se tem dito, mas *sim* sobre os juros cobrados nas operações de *overnight* (que consiste na venda do título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra).

“As operações definitivas não entram na base de cálculo da média ajustada obtida com a apuração dos financiamentos efetuados com os títulos públicos federais registrados no Selic, porque não há a recompra, o que acarreta a falta de um dos elementos para composição da respectiva fórmula.

“A Taxa Selic, ou *over-selic*, dessa forma, não afere a captação do Tesouro Nacional com títulos da Dívida Mobiliária Federal interna, mas o juro médio mensalizado e ajustado das operações compromissadas efetuadas com os títulos do Tesouro

Nacional e do Banco Central registrados no Selic. Em outras palavras, a Taxa Selic reflete a remuneração dos agentes econômicos pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Mobiliária Federal interna.

[...]

“O que causa espécie é que a primeira formalidade a respeito de como seria calculada a Taxa Selic são duas circulares administrativas do Banco Central, que estabeleciam ao Copom a competência para divulgar a Taxa Selic. O curioso é que essas Circulares, de ns. 2.868 e 2.900, são de 4 de março e 24 de junho de 1999, respectivamente. Nenhuma das duas explicou a mecanicidade intrínseca do cálculo (*modus operandi*). Delas consta, apenas, que se define ‘Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais’.

“Legalmente, não há sequer norma esclarecendo essa definição, por sinal obscura, já que não traz a periodicidade da abrangência de seu cálculo, a data limite para divulgação, quem deveria aprovar a metodologia de seu cálculo etc. As leis que determinam a aplicação da Taxa Selic simplesmente dizem que os juros serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais, acumulada mensalmente. A lei realmente clarificou que deveria ser calculada mês a mês. Mas, indaga-se: quem

deveria regulamentá-la? A taxa referencial do Selic prevista na lei seria a Taxa Selic *definida* pelas Circulares ns. 2.868 e 2.900 ambas de 1999. Mas as Leis ns. 9.250 e 8.981 são de 1995 e as Circulares são de 1999!

“Impõe-se considerar, ainda, que o Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil (Copom) divulga mensalmente a *meta* a ser atingida pela Taxa Selic, ou seja, a estimativa dos juros. Sempre visando à correção dos rumos da economia brasileira, o presidente do Bacen tem o poder de alterar essa meta com o emprego do denominado viés, prerrogativa acionada quando o nível de incerteza recomenda atuação mais flexível da autoridade monetária, que é a utilização da faculdade de alterar a meta para a Taxa Selic entre reuniões do Copom ou a readaptação do percentual estimado.

“É de ver, assim, que a mácula não se dá pela ausência de lei normatizando administrativamente o Selic, mas pela inexistência de lei instituído, definindo e dizendo como deve ser calculada a Taxa Selic. Entre outras razões, o vício decorre da:

“a) impossibilidade de se aferir correção monetária *ante acta*, ou seja, por mera estimativa do que poderá vir a ocorrer;

“b) ilegalidade da cobrança de juros maiores que 1%, sem lei *tributária* explicitando esse novo percentual;

“c) incidência de *bis in idem* na aplicação da Taxa Selic concomitantemente com o índice de correção monetária;

“d) aplicação de juros de natureza remuneratória em tributos.

“Enfim, por todas as artimanhas que, em verdade, acabam por aumentar sem lei o valor a ser desembolsado pelo contribuinte.

“Se tais pechas contaminam a arrecadação, igual defeito existirá nas hipóteses de compensação ou restituição.

“Para que a Taxa Selic pudesse ser albergada para fins tributários, havia imperiosa necessidade de lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, por ser notório e agora até vetusto o princípio de que o contribuinte deve de antemão saber como será apurado o *quantum debeatur* da obrigação tributária. Por outra perspectiva, é mera falácia a assertiva de que a incidência da Taxa Selic não é defesa em lei, por não implicar majoração da base de cálculo do tributo ou da alíquota. A Taxa Selic, como será amiudadamente examinado, ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Tanto a correção monetária como os juros, em matéria tributária, devem ser estipulados em lei, sem olvidar que os juros remuneratórios visam a remunerar o próprio capital ou o valor principal. A Taxa Selic cria a anômala figura de tributo rentável. Os títulos podem gerar renda; os tributos, *per se*, não.

“Despiciendo lembrar que não cabe à lei, de regra, definir ou conceituar institutos jurídicos, axioma que se aplica, é claro, para os institutos ju-

rídicos consagrados, cuja definição e explicitação é mister atribuído aos juristas e doutrinadores. A Taxa Selic, é curial, está longe, muito longe, de ser um instituto jurídico a dispensar melhor dilucidação, razão pela qual era de rigor sua conceituação legal para penetrar no campo do Direito Tributário.

“Analisando as hipóteses, porém, em que o legislador optou pela incidência da Taxa Selic, infere-se que quis extrair dos tributos e das contribuições previdenciárias rendimentos atualizados.

[...]

“Em verdade, pretendeu-se aplicar com a Taxa Selic, um misto de ganho de capital e neutralização dos efeitos da inflação. A rigor, não se pode dizer que a Taxa Selic seja correção monetária, pois, esta, sabem-no todos, é o fator de readaptação do valor monetário corroído pelos efeitos da inflação, que apenas pode ser aferida *a posteriori*, por metodologia própria centrada notadamente na variação de preços dos produtos e serviços escolhidos para esse fim. A Taxa Selic, como se observou, é apurada segundo a taxa média das operações com títulos públicos federais calculados com base nas operações de financiamento (*overnight*) do mercado aberto.

“Da interpretação do quadro *supra*, igualmente, deduz-se que foram também embutidos juros, pois, se diferente fosse, ter-se-ia um valor inexplicável para a Taxa Selic, na hipótese de voltar-se o objetivo do sistema apenas para forrar os investido-

res dos efeitos da desvalorização da moeda.

“Nessa linha de raciocínio, houve indisfarçável intenção de remunerar o investidor em termos competitivos, quer dizer, estimulantes, levando em conta outras possíveis opções existentes no mercado.

“Se assim é, como assim parece ser, a primeira indagação que se faz é a seguinte: É legal equiparar o contribuinte ao aplicador ou o investidor? A resposta só pode ser negativa, uma vez que se não pode olvidar que o Direito Tributário tem toda a sua organicidade estruturada na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, que, como é sabido, está equiparado à lei complementar.

“Em matéria tributária, tanto a correção monetária como os juros devem ser previstos em lei.

“Nesse diapasão, nunca é demais insistir na questão fundamental do problema, assentada no fato de que a Taxa Selic não foi criada por lei.

[...]

“*Data maxima venia*, a lei tributária não se pode valer de circulares ou resoluções que alteram as regras sobre a correção monetária e juros, notadamente quando essas circulares ou resoluções foram baixadas para outro fim, de modo especial, se for lembrado que nenhuma lei delegou ao Bacen ou ao Copom a divulgação da Taxa Selic para fins tributários.

“A Taxa Selic mede o aumento dos negócios realizados entre instituições financeiras, mas não, por exemplo, o aumento da cesta básica, dos

bens de consumo, perda do poder aquisitivo da moeda etc. A Taxa Selic reflete outra realidade, razão pela qual é imprestável como índice de correção monetária.

“De outra parte, o artigo 161, § 1º, do CTN, com força de lei complementar, diz que os juros serão de 1%, se a lei não dispuser em contrário. A lei ordinária não criou a Taxa Selic, mas, tão-somente, estabeleceu seu uso, contrariando a lei complementar, pois esta só autorizou juros diversos de 1%, se lei estatuir em contrário. Para que lei estabeleça taxa de juros diversa, essa taxa deverá ser criada por lei, o que não é o caso da Taxa Selic. Então, somente seria possível sua aplicação se seus juros correspondessem a exato 1%, conforme dispõe esse dispositivo, ou percentual menor.

“Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da Taxa Selic em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos de frente se quedam os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica. Fixada a Taxa Selic por ato unilateral da Administração, além desses princípios, fica também vergastado o princípio da indelegabilidade de competência tributária. Se todo tributo deve ser definido por lei, não há esquecer que sua quantificação monetária ou a mera readaptação de seu valor, bem como os juros, devem ser, também, previstos por lei”.

Na doutrina multiplicam-se lições que respaldam os fundamentos e a conclusão do voto do eminente Mi-

nistro (Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva, Da impossibilidade de se utilizar a Selic como taxa de juros moratórios incidentes sobre débitos de natureza fiscal, *in* RDDT 14/11; Maristela Miglioli Sabbag, A Taxa Selic como juros moratórios, *in* RDDT 49/65; Gabriel Lacerda Troianelli, Sobre a aplicabilidade da Taxa Selic em matéria tributária, *in* RDDT 57/56; Flávio Campos, Inconstitucionalidade da Taxa Selic como indexador de débitos tributários, *in* RDDT 56/50; Ives Gandra Martins, Ilegalidade e inconstitucionalidade da Taxa Selic para correção de débitos tributários, *in* RDDT 58/54; Achilles Augustus Cavalo, Selic – Sua aplicação e limites, *in* RDDT 62/7).

Não é razoável supor que a Taxa Selic será inferior ao percentual dos juros remuneratórios e da correção monetária. É provável e previsível, no entanto, que poderá ultrapassá-lo em muito, como ocorreu em outubro de 2002, quando o Conselho de Política Monetária (Copom) elevou a Taxa Selic de 18,5% para 21% a.a. Ou o ocorrido em 1998, ano da denominada “crise da Rússia”. A Taxa Selic registrou o elevado índice de 25,59% (vinte e cinco vírgula cinquenta e nove pontos percentuais), quando, no mesmo período, o INPC, coeficiente eleito pelo Superior Tribunal de Justiça como aquele que melhor reflete a perda do “poder aquisitivo da moeda nacional” (REsp ns. 256.427, Min. Franciulli Netto; 424.154, Min. Garcia Vieira; e 152.981, Min. Milton Luiz Pereira), foi de apenas 2,49% (dois vírgula quarenta e nove pontos percentuais). Ou seja, sem qualquer outra razão senão a de

viabilizar a captação de recursos no mercado financeiro internacional, o Banco Central elevou a Taxa Selic muito acima do INPC. Nessa mesma injustificável proporção foi elevada a dívida tributária dos devedores do Fisco.

Reforçando esses exemplos, ao sustentar a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic como parâmetro para mensuração da perda “do poder aquisitivo da moeda nacional”, o advogado Luiz Alberto F. de Freitas anotou:

“A Selic é uma taxa de remuneração de capital investido. Quando o contribuinte deixa de recolher impostos e contribuições é obrigação do Fisco efetuar o lançamento e não agir como agente financeiro e cobrar juros. Os juros devem sempre ser moratórios, destinados a: de um lado, penalizar o devedor e; de outro, propiciar uma remuneração mínima ao credor. Nunca, em hipótese alguma, aplicação de juros deve equiparar a dívida tributária à operação de financiamento. Apenas para estabelecer um quadro comparativo tomemos como exemplo uma dívida de R\$ 100,00 em 1º de janeiro de 1995, sobre a qual aplica-se: juros Selic, juros moratórios de um por cento ao mês e atualização pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas. De acordo com a tabela a seguir a correção pelo IGP-DI em 31-12-2001 seria de R\$ 83,19, computando-se juros de 1% ao mês teríamos R\$ 84,00 e os juros Selic renderiam R\$ 166,40” (Da ilegalidade e da inconstitucionalidade da cobrança de juros Selic sobre os débitos fiscais em atraso, *in site* Jus Navigandi).

Para melhor ilustrar a sua conclusão, elaborou quadro comparativo da variação do IGP-DI e da Taxa Selic:

Ano	IGP-DI	Juros1%am	Jur.SELIC
1995	14,78%	12%	38,71%
1996	22,29%	24%	63,18%
1997	24,33%	36%	85,53%
1998	26,44%	48%	111,11%
1999	51,72%	60%	134,13%
2000	65,93%	72%	150,32%
2001	83,19%	84%	166,40%

1.6. A equidade e a isonomia têm sido invocadas para justificar a utilização da Taxa Selic. Afirma-se que “a isonomia é resguardada, visto que a Lei Estadual prevê a aplicação da taxa Selic, que traduz rigorosa igualdade de tratamento entre o contribuinte e o Fisco” (ADIMC 2214, Min. Maurício Corrêa). Ou, como inscreveu o eminente relator do acórdão, a “Fazenda Federal passou não só a cobrar a taxa Selic, como também a pagar”.

Data maxima venia, o argumento é equivocado e não tem sustentação na realidade dos fatos. O montante do crédito fiscal da União, dos Estados e dos Municípios é em muito superior ao das dívidas dessas entidades. Assim, quanto mais elevada for a Taxa Selic, maior será a diferença entre a receita e a despesa com os encargos da mora.

Se na restituição do indébito a correção monetária não-integral representa disfarçado confisco, o mesmo raciocínio vale em relação à dívida fiscal quando a correção monetária

exceder o montante da perda do “poder aquisitivo da moeda nacional”.

1.7. Disse o eminente relator que a “tese do v. aresto de que a Selic representa remuneração de capital é inaceitável, sendo, ademais, minoritária”. Essa afirmação contraria aquela em que Sua Excelência reconhece que a “Selic é o custo que os bancos comerciais têm para obter dinheiro do Banco Central, fazendo com que a taxa em apreço seja o parâmetro para todos os setores da economia”. É evidente que as instituições financeiras adquirem títulos da dívida pública visando à remuneração do capital investido.

2. À vista do exposto, concluo que:

2.1. a Taxa Selic não constitui coeficiente que sirva de parâmetro para aferir a perda do poder “aquisitivo da moeda nacional”;

2.2. a Taxa Selic é prejudicial ao erário estadual quando utilizada para correção monetária das suas dívidas e constitui confisco quando aplicada para atualização dos seus créditos;

2.3. é inconstitucional (CF, art. 150, IV) e ilegal (CTN, art. 161, § 2) o art. 69 da Lei Estadual n. 5.983/81, com a redação da Lei Estadual n. 10.297, de 26-12-96, que elegeu a Taxa Selic como fator para correção da dívida fiscal.

3. As expostas foram as razões do dissenso.

Newton Trisotto

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros:

Dissenti do douto voto majoritário pelas razões judiciosamente declinadas pelo eminente Desembargador Newton Trisotto.

Luiz César Medeiros

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manuel Abreu:

1. Ouso divergir dos votos proferidos pelos Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Mazoni Ferreira, Gastaldi Buzzi, Cesar Abreu, Francisco Oliveira Filho, Alberto Costa, Gaspar Rubik, Souza Varella e Cláudio Barreto Dutra, por entender inconstitucional a utilização da Selic como indexador.

2. Pelo meu voto, reconhecia-se a inconstitucionalidade argüida.

A “Selic”, Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, é calculada com base no rendimento médio, no mercado financeiro, das operações de financiamento por um dia. É utilizada como fator de rendimento das Letras Federais do Tesouro, conforme regulamenta o Decreto n. 3.859, de 4 de julho de 2001.

Segundo informação do Banco Central do Brasil, “a Taxa Selic se origina de taxas de juros efetivamente observadas no mercado. As taxas de juros relativas às operações em questão refletem, basicamente, as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta *versus* demanda de recursos). Estas taxas de juros não sofrem influência do risco do tomador de recursos financeiros nas operações compromissadas, uma vez que o lastro oferecido é homogêneo. Como todas as taxas de juros nominais, por outro

lado, a Taxa Selic pode ser decomposta *ex post*, em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado” (Disponível em <www3.bcb.gov.br/selic/paginas/publica/help_taxa_selic.html>, acessado em 4 de dezembro de 2003).

Englobando juros e correção monetária, e variando em conformidade com as condições do mercado financeiro, não pode a Selic ser utilizada como índice de correção monetária. Cuida-se de índice de remuneração de capital, próprio para uso do mercado financeiro, não para a compensação da corrosão inflacionária do poder de compra da moeda.

Consoante pronunciamento recente da Terceira Câmara de Direito Comercial, “a correção monetária não é propriamente um acréscimo ao valor da dívida mas um descréscimo que se evita, com a compensação da desvalorização da moeda” (AI n. 2003.003795-0, de Brusque, da relatoria do signatário, j. 14-8-2003).

Como bem acentuou o eminente Des. Newton Trisotto, ao lavrar o seu voto, “não pode a lei estabelecer parâmetro de correção monetária que não traduza a real perda do poder aquisitivo da moeda nacional. Se não for observada essa regra, no âmbito do direito privado, haverá violação ao direito de propriedade; no direito tributário, lesão ao erário (quando devedora a Fazenda Pública) ou confisco (quando credora). Em qualquer parte dessas hipóteses, estará a lei eivada de inconstitucionalidade”.

Igualmente inaceitável é a sua utilização como encargo moratório,

pois, compondo-se a Selic de juros e correção monetária, a sua incidência sobre outro índice de correção implica verdadeiro anatocismo.

Na mesma senda, colhe-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça:

“A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização” (REsp n. 445397/BA, rel. Min. Castro Alves, j. 21-10-2003)

Por variar a Selic de acordo com as condições do mercado financeiro, a sua incidência afronta o princípio do não-confisco, pronunciado pelos arts. 150, IV, da Constituição da República, e 128, IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, além do princípio da segurança jurídica.

No mesmo esteio, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do eminente Min. Fraciulli Netto:

“A Taxa Selic não tem aplicação para fins tributários, como pretende a recorrente. Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da Taxa Selic em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos se quedam os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica” (REsp n. 426531/ES, j. 7-11-2002).

Os princípios constitucionais tributários não podem ser preteridos pelo legislador, cuja competência é delegada pela Constituição. Como dissera Roque Antônio Carraza, “na medida em que a Constituição brasileira reco-

nhece e garante o direito de propriedade (embora o submeta ao princípio da função social) – proibindo, inclusive, o confisco (art. 150, IV) – é evidente que a tributação não pode, por via indireta, torná-lo ilusório” (Curso de direito constitucional tributário. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 350).

Dessa forma, seja entendendo-se como fator de correção monetária, seja como encargo moratório, a utilização da Selic como indexador no crédito tributário ofende os princípios constitucionais da segurança jurídica e do não-confisco, merecendo, no meu entender, acolhida a arguição de inconstitucionalidade.

Essas, com o devido respeito, as razões do dissenso.

Pedro Manoel Abreu.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos:

À guisa de declaração de voto, reporto-me aos conteúdos dos votos vencidos já declarados pelos eminentes Srs. Des. Newton Trisotto e Pedro Manoel Abreu, cujas razões, por expressarem o meu entendimento sobre a matéria, encampo integralmente.

Trindade dos Santos.

Divergindo da douta maioria, acompanhei o entendimento esposado pelos Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Pedro Manoel Abreu, razão pela qual me reporto aos fundamentos ali deduzidos, tomando-os com razão de decidir.

Silveira Lenzi.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ADIN

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1998.014574-0, DE ÍTAJAÍ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos de declaração. Ausência de contradição no julgado. Rejeição.

Verifica-se a contradição “quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis” (Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, 7ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 541).

“A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões — porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes. Jura novit curia’ (STJ, 4ª Turma, AG n. 5.540/MG/AgRg, rel. Min. Athos Carneiro, j. 18-12-90, negaram provimento, v.u., DJU 11-3-91, p. 2.397)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., 2000, p. 357, nota 10 ao art. 282).

“Ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal’ (RSTJ 48/136)” (obra citada, nota 11 ao art. 282).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1998.014574-0, da comarca de Itajaí, em que é embargante o Sindicato dos Condutores Autônomos de Táxi de Itajaí e embargados o Município, o Pre-

feito Municipal e a Câmara de Vereadores de Itajaí:

ACORDAM, em Órgão Especial, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

O Sindicato dos Condutores Autônomos de Táxi de Itajaí opôs embargos de declaração ao acórdão proferido nestes autos, tachando-o de contraditório, ao argumento de que o pedido inicial funda-se no inciso VII do art. 85 da Carta Estadual, no concernente à legitimidade do autor, e não no inciso VI da referida norma, conforme consta do acórdão recorrido, porquanto se constitui em “associação representativa de classe, consubstanciada na representação dos condutores autônomos de táxi”.

Postulou, em razão disso, o acolhimento dos embargos para, afastada a ilegitimidade ativa, apreciar o mérito da ação.

É o relatório.

Em que pese o esforço do embargante, não logrou demonstrar a existência do apontado vício — contradição — de modo a ensejar o acolhimento do recurso.

Ora, os embargos de declaração não se prestam para o reexame da questão decidida, cabendo apenas na hipótese de o acórdão conter omissão, contradição, obscuridade ou, excepcionalmente, equívoco manifesto, defeitos que, segundo construção jurisprudencial, autorizariam a atribuição de efeito infringente.

Na hipótese dos autos, entretanto, sob color da contradição — assinala-se, inexistente — almeja o embargante que se declare presente a condição da ação cuja ausência restou proclamada, visando à apreciação do mérito da pretensão deduzida, para o que não se presta este recur-

so, do qual não se pode utilizar com a “finalidade de instaurar uma *nova* discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada” (RTJ 164/794), na trilha da orientação traçada pela Suprema Corte.

Tratando da contradição, sublinha José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

“Verifica-se este defeito quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis” (Comentários ao Código de Processo Civil, volume V, 7ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 541), o que não sucede no caso concreto, visto que a invocação do inciso VII do art. 85 da Constituição Estadual não adstringe o Tribunal.

Com efeito, “a invocação desta ou daquela regra jurídica é *argumento*, e não *razão* da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões — porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes. *Jura novit curia*’ (STJ, 4ª Turma, AG n. 5.540/MG/AgRg, rel. Min. Athos Carneiro, j. 18-12-90, negaram provimento, v.u., DJU 11-3-91, p. 2.397)” (Negrão, Theotonio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., 2000, p. 357, nota 10 ao art. 282). E mais, “ao autor cumpre precisar os fatos que autorizam a concessão da providência jurídica reclamada, incumbindo ao juiz conferir-lhes o adequado enquadramento legal’ (RSTJ 48/136)” (obra citada, nota 11 ao art. 282).

Ademais, a pessoa jurídica de direito privado que intentou a ação constituiu-se como sindicato profissio-

nal — que por sua própria natureza destina-se à defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria que representa —, não como simples associação de classe.

Ante o exposto, rejeitaram-se os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira, Irineu João da Silva, Francisco Oliveira

Filho, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Souza Varella, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra e Newton Trisotto.

Florianópolis, 7 de maio de 2003.

Amaral e Silva,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2003.007197-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Embargos infringentes – Previdência privada complementar conforme Lei n. 6.435/77 – Decreto n. 81.240/78 – Introdução de novas normas – Limitação de benefícios previstos na lei – Prejuízo aos embargados – Ilegalidade manifesta – Aplicação das regras antigas – Provimento negado.

O Decreto n. 81.240/78, ao impor limites ao salário de contribuição dos participantes de planos de previdência privada complementar, limitou os benefícios da previdência privada complementar conforme Lei n. 6.435/77, acarretando ilegalidade manifesta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2003.007197-0, da comarca da Capital, em que é embargante Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social – Elos, sendo embargados Carlos Fernando Hausen Beck e outros, e interessadas Centrais Geradoras do Sul do Brasil S.A. – Gerasul, Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. — Eletrosul e Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos embargos e negar-lhes provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital (5ª Vara Cível), julgou-se procedente ação declaratória ajuizada por Carlos Fernando Hausen Beck e outros (conforme relação descrita às fls. 15 a 21, totalizando cento e seis autores) contra Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social – Elos e Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. – Eletrosul, restabelecendo o direito adquirido dos autores em receber salário real de contribuição sem nenhuma limitação, de acordo com o Regulamento 1/73 (Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social), sem aplicar a Lei n. 6.435/77, que impôs teto máximo de 20 salários mínimos, e a Lei n. 7.787/89, que reduziu este limite para 10 salários mínimos.

Apreciando recurso das apela-das, a Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, manteve a decisão monocrática, negando provimento ao recurso com o que, em parte, não concordou o eminente Des. Anselmo Cerello por entender que, tendo os apela-dos optado pela sistemática da Lei n. 6.435/77, que revogou o Regulamento 1/73, deveria ser dado provimento parcial ao apelo das recorrentes para estabelecer como limite máximo aquele previsto na Lei n. 6.435/77, sem aplicar a Lei n. 7.787/89 para não ofender direito adquirido dos apelados.

Com o fim de fazer prevalecer o entendimento do voto divergente, a Fundação Elos opôs os presentes embargos infringentes, transcrevendo as razões expostas no voto vencido.

O recurso foi impugnado em tempo e modo devidos pela parte *ex adversa*.

É o relatório.

II — Voto

O campo dos embargos infrin-gentes está delimitado pelo voto vencido do eminente Des. Anselmo Cerello para o qual se deveria dar provimento parcial ao apelo da embargante, Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social, para aplicar à complementação das aposentadorias dos autores o limite previsto na Lei n. 6.435/77.

Para melhor equacionar a matéria, impende relacionar as normas que disciplinavam, bem como aquelas que atualmente disciplinam a relação consumerista *sub judice*, no tocante ao salário real de contribuição dos mantene-

dores beneficiários da Elos e Eletrosul, que serve de parâmetro ao salário real de benefício destes e é o cerne da controvérsia:

1º Momento

Inicialmente, vigia o Regulamento 1/73 (Regulamento do Plano de Benefícios da Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social), no qual, em seu item 7.1, estava previsto que: “para o mantenedor-beneficiário que esteja em serviço regular e efetivo no mantenedor ou na Elos, o Salário Real de Contribuição é a soma das parcelas que constituem a remuneração mensal, e sobre as quais incide a contribuição do INPS, sem a limitação legal (atualmente 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País) e em qualquer caso excluídas as gratificações especiais e aquelas a título de participação nos lucros” (fl. 51).

2º Momento

Posteriormente, a Lei n. 6.435/77, com vigência a partir de 15-7-77, dispôs sobre as entidades de previdência privada, regulando a Fundação embargante.

O Decreto n. 81.240/78, que regulamentou as disposições da Lei n. 6.435, de 15 de julho de 1977, relativas às entidades fechadas de previdência privada, e que por isso tem aplicação ao caso, estabelecia em seu art. 31, IV, o seguinte:

“Art 31 - Na elaboração dos planos de benefícios custeados pelas empresas e respectivos empregados, serão observados os seguintes princípios:

“IV - na aposentadoria por tempo de serviço, prevalecerá a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos completos e uma remuneração não superior a 3 (três) vezes o teto estabelecido para as contribuições à previdência social, ressalvados a situação dos participantes que ingressaram nos planos antes de 1º de janeiro de 1978 e o disposto no item V” (fonte: <http://www.senado.gov.br>).

Com o objetivo de adequar-se ao novo comando normativo, o Regulamento da Elos estabeleceu o seguinte:

“O salário real de contribuição é o valor sobre o qual incidem as contribuições do participante para a Elos, de acordo com o previsto no Plano de Custeio, limitado, mensalmente, a 3 (três) vezes o teto máximo de contribuição para a Previdência Social” (fl. 52).

A partir de então – 24-1-78, data da publicação e vigência do Decreto – o benefício garantido pela Fundação passou a ser vinculado ao teto previsto para a Previdência Social, na forma do artigo supratranscrito, correspondente ao limite máximo, naquela época, de 20 salários mínimos.

3º Momento

Finalmente, foi editada a Lei n. 7.787/89 que, alterando a legislação de custeio da Previdência Social, reduziu o teto de contribuição de 20 para 10 salários mínimos.

Atualmente, o art. 15 do Regulamento da Elos estabelece que: “o salário real de contribuição é o valor sobre o qual incidem as contribuições do participante para a Elos, de acordo

com o previsto no Plano de Custeio, limitado, mensalmente, a 3 (três) vezes o teto do salário de benefício da Previdência Social” (*in* <http://www.Elos.org.br>).

Por meio da Carta Elos – 126/89 a Fundação embargante, após acordo coletivo de trabalho e porque a maneira como estavam procedendo havia causado prejuízos sensíveis a quem estava inscrito no plano de previdência complementar antes de editadas as novas normas, notadamente o disposto no Decreto n. 81.240/78, noticiou a alteração na forma de proceder no tocante à cobrança de contribuição dos participantes e no montante da complementação do benefício, a fim de preservarem o direito adquirido desses participantes.

Naquela oportunidade, a Elos informou que “a alteração agora introduzida tem como consequência, para os participantes inscritos até as quotas mencionadas e com renda superior a NCz\$ 1.678,00 um aumento no valor da contribuição para a Elos. Em contrapartida, haverá também razoável melhoria no benefício a receber na oportunidade da aposentadoria” (fl. 59).

Por fim, concederam aos autores duas alternativas: a) ou se manifestavam no sentido de não alterar a forma como a Elos vinha procedendo antes da carta e após a edição do Decreto – que era errônea, porque baseada em Decreto ilegal; b) ou quedavam-se inertes, fazendo com que o salário-de-contribuição aumentasse, reduzindo, conseqüentemente, sua remuneração mensal.

O documento inserto à fl. 60 – trazido como exemplo – retrata a “escolha” feita pelos autores.

No referido instrumento, padronizado a todos os participantes beneficiários (só há opção de troca do nome do empregado, matrícula e lotação), está consignado o seguinte:

“Em resposta à correspondência acima, manifesto, de forma irretratável, minha opção de não alterar o critério de fixação do salário real de contribuição, conforme consta da Carta Elos – 126/89 de 23-2-89”.

Como se vê, por intermédio do aludido documento, os consumidores manifestaram a intenção de não alterar o critério de fixação do salário-de-contribuição proposto pela Carta 126/89.

Pois bem, o voto dissidente entende que, assim agindo, os embargados optaram pela sistemática da Lei n. 6.435/77, razão pela qual deveria ser aplicado o limite daquela legislação sem a alteração procedida pela Lei n. 7.787/89, ao contrário da maioria, que entendeu inválida, juridicamente, a opção feita pelos autores.

Ora, acontece que a Lei n. 6.435/77 não previu qualquer limite. Quem o fez foi o Decreto n. 81.240/78, extrapolando o comando legal e afrontando, por consequência, a lei.

De fato, não poderia o Decreto n. 81.240/78 impor limites de idade (55 anos) e de remuneração (3 vezes o teto estabelecido para as contribuições à Previdência Social), por ser afronta aos ditames da Lei n. 6.435/77, uma vez que não trata so-

bre limite de idade ou remuneração e, destarte, não pode o Decreto regular o que a lei não prevê. Daí por que ressalta Hermes Lima que “o poder regulamentar tem a sua esfera, o seu alcance pré-determinado na lei. Assim, o governo não pode regulamentar relações novas, estranhas à lei que se está executando” (Lima, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*. 5ª edição, 1949, p. 87).

A propósito disso, traz-se aos autos ensinamento doutrinário do preclaro e inesquecível Pontes de Miranda que, ao tratar sobre os limites do poder regulamentar do Executivo, ensinava o seguinte:

“[...] O regulamento é proposta de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo. Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei, a que se reporta, ou das outras leis, não vale. Em se tratando de regra jurídica de direito formal o regulamento não pode ir além da edição de regras que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica [...].

“Sempre que no regulamento se inscreve o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nulo por ser contrário à lei a regra jurídica que se tentou imbutir no sistema” (Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1997*, com a Emenda 1/69 – Tomo III (arts. 32 a 117). 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 316 e 317).

Assim, inarredável é a exegese de que o Decreto n. 81.240/78, ao dispor sobre limite de valor à complementação dos beneficiários, criou direito novo, que a Lei n. 6.435/77 não previa, extrapolando o seu poder regulamentador.

Destarte, a norma estampada no Decreto é inarredavelmente ilegal, porque se choca com a constante no art. 42 da Lei n. 6.435/77, que deixa a cargo dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados dos participantes as normas de cálculo de benefícios.

Consoa, em uníssono, com o posicionamento jurídico que ora se proclama, a voz da correnteia jurisprudência desta Corte de Justiça e dos membros deste colendo Grupo de Câmaras, senão vejamos:

Relator: Des. Carlos Prudêncio: “Apelação cível. Complementação de aposentadoria. Limitação do Decreto n. 81.240/78. Impossibilidade. Ato jurídico perfeito e direito adquirido. Recurso desprovido.

“A relação contratual estabelecida entre as partes e o vínculo obrigacional constituído não podem sofrer alterações em face da imutabilidade do ato jurídico perfeito e do respeito ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF).

“Os autores aderiram ao plano de suplementação de aposentadoria em 8-11-78, 7-2-79 e 6-8-79, o qual não estabelecia teto para contribuição, ou limite mínimo de idade.

“Não obstante a vigência do Dec. n. 81.240/78, o regulamento do plano de benefícios Elos, adaptando

as diretrizes da nova legislação, somente entrou em vigor a partir de 8-4-80, o que ensejou aos participantes inscritos no período de 1º-1-78 a 7-4-80, data da publicação do Decreto e data da aprovação, pela Secretaria de Previdência Complementar, das modificações no Regulamento de Benefícios, respectivamente, a opção de ratificar a proposta de adesão, sem sujeição a teto-limite ou idade mínima, tendo os autores firmado os respectivos termos neste sentido, não podendo ocorrer alterações dos critérios de complementação de aposentadoria” – *in Ap. Cív. n. 2000.017075-5, da Capital.*

Relator: Des. Orli Rodrigues: “Apelação cível – Fundo de previdência privada – Suplementação de aposentadoria – Decreto regulamentador que cria condições não previstas na lei regulamentada, restringindo direito do beneficiário – Ofensa à hierarquia das leis – Ilegalidade configurada – Honorários – Recurso desprovido” – *in Ap. Cív. n. 2002.015080-6, da Capital.*

Relator: Des. Mazoni Ferreira: “Apelação cível – Previdência complementar – Limitações impostas pelo Decreto n. 81.240/78 – Matéria não contemplada pela Lei n. 6.435/77 – Ofensa à hierarquia do ordenamento jurídico – Ilegalidade das limitações – Restabelecimento da complementação nos moldes pactuados – Honorários advocatícios fixados com base no art. 20, § 3º, do CPC – Zelo do causídico no desempenho da função – Sentença mantida.

“Embora tenha a Fundação Elos, ao comando do Decreto n. 81.240/78, adaptado, em 7-4-80, seu plano de benefícios às restrições impostas pelo mencionado decreto, proporcionou, *sponte sua*, em 1992, aos participantes do Plano de Suplementação de Aposentadoria, inscritos entre 1º-1-78 e 7-4-80, a opção de ratificar a proposta de adesão original, a qual não previa limitação de teto para contribuição e de idade mínima para a aposentadoria, que foi aceita. Assim, as alterações contidas no regulamento adaptado não podem atingir os contratos celebrados anteriormente nem invalidar ou impedir a convenção das partes, sob pena de ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e o *pacta sunt servanda* – *in Ap. Cív. n. 2002.016239-1, da Capital.*

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento: “Apelação cível – Previdência complementar – Limitações impostas pelo Decreto n. 81.240/78 – Matéria não contemplada pela Lei n. 6.435/77 – Ofensa à hierarquia do ordenamento jurídico – Ilegalidade das limitações – Restabelecimento da complementação nos moldes pactuados – Apelo não provido” – *in Ap. Cív. n. 2000.017007-0, da Capital.*

Relator: Jorge Schaefer Martins: “Contrato de previdência complementar. Celebração sob a égide de normas que não previam valor máximo do benefício e idade mínima. Restrições impostas pelo Decreto n. 81.240/78, implantado pela Fundação em momento posterior. Obediência ao *pacta sunt servanda* e ao ato jurídico perfeito. Restabelecimento da suple-

mentação nos moldes pactuados. Sentença mantida.

“Tendo o beneficiário aderido a plano de benefícios à época regido pelo Plano de Suplementação de Aposentadoria da Fundação Eletrosul da Previdência e Assistência Social – Regulamento 1, posteriormente regulamentado pela Lei n. 6.435/77, os quais não previam qualquer espécie de limitação ao valor e à idade mínima para requerê-lo, era defeso ao Decreto n. 81.240/78, implantado pela Fundação tão-somente em 8-4-80, impor restrições aos contratos anteriormente firmados, sob pena de violação do *pacta sunt servanda* e do ato jurídico perfeito – *in Ap. Cív. n. 2001.003130-8, da Capital.*

Sendo assim, vale o disposto no Regulamento 1/73, que foi o que as partes convencionaram.

Visando a interpretar com maior equidade a manifestação de vontade dos autores, traz-se à colação entendimento jurisprudencial aplicável à hipótese:

“As leis que norteiam e inspiram os Institutos de Previdência, as companhias de seguros, os grêmios beneficentes de pecúlios e seguros são de caráter altamente social, e devem ser interpretadas com alta compreensão dos problemas humanos, e por isso o formalismo não pode servir de obstáculo à sua realização” (RF 261/278).

Não bastasse isso, as relações de natureza previdenciária, em razão de seu forte caráter social, como já foi dito, devem ser analisadas com alta compreensão dos problemas huma-

nos e, nos contratos dessa natureza, deve-se guardar os princípios de probidade e boa-fé.

A propósito disso, o legislador que instituiu o art. 5º da LICC, preocupado com a aplicação da justiça em nosso país, num sistema jurídico que adota o *jusnaturalismo* (Preâmbulo da Constituição Federal: “[...] sob a proteção de Deus [...]”), estabeleceu que: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Dessa forma, se as partes estipularam pagamento em valor superior ao que o Decreto n. 81.240/78 fixou, deve prevalecer a vontade das partes estabelecida legalmente no contrato adesivo.

Além disso, o assunto *sub judice*, que se refere à complementação de benefício, pela previdência privada, consubstancia-se numa relação de consumo, por meio de contrato de massa, com as cláusulas estabelecidas no estatuto e no regulamento do plano de benefícios, tendo como destinatário final um público hipossuficiente.

No caso *in specie*, pode-se afirmar com toda segurança que as normas do Código de Defesa do Consumidor, por pertencerem ao Direito Econômico, têm incidência imediata.

Em decorrência, porque intervem exclusivamente nas relações de consumo patológicas, o Código de Defesa do Consumidor, objetivando uma justiça baseada no solidarismo contratual, na boa-fé e na justiça comutativa, tem preferência sobre qualquer outra legislação que se refira à relação de consumo *sub judice*, eivada de ego-

ismo e motivada por lucro empresarial que esquece sua verdadeira finalidade, que é o bem-estar social.

A propósito, o Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado/RS, no período de 8 a 11 de março de 1998, chegou às seguintes conclusões unânimes:

“O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo (como a previdência privada) envolvem o dever de informar não apenas no momento da celebração contratual mas durante todo período da performance ou execução contratual (aprovada por unanimidade)”.

“É dever do fornecedor dos contratos previdenciários manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os riscos de investimento a que está sujeito (aprovada por unanimidade)”.

“Os riscos de investimento nos contratos previdenciários são diretamente afetados pela forma como são geridos os planos previdenciários (aprovada por unanimidade)”.

“É dever do fornecedor nos contratos previdenciários manter dentro da normalidade os riscos de investimento do consumidor nos contratos previdenciários, devendo ser ‘riscos razoáveis’, durante todo o período em que persista a relação contratual (aprovada por unanimidade)”.

“Configura prática abusiva a imposição de riscos exagerados que desrespeitem as legítimas expectativas pretéritas e presentes do consumidor nos contratos previdenciários (aprovada por unanimidade)”.

“Com a finalidade de resguardar os interesses dos consumidores nos contratos previdenciários, afigura-se recomendável a adoção do princípio do administrador prudente, de modo a responsabilizar civilmente a administração dos fundos pela realização de investimentos e exposição do consumidor a riscos exagerados em relação às suas expectativas razoáveis com relação ao serviço contratado (aprovada por unanimidade)”.

O documento de fl. 60 evidencia a opção dos requerentes em não ficarem sujeitos ao limite de três vezes o teto de benefício da Previdência Social, o que é mais um motivo para continuar valendo o ajustado contratualmente: “para o mantenedor-beneficiário que esteja em serviço regular e efetivo no mantenedor ou na Elos, o Salário Real de Contribuição é a soma das parcelas que constituem a remuneração mensal, e sobre as quais incide a contribuição do INPS, sem a limitação legal (atualmente 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País) e em qualquer caso excluídas as gratificações especiais e aquelas a título de participação nos lucros” (Cláusula 7.1, do Plano de Suplementação de Aposentadoria, constante à fl. 51 dos autos.)

A opção não pode ser interpretada como pedido para que vigorasse o limite imposto pela Lei n. 6.435/77, mesmo porque a lei não impôs limite, quem o fez, como já afirmado, foi o ilegal Decreto n. 81.240/78.

A vontade manifestada tem o nítido propósito de demonstrar o inconformismo dos autores/embargados

com a alteração das regras durante o transcorrer do jogo, o que é repudiável.

Sendo assim, conhece-se dos embargos infringentes para, mantendo o posicionamento da douda maioria, negar-lhe provimento.

É o voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer dos embargos e negar-lhes provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Túlio Sartorato, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Wilson Augusto do Nascimento e José Volpato de Souza.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 14 de maio de 2003.

Carlos Prudêncio,
Presidente, para o acórdão;
Monteiro Rocha,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.004161-1, DE ITAIÓPOLIS

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Apelação cível. Publicação de matéria ofensiva e inverídica em jornal. Ausência de confirmação dos fatos narrados. Violação ao direito de intimidade e vida privada. Abalo moral caracterizado. Dever de indenizar.

Age com culpa a empresa jornalística que, baseada em informações não oficiais, fornecidas por terceiros, publica nota inverídica e ofensiva à honra da vítima.

Prevalece o direito à intimidade em relação à liberdade de manifestação do pensamento e comunicação (arts. 220 e 5º, IX, da CRFB), que deve ser dosada, preservando-se a intimidade e a vida privada das pessoas.

Quantum indenizatório. Avaliação eqüitativa do juiz. Compensação e satisfação. Valor arbitrado na quantia correspondente a 50 salários mínimos. Pretendida minoração. Inadmissibilidade. Sentença mantida.

A condenação por danos morais tem por escopo oportunizar à vítima amenização da dor experimentada, em um misto de compensação e satisfação, punindo o causador do dano e inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

Na fixação dos danos morais compete ao magistrado arbitrar e valorar a indenização, considerando as circunstâncias de cada caso, e, fixada a indenização em quantia razoável correspondente a cinqüenta salários mínimos, mister seja mantida.

Tal quantia mostra-se até inexpressiva, levando-se em conta a ofensa produzida. Contudo, não havendo recurso da parte interessada, cumpre-se a manutenção da sentença.

Ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios. Valor sugerido a título de danos morais reduzido na sentença. Sucumbência parcial. Inocorrência.

Acolhida a pretensão posta em juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais em se tratando de indenização por danos morais, em que o valor expresso na peça prelüdial assume a condição de meramente estimativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

1999.004161-1, da comarca de Itaiópolis, em que é apelante A Palhoça

Jornal do Interior, sendo apelado Hamilton José Hubner:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Adoto o relatório de fls. 127 a 129 acrescentando que o Meritíssimo Juiz de Direito, Dr. Gilmar Nicolau Lang, julgou procedente em parte o pedido, condenando o jornal requerido a pagar ao autor a quantia correspondente a cinquenta salários mínimos a título de danos morais.

Irresignado, apela o jornal requerido (fls. 136 a 141), aduzindo, em síntese, que com a publicação não houve qualquer repercussão que resultasse em dano ao autor, não tendo a empresa jornalística faltado com a verdade, pelo contrário apenas relatado um fato verídico.

Insurge-se em relação ao *quantum* indenizatório, que reputa excessivo e, ainda, no tocante aos ônus sucumbenciais, entendendo que houve sucumbência recíproca.

Contra-razões às fls. 144 a 147 pela confirmação do *decisum*.

II — Voto

Busca o requerido apelante A Palhoça Jornal do Interior a reforma da sentença que o condenou ao pagamento de indenização por danos morais ao autor Hamilton José Hubner no valor correspondente a cinquenta salários mínimos.

a) *Da matéria publicada e sua responsabilidade*

Sustenta o jornal requerido, ora apelante, que não fez nada mais do que reproduzir um fato verídico em sua publicação do mês de abril de 1997, sem com isso ofender a honra ou a imagem do autor.

Não merece prosperar, contudo, tal alegação.

Inferre-se dos autos que o autor, então Secretário Municipal de Agricultura, deslocou-se em veículo oficial para o litoral (Florianópolis) a fim de participar do “Encontro de Secretários Municipais de Agricultura de Santa Catarina”, encontro ao qual efetivamente esteve presente (fls. 90 e 91), pernoitando na noite da véspera na casa de seus familiares, em Balneário Camboriú (fls. 100 a 103).

Ocorre que, desconhecedor de tais fatos e baseado em informações de terceiros não confirmadas pelo autor (fl. 102), o jornal requerido apelante publicou, na sessão “rapidinhas” do Jornal “A Palhoça”, nota contendo os seguintes dizeres, *in verbis*:

“O povo quer saber, o que o Monza IS 15100 do gabinete do prefeito estava fazendo num desses finais de semana em Balneário Camboriú. Será que alguém da Prefeitura foi acompanhar a nossa representante Vania Costa, candidata ao título Garota Verão 97? Dizem as más línguas que era o Secretário da Agricultura, Hamilton Hubner, fazendo visita a seus familiares. Uns poucos aproveitaram-se dos cargos que ocupam e o povo é quem paga”.

Ora, tal publicação é no mínimo leviana, já que desprovida de qualquer confirmação oficial. Mais que isso, é visivelmente ofensiva, principalmente em sua parte final, na qual acusa o autor de estar usufruindo de cargo oficial para assuntos particulares, o que de fato não ocorreria.

Dessa forma, restou cabalmente comprovada nos autos a conduta danosa do jornal requerido apelante, razão pela qual cumpre a ele indenizar os prejuízos causados.

Prevê o art. 5º, X, da Constituição Federal que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Ensina Alexandre de Moraes, *in* Direito Constitucional, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 69 e 70, que:

“A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores (RF 176/147), decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga” (TJMT, Ap. n. 12.433, 2ª Câm., rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, j. 22-8-89, RT 659/143).

Ademais, prevalece o direito à intimidade do autor sobre a invocada

liberdade de manifestação do pensamento e comunicação (arts. 220 e 5º, IX, da CF), que deve ser dosada, preservando-se a intimidade e a vida privada das pessoas.

Assinala o emérito Celso Ribeiro Bastos, *in* Comentários à Constituição do Brasil, 1989, Saraiva, 2º vol., p. 62, que:

“Podemos dizer que o direito à imagem consiste no direito de ninguém ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento”.

Dessa forma, tem o jornal apelante o dever de indenizar o abalo moral sofrido por parte do autor Hamilton José Hubner em virtude da publicação procedida.

b) Quantum indenizatório

Tarefa árdua e delicada ao Magistrado é arbitrar valor do dano moral por ter de adentrar na ordem subjetiva, não se podendo transpor os princípios que regem os danos patrimoniais, bem como não se podendo quantificar precisamente a dor sentida, buscando-se o *status quo ante*.

Entretanto, por critérios como a intensidade da ofensa, a condição do ofendido e a extensão da lesão, pode-se chegar à quantia ideal a ser ressarcida.

Como enfatiza o preclaro Wilson Melo da Silva, *in* O Dano Moral e sua Reparação, Forense, 3ª ed., p. 630 e 631:

“É preponderante, na reparação dos danos morais, o papel do juiz. A ele, a seu prudente arbítrio, compete medir as circunstâncias, ponderar os elementos probatórios, inclinar-se

sobre as almas e perscrutar as coincidências em busca da verdade, separando sempre o joio do trigo, o lícito do ilícito, o moral do imoral, as aspirações justas das miragens de lucro.

“E após tudo, decidindo com prudência, deverá, depois, determinar, em favor do ofendido, se for o caso, uma moderada indenização pelos danos morais”.

Contudo, linear na doutrina que a reparação dos danos morais tem duas finalidades: indenizar pecuniariamente o ofendido, alcançando-lhe a oportunidade de obter meios de amenizar a dor experimentada em função da agressão moral, em um misto de compensação e satisfação, e punir o causador do dano moral, inibindo novos episódios lesivos, nefastos ao convívio social.

Destarte, levando em consideração tais elementos, bem como as partes envolvidas e a gravidade da lesão, mantém-se a condenação no valor referente a cinquenta salários mínimos.

c) Da sucumbência recíproca

Pretende o jornal apelante a condenação recíproca dos ônus sucumbenciais, uma vez que o autor apelado Hamilton teria decaído de seu pedido, já que o valor condenatório foi em muito inferior ao pretendido.

Não merece prosperar tal insurgência.

Não se trata sequer de sucumbência mínima, já que o pedido foi totalmente acolhido pelo Togado monocrático ao julgá-lo procedente, condenando o ora apelante a pagar indenização a título de danos morais.

Acolhida a pretensão posta em Juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais em se tratando de indenização por danos morais, em que o valor expresso na peça prelude assume a condição de meramente estimativo.

Dessa forma, não há falar em sucumbência recíproca.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso de apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Dionizio Jenczak.

Florianópolis, 8 de abril de 2003.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.011229-9, DE CAPINZAL**Relator Designado: Des. Orli Rodrigues**

Direito civil – Ação de reparação de danos – Responsabilidade por vício do serviço prestado para restauração de caminhão – Pleito indenizatório abrangendo dano material e lucros cessantes – Postulação fundada no Código de Defesa do Consumidor – Decisão da instância inicial acolhendo em parte a postulação formulada na peça preliminar – Interposição de recurso pela parte vencida, colimando a reforma do julgado monocrático, para inacolher a pretensão aforada, com inversão dos ônus de sucumbimento e aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé – Decisão colegiada: “[...] Por maioria de votos, vencida a Des. Salete Sommariva. Dar provimento ao recurso. Invertidos os ônus da sucumbência”.

1. *“Ao consumidor é permitido optar pelo reparo de seu produto através de peças reconcondicionadas, de regra mais baratas, mas também, com menor qualidade ou vida útil” (Antonio Hermann de Vasconcellos e Benjamin, in Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, p. 109), devendo anuir expressamente na ordem de serviço.*

2. *“Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente” (Maria Helena Diniz, in Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º vol., Saraiva, p. 318).*

3. *“Manda a lei processual que o demandante prove os fatos constitutivos da pretensão de direito material, sob pena de derrota. Simples alegações acompanhadas de dados inseguros não bastam para o êxito da luta judiciária” (Alexandre de Paula, in O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Forense, vol. III, p. 522).*

Má-fé processual – Inocorrência.

Não havendo manifesta evidência da inspiração maliciosa da atuação em juízo, não se impõem as correspondentes sanções.

Voto vencido.

Apelação cível – Ação de indenização – Responsabilidade civil objetiva – Código de Defesa do Consumidor – Retífica de motor – Uso de peças fora da especificação – Dever de reparar o dano – Lucros cessantes – Veículo parado devido ao dano ocasionado pela colocação de peça inútil – Comprovação efetuada – Recurso desprovido.

O Código de Defesa do Consumidor, composto por normas de ordem pública, adota como regra o que no Código Civil é exceção: a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano, bastando a presença da ação ou omissão, do dano e do nexo causal entre ambos. Destarte, cabe ao fornecedor indenizar o cliente se ele utilizou peças fora de especificação, as quais acarretaram o prejuízo.

Tratam-se, os lucros cessantes, de dano material sofrido pelo lesado em razão do que ele razoavelmente deixou de ganhar em virtude do ato ilícito. Nesse caso, deve-se levar em conta para fixação da indenização a previsibilidade de ganho que a parte deixou de auferir durante o período em que o veículo ficou parado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.011229-9, da comarca de Capinzal, em que é apelante Ediba Eletro Diesel Battistella Ltda. e apelada Tranzal Transportes Capinzal Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, vencida a Exma. Sra. Desa. Salete Sommariva, dar provimento ao recurso. Invertidos os ônus da sucumbência.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Capinzal, Tranzal – Transportes Capinzal Ltda. ajuizou ação de reparação de danos contra Ediba Eletro Diesel Battistella Ltda., ao argumento de que, logo

após a empresa ré ter efetuado o conserto do caminhão Scania de sua propriedade, o referido automóvel apresentou problemas em meio a uma viagem de serviço. Requereu a condenação da ré ao pagamento dos valores das ordens de serviço relacionadas, além de CR\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros reais) pelos danos causados no caminhão e CR\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de cruzeiros reais) a título de lucros cessantes.

Após seu trâmite regular, o feito culminou com a sentença de fls. 175 a 194, por intermédio da qual o pedido inicial foi julgado parcialmente procedente e, em conseqüência, a ré foi condenada ao pagamento de 70% (setenta por cento) do valor de uma retífica de motor de caminhão, e dos lu-

culos cessantes que deverão limitar-se ao valor constante do documento de fl. 43, multiplicado pela quantidade de meses que o veículo ficou parado em razão da quebra.

Irresignada, Ediba Eletro Diesel Battistella Ltda. interpôs apelação, alegando que a reposição de peças não-originais foi expressamente pactuada; o laudo pericial está destituído da realidade; e os lucros cessantes não estão devidamente comprovados. Requereu a substituição da sentença hostilizada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na inicial e a condenação da apelada em litigância de má-fé (fls. 198 a 217).

A apelada apresentou contra-razões, salientando que a sentença recorrida não merece qualquer reparo (fls. 224 a 230).

II — Voto

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do conteúdo recursal.

A respeitável decisão de primeira instância não pode subsistir.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o seguinte:

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

À sombra desse dispositivo legal, a autora, ora recorrida, asseverou, *verbis*:

“No presente caso, o que se verifica é que no primeiro conserto, além de informações insuficientes e inadequadas quanto ao material utilizado na fabricação das buchas, houve defeitos na prestação dos serviços, o que também se verificou quando da retífica completa do motor, se não pela utilização de buchas de bielas fabricadas com material inadequado, quando no mercado o jogo de buchas originais, em valores atuais, é encontrado ao preço de R\$ 120,00, ao menos pela aplicação de solda no virabrequim, o que auxiliou consideravelmente nos problemas verificados, conforme determinou a perícia realizada” (fl. 165).

Em 14 de outubro de 1991, quando o caminhão da autora apelada foi entregue na oficina da ré apelante, foi emitida a ordem de serviço que está reproduzida à fl. 92, na qual consta o registro de que 40% do motor do caminhão fabricado em 1980, e que já havia rodado 158.800Km, estava danificado pelo tempo de serviço.

O Sr. Amazonas Belo foi inquirido em Juízo e declarou que:

“Feita a verificação na Empresa, constatou-se que o ideal seria uma retífica completa no motor, mas como o depoente não tinha recursos suficientes para tanto, procedeu-se apenas à troca de anéis, bronzinas e um polimento no virabrequim.

[...]

“O depoente sabia que esse serviço seria feito sem garantia, mas tinha conhecimento que as peças utilizadas não seriam originais” (fls. 130 e 131).

O cidadão *suso* mencionado é sócio-gerente da pretensora, em nome de quem o automotor está registrado no Detran/SC, *ut* documento de fl. 15.

Está bem demonstrado no caderno processual que o proprietário do caminhão autorizou os reparos parciais referidos na ordem de serviço fotocopiada à fl. 92, sob a alegação de falta de numerário, o que não pode ser considerado veraz, porque sustentado por documento, que juntou aos autos, que a receita mensal produzida pelo caminhão era de CR\$ 65.000.000,00 (cf. doc., fl. 43, assinado por Empresas Perdigão), equivalente, na época, a quase 10% do valor do veículo, o que, em abril de 2001, correspondia a R\$ 7.977,51 (*ut* fl. 218).

O mecânico Joicevane Texaro Leolato, arrolado pela autora apelada, quando prestou declarações em Juízo, afirmou que as buchas, ditas inadequadas pelo perito que assinou o laudo de fls. 127 a 134, mostradas na fotografia de fl. 140 (anexo do laudo), foram colocadas no motor do caminhão com permissão do Sr. Amazonas Belo que não quis gastar um pouco mais. Esse mecânico aduziu que “As buchas da Cofap ou Metal Leve (as adequadas) são facilmente encontradas no mercado por aproximadamente R\$ 120,00 o jogo” (fl. 135).

É natural, então, que em virtude da “meia-sola” executada na oficina da requerida recorrente, a pedido formal do proprietário do caminhão, e sem nenhuma garantia, os cilindros acabassem danificando-se, comprometendo o virabrequim do motor.

A inconformada assevera que desde o primeiro atendimento prestado à recorrida continuou dando assistência por si ou por outras oficinas autorizadas pela Scania.

Se o proprietário do automotor tivesse autorizado reparo integral do motor, com utilização de peças originais, teria garantia e nenhum incômodo adviria dessa relação entre a prestadora de serviços e o consumidor.

Daí exsurge a convicção de que não pode ser imputada à recorrente qualquer culpa ou dolo, restando excluído, portanto, o nexos de causalidade para ocorrência do dano alegado na exordial e reconhecido na sentença, vindo em socorro da Ediba o artigo 21 da Lei Federal n. 8.078/90 (CDC), assim expresso:

“No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto, considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, *salvo*, quanto a estas últimas, *autorização em contrário do consumidor*” (original não grifado).

Foi o que ocorreu na hipótese examinada, repete-se, as peças desde a prestação do serviço, conforme documento de fl. 92, não foram as originais, porque o representante legal da recorrida quanto a isso *aniu expressamente*, desobrigando a oficina de ressarcir qualquer prejuízo daí decorrente.

Colhe-se de abalizado comentarista do CDC o seguinte escólio:

“A previsão de ‘autorização em contrário do consumidor’ tem a ver com o dever de utilização de peças novas. Ao consumidor é permitido optar pelo reparo de seu produto através de peças recondiçionadas de regra mais baratas, mas também com menor qualidade de vida útil. Só a autorização expressa libera o fornecedor do dever de apenas fazer uso de peças absolutamente novas” (Antonio Hermann de Vasconcelos e Benjamin, *in* obra citada p. 109).

Quanto à pretendida indenização por lucros cessantes, também não procede.

A quantia de CR\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de cruzeiros reais) foi produzida por meio de transportes efetuados pelo caminhão, e que seria a receita mensal referida no documento de fl. 43, está fora da realidade, por corresponder na época, a quase 10% (dez por cento) do valor do automotor.

Esse documento foi impugnado na argumentação desenvolvida pela peça de resistência de fls. 78 a 90 e repellido, também, no arrazoado recursal, *ad litteram*:

“Os lucros cessantes requerem comprovação que revelem a privação de ganhos usualmente obtidos pelo credor, mediante a demonstração inequívoca de notas de serviços prestados, no caso, manifesto de fretes, tudo devidamente registrado na contabilidade anterior dos valores auferidos por ele, por período equivalente ao que ficou impedido de trabalhar por culpa imputada ao devedor” (fls. 209 e 210).

Segundo ensinança de Maria Helena Diniz:

“Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante de desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto” (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro).

De acordo com o disposto no artigo 368 do Código de Processo Civil, incumbia à recorrida fazer prova da afirmativa contida no documento de fl. 43, emitido a seu pedido, na forma ordenada pelo artigo 333, I, do mesmo *Codex*.

Mas isso não ocorreu!

A decisão guerreada não comporta preservação, impondo-se que seja provida a insurgência que está formalizada às fls. 200 a 217 dos autos.

Do voto vencido

A eminente Relatora originária assim resumiu sua convicção no sentido de manter o julgado monocrático combatido:

“Cabe à apelante reparar os danos ocasionados pelo uso de material indevido, fora dos padrões especificados, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. [...] vislumbra-se que a apelada ficou impossibilitada de exercer suas funções rotineiras, apresentando-se razoável que seja indenizada pelos lucros cessantes que deixou de auferir.

“Destarte, deve a sentença atacada ser mantida incólume”.

Do dano processual

Na espécie não ocorreu. A pretensão foi exposta sem infringir o dispositivo legal que define a litigância de má-fé.

III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara, após debates entre seus componentes, decidiu, por maioria de sufrágios, dar provimento ao recurso, para reformar integralmente a sentença e inacolher a postulação formulada na peça preliminar.

Os ônus de sucumbimento ficaram invertidos.

O estipêndio advocatício que está arbitrado em 20% (vinte por cen-

to) é incidente sobre as verbas referidas nos itens 23.2.1 e 24, fl. 194 dos autos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionízio Jenczak, e, com voto vencido, a Exma. Sra. Desa. Salete Sommariva, que votou no sentido de desprover o recurso interposto contra a sentença que descansa à fl. 188 *usque* 194 dos autos.

Florianópolis, 29 de outubro de 2003.

Orli Rodrigues,
Presidente e Relator designado.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**AGRAVO DE INSTRUMENTO****AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.013337-2, DE CHAPECÓ**

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Processual civil. Execução de alimentos (CPC, art. 733). Mandado de prisão. Exigência do pagamento da totalidade do débito. Descabimento. Caráter alimentar da dívida limitado às três últimas parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação de execução e das vencidas no curso do processo.

As pensões alimentícias atrasadas, acumuladas por longo período, perdem o seu caráter alimentar, porquanto não mais se prestem à sobrevivência e à manutenção de seus destinatários, mas, tão-somente, ao ressarcimento de despesas havidas no passado. Daí por que consentâneo é o posicionamento doutrinário-jurisprudencial consolidado de que a execução de alimentos pelo procedimento do artigo 733 do Código de Processo Civil abrange somente as prestações alimentares vencidas no trimestre anterior ao ajuizamento da ação de execução e aquelas que se vencerem no curso da relação processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.013337-2, da comarca de Chapecó (Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é agravante H. R. S. e agravada N. D. P. S., representada por sua mãe, N. A. D. P.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

H. R. S. agravou de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, de decisão proferida pelo doutor Juiz de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de Chapecó que, nos autos da Ação de Execução de Alimentos n. 018.02.013224-4, contra ele movida por N. D. P. S., representada por sua genitora, N. A. D. P., decretou sua prisão civil por trinta dias.

Consta dos autos que H. R. S. comprometeu-se a pagar pensão alimentícia no valor de um salário mínimo

em favor de sua filha, conforme acordo celebrado em ação de alimentos. Contudo, como não vinha ele cumprindo o encargo assumido, N. D. P. S., representada por sua mãe, N. A. D. P., desferiu-lhe ação de execução de alimentos, em 20-10-2002, visando à cobrança de prestações alimentícias vencidas e impagas por seu pai, relativas ao período de setembro de 2001 a outubro de 2002.

O Magistrado rejeitou a justificativa apresentada pelo executado e decretou-lhe a prisão civil, destacando que somente o pagamento da totalidade do débito autorizaria a soltura de H. R. S.

Daí a interposição deste agravo de instrumento pelo executado, porquanto diga ele não estar pagando a pensão alimentícia de sua filha em face de problemas econômico-financeiros, não se podendo, pois, falar, na hipótese, em inadimplemento voluntário e inexcusável de obrigação alimentar.

Afirmou que a prisão civil por dívida de alimentos restringe-se aos casos de não-pagamento das três últi-

mas prestações. Destarte, tendo ele quitado as parcelas vencidas no trimestre, requereu a reforma do *decisum* interlocutório.

Pediu, ainda, o benefício da assistência judiciária gratuita.

O Des. Silveira Lenzi, entendendo ter havido o deferimento implícito pela autoridade judiciária de primeiro grau do pedido de assistência judiciária gratuita, determinou a redistribuição dos autos do agravo de instrumento (fl. 61).

Concedeu-se o efeito suspensivo colimado (fls. 64 e 65) e não houve contraminuta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Jobél Braga de Araújo, alvitrou o provimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

O agravo de instrumento merece ser conhecido e provido. A decisão interlocutória profligada não está em consonância com o entendimento doutrinário-jurisprudencial mais moderno, hoje sedimentado nos tribunais, que entende que, para livrar-se solto, incumbe ao devedor de alimentos comprovar a quitação das três últimas prestações devidas antes do assentamento da ação de execução, mais aquelas vencidas no decorrer do processo.

O eminente civilista João Manuel de Carvalho Santos, mencionando Clóvis Beviláqua, ensina que as pensões alimentícias atrasadas, acumuladas por longo período, perdem o seu caráter alimentar, porquan-

to não mais se prestem à sobrevivência e à manutenção de seus destinatários, mas tão-somente ao ressarcimento de despesas havidas no passado, assumindo, assim, um caráter de dívida comum impaga. Além disso, destaca que “os alimentos visam à manutenção e sustento da pessoa, que é uma necessidade presente e futura: *in praeteritum non vivitur*. A necessidade não se refere ao passado, nem o direito diz respeito às necessidades pretéritas” (Código Civil brasileiro interpretado, 12ª ed., Freitas Bastos, 1989, p. 192 e 193).

Se o necessitado atravessou determinado período de sua vida sem postular o pagamento da pensão de alimentos e sobreviveu, esta perde característica que lhe é essencial (a atualidade), devendo, assim, ser reclamada pela via da execução comum (CPC, art. 732), até porque o confinamento, meio excepcional e vexatório para a consecução dos alimentos, aplica-se somente para as prestações presentes, necessárias à subsistência do alimentando.

Em relação a essa contemporaneidade e, mais especificamente, no que tange ao *quantum* necessário para arrear o arresto pessoal, tem-se entendido que as prestações pretéritas e acumuladas não podem ser executadas pelo procedimento do artigo 733 do Código de Processo Civil, na medida em que, fundando-se o decreto prisional na carência e necessidade urgente de sobrevivência do alimentário, consideram-se atuais as três últimas parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da

ação de execução, sem se esquecer de que as prestações vencidas no decorrer do processo executivo também gozam de tal característica, podendo, por isso, integrar o débito passível de cobrança pelo procedimento insculpido no artigo 733 do Código de Processo Civil, que autoriza o encarceramento do devedor de alimentos relapso.

Veja-se, a respeito do assunto, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Execução. Alimentos. Dívida atual. Três últimas prestações, mais as vencidas.

“– Em se tratando de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das vencidas, admissível é a prisão civil do devedor (art. 733 do CPC)” (HC n. 28.768/MS, rel. Min. Barros Monteiro, j. 4-9-2003).

“Pelo rito do artigo 733 do Código de Processo Civil, o devedor de alimentos deve pagar, sob pena de prisão civil, além das três últimas prestações anteriores à propositura da ação, as vencidas no curso do processo até o efetivo pagamento” (HC n. 22570/RS, rel. Min. Castro Filho, j. 12-8-2003).

O posicionamento adotado por esta Corte de Justiça não discrepa:

“Agravamento de instrumento – Execução de alimentos – Pretensão de imprimir o rito do art. 733 do CPC às seis últimas prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento da demanda – Impossibilidade de deferimento – Viabilidade de cobrar ape-

nas as três últimas vencidas antes da interposição do processo – Recurso desprovido.

“Nas execuções propostas com supedâneo no artigo 733 do Código de Processo Civil, somente deve ser exigido do devedor de alimentos o pagamento das três últimas prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento da demanda e daquelas que se vencerem no curso do processo” (AI n. 2003.012901-4, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 16-10-2003).

“Tramitando há mais tempo a ação de execução de prestação alimentícia e existindo acúmulo de parcelas vencidas por resistência injustificada do alimentante, podem e devem ser exigidas outras mensalidades além das três últimas, pelo procedimento do art. 733 do CPC’ (HC n. 2002.0149042, rel. Des. José Volpato de Souza)” (AI n. 2003.013323-2, de Tubarão, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 24-11-2003).

Naquilo que diz respeito à impossibilidade econômico-financeira de o agravante suportar o ônus alimentar, vê-se que ele afirmou estar desempregado e ter outros filhos para sustentar. Contudo, isso não é suficiente para isentá-lo do compromisso assumido, a teor do que, reiteradamente, vem assentando a jurisprudência deste Tribunal:

“Apelação cível – Ação de alimentos – Alimentante desempregado e com nova família – Impossibilidade econômica não comprovada – Respeito ao binômio necessidade-possibilidade – Exegese do art. 400 do Código

Civil de 1916 – Sentença mantida – Recurso não provido.

“A alegação de desemprego, por si só, não constitui elemento hábil a ensejar a redução da verba alimentar, necessitando, também, de prova sobre a condição econômica do alimentante.

“A constituição de nova família não autoriza a redução da verba alimentar, caso contrário, estar-se-á aceitando a irresponsabilidade social como escusa às obrigações familiares previamente assumidas” (Ap. Cív. n. 2002.023651-4, de Quilombo, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 10-11-2003).

“*Habeas corpus* – Prisão civil – Alimentos – Inadimplemento da obrigação – Desemprego – Situação que não desobriga a prestação – Constrangimento ilegal não demonstrado – Ordem denegada” (HC n. 2000.024477-5, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 10-1-01).

Como se observa, nem mesmo a alegação de desemprego é suficiente para desonerar o alimentante do encargo alimentar.

À vista do que se disse, é de prover-se este recurso de agravo de

instrumento para que sejam excluídas do decreto prisional as prestações alimentares vencidas no período de setembro de 2001 a julho de 2002, porque não revestidas do caráter alimentício indispensável a respaldar a execução pelo procedimento do art. 733 do Código de Processo Civil.

Por esses fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento interposto por H. R. S. para excluir do decreto de prisão as parcelas alimentícias vencidas no período de setembro de 2001 a julho de 2002.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 1º de abril de 2004.

Mazoni Ferreira,

Presidente, com voto;

Luiz Carlos Freyesleben,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.009533-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Ação monitória intentada com base em documentos que comprovam a existência de obrigação para pagamento de soma em dinheiro. Inteligência do disposto no artigo 1.102a do Código de Processo Civil. Existência de prova escrita no caso concreto. Impossibilidade jurídica do pedido afastada.

“A ‘prova escrita’, que o legislador colocou como requisito para a obtenção da tutela monitória (art. 1.102a), é qualquer documento isolado ou grupo de documentos conjugados de que seja possível o juiz extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência do crédito pretendido. O magistrado, nessa fase inicial do procedimento monitório, desenvolve um juízo de verossimilhança (em ‘cognição sumária’): procura verificar, com base nos documentos apresentados, se há boa chance de ser verdadeira a versão contida na inicial, para, em caso positivo (e desde que as regras de direito amparem a pretensão fundada em tal versão), proferir decisão determinando a expedição do mandado de cumprimento.

[...]

“A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão abranger – ainda que indiretamente, como se frisou – a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc.) do crédito. Deverá existir a adequada exposição dos fatos constitutivos do crédito pretendido: os documentos escritos trazidos com a inicial, em vez de dispensar tal narrativa, apenas servirão de prova dos fatos narrados” (Wambier, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. 2ª ed.

rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 3, p. 282 e 283).

Ausência de apreciação de embargos ofertados por um dos réus. Nulidade. Inocorrência. Alegações apreciadas pelo Magistrado a quo juntamente com os demais argumentos aduzidos pelos outros embargantes.

Na hipótese de pluralidade de embargos com teses idênticas e subscritas pelos mesmos patronos, não há falar em nulidade da sentença devido à ausência de manifestação acerca de um deles, pois se trata de simples irregularidade, sanável pelo juízo ad quem. Ademais os fundamentos apresentados pelo magistrado para formar o seu convencimento alcançam todos os embargos opostos com a mesma argumentação, sendo demasia processual o retorno dos autos ao juízo a quo para tal desiderato, ofendendo o princípio da instrumentalidade.

Aplicação do disposto no § 3º do artigo 515 do CPC. Norma de ordem pública. Aplicabilidade imediata. Presença dos requisitos exigidos. Extinção do processo sem julgamento de mérito, questão unicamente de direito e em condições de julgamento.

“No caso em exame, o § 3º contém uma norma de ordem pública, que deve ser aplicada, de ofício, pelo tribunal. Não se trata de mera faculdade, nem mesmo de poder puro. Claro que o tribunal tem o poder de verificar se estão, ou não, presentes os pressupostos descritos no texto legal para o imediato julgamento da lide. Todavia, estando eles configurados no caso concreto, ao tribunal só resta decidir, de plano, o mérito. Isto quer dizer que, se estiver caracterizada a hipótese descrita no preceito em comento e o tribunal não examinar o mérito, mas simplesmente devolver os autos ao primeiro grau de jurisdição, após reformar a sentença terminativa, estará contrariando a norma inculpada no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, rendendo ensejo ao cabimento do recurso especial, com fulcro na alínea a do inc. III do art. 105 da Constituição Federal” (Ferreira Filho, Manoel Caetano. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 17, p. 70).

Contrato oneroso. Evicção. Configuração. Direccionamento contra quem entregou o imóvel em pagamento, e não contra o alienante. Legitimidade ativa e passiva reconhecidas.

“Esta garantia está presente em todo contrato oneroso, e não apenas na compra e venda, que vem regulada em algumas legislações. Quem transmite uma coisa por título oneroso (vendedor, cedente, arrendante etc.) está obrigado a garantir a legitimidade do direito que transfere. Desde que exista equivalência de obrigações para as partes, a garantia faz-se presente. Deve ser assegurado ao adquirente que seu título é bom o suficiente e que ninguém mais tem direito sobre o objeto do contrato, vindo a turbá-lo, alegando melhor direito. A evicção garante contra os defeitos de direito, da mesma forma que os vícios redibitórios garantem contra os defeitos materiais. Nos contratos gratuitos, não há razão para a garantia, porque a perda da coisa pelo beneficiário não lhe traz um prejuízo, apenas obsta um ganho. No entanto, nada impede que, mesmo em uma doação, as partes estipulem a garantia, que não existe na lei” (Venosa, Silvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 2, p. 491 e 492).

Quitação. Inocorrência. Manifestação de recebimento de coisas e valores que não alcançam o imóvel atingido pela evicção.

Vislumbra-se da prova documental que o acordo de vontades adicional não deliberou acerca de eventual evicção, limitando-se a possíveis haveres advindos do imóvel evicto.

Manifestação de pretensão de indenização por perdas e danos e lucros cessantes por outra via. Inexistência de conflito com a pretensão contida na ação monitória ou obrigatoriedade de serem pleiteados conjuntamente.

A cumulação de pedidos é opção da parte, sendo defesa sua obrigatoriedade para impedir a efetivação de parte do direito, por meio de mecanismo processual mais célere.

Desconsideração da personalidade jurídica. Irrelevância. Pessoas jurídicas e sócios que participaram do contrato em que se originou o crédito de soma em dinheiro, tornando-se coobrigados.

É irrelevante se falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando a obrigação decorre de ato em que as pessoas jurídicas e os sócios figuram como coobrigados.

Reconvenção fundada nas matérias aduzidas nos embargos. Rejeição que impõe a manutenção da improcedência do pedido reconvenicional por outros fundamentos.

A rejeição dos embargos monitorios opostos com base nos mesmos fundamentos que alicerçam o pedido reconvenicional impõe a manutenção da improcedência ditada em primeiro grau, entretanto, com outros fundamentos.

Pretendida majoração da verba honorária pela autora reconvinida e minoração pelos réus reconvintes. Fixação de honorários nos embargos com fulcro no § 3º do artigo 20 do CPC.

Levando-se em consideração que a oposição de embargos monitorios converte o procedimento especial em ordinário (cognição exauriente), conclui-se que a sua improcedência impõe a condenação ao pagamento da soma em dinheiro postulada com base no juízo de verossimilhança, devendo os embargantes suportarem os ônus da sucumbência com base no § 3º do artigo 20 do CPC.

Reconvenção. Improcedência. Ausência de condenação. Estabelecimento com base no § 4º do artigo 20 do CPC.

Não havendo condenação, o arbitramento dos honorários ocorre em consonância com a apreciação eqüitativa do juiz.

Direito de advogados à remuneração. Poderes para atuação. Munus exercido desde o ajuizamento até a oferta de razões e contra-razões recursais. Ingresso de novos patronos. Estabelecimento de porcentual sobre a condenação em verba honorária.

Diante da modificação estabelecida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados no que concerne aos honorários advindos do ônus da sucumbência, havendo alteração dos representantes da parte, não se pode olvidar do direito daquele que, embora excluído no transcorrer processual, laborou com zelo na maior parte do litígio, cabendo ao magistrado aplicar a condenação quanto à verba honorária propor-

cionalmente ao trabalho profissional desenvolvido por cada causídico.

Admissão do pedido contido no pleito monitório e desistência da reconvenção no segundo grau de jurisdição. Extinção do procedimento recursal em relação aos desistentes. Retratação posterior. Irrelevância.

“A desistência independe de homologação, pois a simples manifestação de vontade da parte, por si mesma, já produz o efeito de extinguir o procedimento recursal, se for total, ou de subtrair do recurso a parcela a que se refere, se for parcial. Claro que o juiz, ou tribunal, deve verificar a regularidade formal da manifestação de vontade, como o faz em relação aos atos processuais em geral, e declarar os efeitos já produzidos sobre o procedimento do recurso” (Ferreira Filho, Manoel Caetano. Op. cit., 2001, vol. 7, p. 58 e 59).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.009533-3, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que são apelantes e apelados Eliseth Hansen Batschauer e JHJ Empreendimentos e Participações S.A. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso da autora reconvinde e provimento parcial aos recursos dos réus reconvintes, vencido o Desembargador Monteiro Rocha, e, por unanimidade de votos, extinguir o procedimento recursal no que tange a Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Eliseth Hansen Batschauer intentou ação monitória contra JHJ

Empreendimentos e Participações S.A., Tigre Participações S.A., JHJ Corretora de Seguros S.A., Lilia Hansen, espólio de João Hansen Júnior, Rosane Maria Fausto Hansen, espólio de Carlos Roberto Hansen e João Hansen Neto, alegando que, devido ao contrato firmado em 31-3-89, comprometeu-se a alienar ações das empresas JHJ Empreendimentos e Participações S.A. e JHJ Corretora de Seguros S.A., recebendo dos réus, como forma de pagamento, dentre outros bens, as ações correspondentes à empresa Hansen Agropecuária S.A.

Aduziu que, no ato da transação, pertencia ao patrimônio da empresa Hansen Agropecuária S.A. uma propriedade rural, com área de 432.000.000m² (quatrocentos e trinta e dois milhões de metros quadrados), situada no município de São Desidério, comarca de Barreiras, Estado da Bahia, a qual foi adquirida do Sr. Benedito José de Lima pela quantia de CZ\$

64.800.000,00 (sessenta e quatro milhões e oitocentos mil cruzados) por meio de cheque emitido pela Companhia Hansen Industrial atualmente Tigre Participações S.A., importe que na época correspondia a US\$ 4.682.000,00 (quatro milhões, seiscentos e oitenta e dois mil dólares norte-americanos).

Sustentando que os réus se comprometeram a transferir todos os bens móveis e imóveis constantes do termo de compromisso sem qualquer ônus, asseverou a autora que o imóvel rural localizado no Estado da Bahia restou sacado judicialmente do patrimônio da Hansen Agropecuária S.A. em razão de sentença transitada em julgado em que o Dr. Juiz de Direito da comarca de Barreiras, BA, determinou o cancelamento do Registro n. 11.317, do Livro de Transcrições n. 3-H, do Cartório Imobiliário do 1º Ofício do município de Barreiras, tornando sem efeito o título de propriedade transmitido em favor da empresa.

Enfatizando, por derradeiro, que lhe é devido o valor correspondente ao despendido na compra da fazenda, devidamente atualizado, atingindo a importância de R\$ 11.621.100,20 (onze milhões, seiscentos e vinte e um mil, cem reais e vinte centavos) até 31-12-95, postula a autora, com base no artigo 1.102a, a procedência do pedido para que os réus paguem o valor aduzido, ou oponham embargos monitorios.

Citados, os réus JHJ – Empreendimentos e Participações S.A., Tigre Participações S.A., JHJ – Corretora de Seguros S.A., Rosane Maria

Fausto Hansen e espólio de Carlos Roberto Hansen opuseram embargos, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* ao argumento de que não existe ligação entre os demandados e a escritura pública de compra e venda noticiada pela autora.

Outrossim, declinaram a impossibilidade da via eleita ante a ausência de interesse e possibilidade jurídica do pedido à consideração de que não restou comprovada a existência dos requisitos necessários para o desencadeamento do procedimento especial.

À guisa de mérito, sustentaram a improcedência do pedido à alegação de que a perda do imóvel ocorreu em razão da inércia da autora.

Também citados, os réus Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior ofereceram embargos, alegando, em prefacial, inépcia da inicial ao entendimento de que o caminho processual adequado seria a propositura de ação de evicção contra aquele que deu azo ao cancelamento do registro de propriedade.

Ainda, em preliminar, afirmaram o descabimento do procedimento monitorio na hipótese; a ilegitimidade ativa e passiva das partes e, a final, a ausência dos pressupostos essenciais para configurar a evicção.

No mérito, asseveraram que a culpa e responsabilidade pela perda do imóvel é exclusiva do vendedor Benedito José de Lima; a inaplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica e, por último, a ocorrência de quitação expressa da autora no

que pertine aos haveres em relação à Fazenda Gado Bravo, consoante o disposto no aditivo ao termo de compromisso.

Finalmente, impugnaram o valor almejado na exordial.

Nas fls. 472 a 475, pleitearam ainda os réus Lilia Hansen, espólio de João Hansen Júnior e João Hansen Neto, por meio de reconvenção, a condenação da autora ao pagamento em dobro da quantia perseguida no processo principal, diante do estatuído no artigo 1.531 do Código Civil.

João Hansen Neto, por sua vez, veio aos autos às fls. 477 a 503, reiterando os argumentos aduzidos pelos embargantes às fls. 443 a 470.

Impugnando os embargos, a autora rebateu todas as preliminares e alegações levantadas pelos embargantes, insistindo na procedência do solicitado.

Respondendo à reconvenção, a reconvinde sustenta a impossibilidade do pedido e, no mérito, a sua improcedência e, em consequência, a condenação dos reconvintes por litigância de má-fé.

Sentenciando, o Juiz *a quo* julgou procedentes os embargos, extinguindo o procedimento monitorio por impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que “os documentos de fls. 19 a 27, não podem ser considerados como prova escrita suficiente a render ensejo à propositura da presente *actio*, bem como não expressa por si mesmo a existência de uma obrigação, ou que possa razoavelmente inferir a existência do crédito, sem trazer em si o grau de probabilidade que au-

torizaria a certeza necessária para eficácia *da prova escrita*” (fl. 532), condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Da mesma forma, julgou improcedente o pedido reconvenicional, restando a alegação de que houve a quitação total da soma em dinheiro pleiteada na exordial, condenando os reconvintes ao pagamento das custas processuais e verba honorária no percentual de 10% (dez por cento), incidente sobre a quantia estipulada como valor da reconvenção.

Inconformada, apelou a autora, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença diante da não apreciação dos embargos opostos por João Hansen Neto.

Disse, ainda, que teria expirado o prazo de validade das procurações acostadas às fls. 422 a 425, insistindo, no mérito, pelo cabimento da ação monitoria prevista no Código Adjetivo Civil.

Finalmente, no que respeita ao pleito reconvenicional, mencionou a existência de apenas três reconvintes, pretendendo a majoração dos honorários advocatícios para o patamar de 20% (vinte por cento), bem como a condenação por litigância de má-fé.

João Hansen Neto, Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior também interuseram recurso de apelação, postulando a procedência do pedido formulado na reconvenção ou, alternativamente, a redução da verba honorária.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Neste grau de jurisdição, retornou aos autos a autora requerendo a juntada dos pareceres proferidos pelos processualistas Drs. Luiz Edson Fachin e Luiz Guilherme Marinoni.

Apresentando memorial, os apelados não recorrentes trouxeram aos autos parecer da lavra do Professor Ovídio A. Baptista da Silva alicerçando as teses sustentadas nos embargos.

Colocado em pauta para julgamento, as partes apresentaram memoriais.

Nas fls. 741 a 747, Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior reconheceram a procedência do pedido da autora e desistiram da reconvenção.

Adiado o julgamento em face de tal manifestação, Rosane Maria Fausto Hansen, espólio de Carlos Roberto Hansen, JHJ – Empreendimentos e Participações S.A. e Tigre Participações S.A., bem como a autora se manifestaram a respeito da confissão.

Retirado de pauta e redistribuído o processo ao Desembargador Vanderlei Romer, vieram aos autos os procuradores iniciais da autora com o intuito de resguardar a verba honorária devida em face da improcedência do pedido reconvenicional, haja vista que houve a habilitação de novos patronos (fls. 610 e 611).

Designado novo dia para julgamento, voltou ao processo João Hansen Neto exibindo pareceres dos Professores Silvio Rodrigues e Arruda Alvim acerca dos quais se manifesta-

ram a autora e os causídicos subscritores da inicial, o que motivou nova retirada de pauta.

II — Voto

Aspectos iniciais devem ser enfrentados prefacialmente.

A nulidade da sentença à consideração de que não foram apreciados os embargos opostos pelo réu João Hansen Neto não merece prosperar. Com efeito, do exame percuciente dos autos verifica-se que os embargos opostos às fls. 443 a 470 possuem as mesmas teses levantadas nas fls. 477 a 503, as quais restaram apreciadas pela autoridade judiciária de primeiro grau, afastando eventual ineficácia do ato, pois a omissão apontada pela autora é simples irregularidade que não implica em necessidade de reiteração da decisão monocrática neste caso concreto.

Em resumo, é inegável a ocorrência de omissão no tocante à indicação da atuação de João Hansen Neto, sem que ela possa vir a gerar o efeito de determinar a admissão de invalidade do ato decisório, posto que as questões apresentadas restaram devidamente apreciadas, tendo vigência o contido no artigo 250, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, não pode ser acolhida a alegação de que a empresa Tigre Participações S.A. não estava representada processualmente para opor embargos monitórios, uma vez que basta um ligeiro manuseio do processo para se observar que os documentos juntados às fls. 410, e 421 a 424 demonstram a existência da re-

apresentação, tendo em vista que os poderes conferidos à empresa Tubos e Conexões Tigre Ltda. expiravam apenas em 30-4-96, sendo que a procuração juntada à fl. 410 foi outorgada no dia 25 de março de 1996, portanto ainda dentro do prazo estabelecido.

Tratando agora das matérias de fundo, e buscando verificar o cabimento do procedimento monitorio, impõe-se, em primeiro lugar, a análise do que se entende por prova escrita mencionada no artigo 1.102a do Código de Processo Civil.

Para tanto, José Rogério Cruz e Tucci, sufragando o entendimento externado pelo parecerista Dr. Luiz Guilherme Marinoni às fls. 642 a 674, menciona que:

“Procurando estabelecer um nexos harmônico entre a finalidade do procedimento monitorio e a exigência de *prova escrita*, observa Marinoni que o legislador parte da premissa de que, existindo documento capaz de revelar a *probabilidade* do direito alegado pelo autor, o devedor poderá se curvar ao mandado judicial para não experimentar o risco de sucumbir e ser obrigado a pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios.

“Assim, o requisito da *prova escrita* ‘nada tem a ver com a instituição de um procedimento semelhante ao do mandado de segurança, em que se exige ‘direito líquido e certo’, ou prova documental suficiente para demonstrar a afirmação de um fato, exatamente para se construir um verdadeiro procedimento documental, no qual são proibidas as demais provas,

ficando assim eliminado o tempo necessário para a sua produção. Quando se almeja dispensar as provas mais elaboradas, que dispendem mais tempo, requer-se prova que seja capaz de demonstrar o fato constitutivo do direito; contudo, quando se exige prova escrita como requisitos da ação monitoria, parte-se apenas da premissa de que o devedor poderá não apresentar embargos, permitindo ao credor um acesso mais rápido à execução forçada. A prova escrita, justamente porque pode ser associada a outros tipos de prova, não é a prova que deve fazer surgir ‘direito líquido e certo’, isto é, não é a prova que deve demonstrar, por si só, o fato constitutivo do direito afirmado pelo autor. A prova escrita relaciona-se apenas a um juízo de probabilidade’.

“Para o ajuizamento e consequente admissibilidade da ação monitoria, uma vez que a cognição delinea-se exauriente no procedimento dos embargos ao mandado, é suficiente que a prova produzida pelo autor possibilite ao órgão julgante estabelecer um grau elevado de probabilidade da procedência da pretensão deduzida” (Revista Forense. Prova escrita na ação monitoria. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 349, p. 103 e 104).

Adiante conclui:

“Assim, não tenho dúvida em reafirmar que múltiplos são os casos de cabimento de ação monitoria, bastando que o interessado seja portador de um documento, público ou privado, que justifique o crédito e que não contenha a eficácia típica dos títulos executivos extrajudiciais.

“O credor em tais condições poderá então eleger a via do procedimento monitorio em lugar de submeter sua pretensão às normas que regulamentam o procedimento comum, que sempre é mais custoso e demorado.

Omissis.

“Nada obsta, sob esse aspecto, que, para fornecer tal convicção, o credor se utilize, do ponto de vista formal, da reunião de mais de um documento, até porque a probabilidade do direito invocado deve ser atestada pela vertente qualitativa e não quantitativa da prova produzida” (ob. cit., p. 106 e 107).

Antonio Carlos Marcatto, dissertando acerca da “prova documental como pressuposto de adequação da tutela reclamada”, assevera que:

“É deferida ao autor a possibilidade de instruir sua petição inicial com dois ou mais documentos, sempre que a insuficiência de um pode ser suprida por outro (isto é, em seu conjunto a prova documental tenha aptidão para induzir a formação do convencimento do juiz), ou de valer-se de documento proveniente de terceiro, desde que ele tenha aptidão para, isoladamente ou em conjunto com outro, demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva autor e réu e, ainda, para atestar a exigibilidade e a liquidez da prestação” (*O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 64).

Finalmente, Luiz Rodrigues Wambier afirma, nesses termos:

“A ‘prova escrita’, que o legislador colocou como requisito para a ob-

tenção da tutela monitoria (art. 1.102a), é qualquer documento isolado ou grupo de documentos conjugados de que seja possível o juiz extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência do crédito pretendido. O magistrado, nessa fase inicial do procedimento monitorio, desenvolve um juízo de verossimilhança (em ‘cognição sumária’): procura verificar, com base nos documentos apresentados, se há boa chance de ser verdadeira a versão contida na inicial, para, em caso positivo (e desde que as regras de direito amparem a pretensão fundada em tal versão), proferir decisão determinando a expedição do mandado de cumprimento.

[...]

“A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão abranger – ainda que indiretamente, como se frisou – a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc.) do crédito. Deverá existir a adequada exposição dos fatos constitutivos do crédito pretendido: os documentos escritos trazidos com a inicial, em vez de dispensar tal narrativa, apenas servirão de prova dos fatos narrados” (Curso avançado de processo civil. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 3, p. 282 e 283).

A propósito, corroborando com o entendimento doutrinário antes apresentado, colhe-se o seguinte julgado:

“Ação monitoria – Prova – Juiz que deve conceder a tutela monitoria se convencido de que há alto grau de probabilidade de verossimilhança,

uma vez que a cognição plena dependerá da atividade do devedor.

“Ementa Oficial: Ao apreciar a petição inicial de ação monitória o Juiz realiza cognição sumária ao valorar a prova escrita, que pode consubstanciar-se num documento ou num conjunto de documentos. Convencido o Juiz de que há alto grau de probabilidade de verossimilhança deve conceder a tutela monitória, uma vez que a cognição plena dependerá da atividade do devedor” (RT 784/308).

A par dessas considerações preliminares, passo a analisar a prova escrita apresentada pela autora para aparelhar o pedido perseguido, ou seja, o pagamento de soma em dinheiro devido ao crédito surgido em virtude da perda da “Fazenda Gado Bravo” diante de sentença judicial transitada em julgado.

Consoante o termo de compromisso celebrado entre as partes, os réus se comprometeram a transferir ao patrimônio da autora, livre de qualquer ônus, todos os móveis e imóveis constantes do item 2, dentre os quais a totalidade das ações da Hansen Agropecuária S.A. e, por conseguinte, o conjunto de bens pertencentes a esta última, dentre os quais a propriedade rural, conforme o documento de fls. 340 e 342 que assim dispõe:

“2 – Em pagamento das referidas ações, a Sra. Eliseth Hansen Batschauer receberá os seguintes bens:

“a) De propriedade da Cia. Hansen Industrial:

“I. a totalidade das ações da Tigrafibra Industrial S.A.;

“II. a totalidade das ações da Hansen Agropecuária S.A.;

“III. a totalidade das ações da Profiplast Perfis Plásticos S.A.;

“IV. 18 salas comerciais e 9 garagens no Edifício Príncipe de Joinville, na Rua Princesa Isabel n. 238, 3º andar, Joinville — SC;

“V. 2 casas na Rua Ministro Calógeras n. 608 e 708, Joinville — SC;

“VI. terrenos de 86.022,688m2 de escritura em Armação da Piedade – SC;

“VII. terreno de 37.181,50m2 de escritura na Rua XV de Novembro, Joinville – SC.;

“VIII. terreno de 28.307,00m2, de escritura na Rua Ottokar Doerffel, Joinville – SC, onde está localizada a Profiplast Perfis Plásticos S.A.;

“IX. um iate, com o nome ‘Fábíola’, de 26 metros de comprimento e 1,4 de calado;

“b) De propriedade de JHJ Empreendimentos e Participações S.A.:

“I. 4 terrenos no loteamento Parc de France, Joinville – SC;

“II. 1 casa e terrenos adjacentes, na Rua Jacob Eisenhut, Joinville – SC, perfazendo um total de 12.594,85m2 de escritura;

“III. 1 apto. no Edifício Ana Carolina, na Rua Fernando de Noronha n. 225, 8º andar, Joinville – SC;

“IV. terrenos totalizando 1.439.061,00m2 de escritura, em Rio Vermelho, Campo Alegre – SC;

“c) De propriedade da Órion Aero Táxi S.A.:

“I. um helicóptero modelo ‘Esquilo’.

“d) De propriedade da Brasivil Resinas Vinílicas S.A.:

“I. 1 casa em São Paulo, Capital, no Bairro do Morumbi, na Praça Vinícius de Moraes n. 165.

“e) De propriedade da Transportadora Rodotigre S.A.:

“I. 1 terreno na Rodovia BR 101, Joinville – SC com 96.821,00m² de escritura, proximidade da Expoville.

“3 – Além dos bens acima relacionados a Sra. Eliseth Hansen Batschauer receberá em pagamento das ações referidas na cláusula 1 acima, em moeda corrente nacional, o equivalente a US\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de dólares americanos), calculados pelo câmbio oficial da data do pagamento, sendo:

“I. US\$ 11.000.000,00 (onze milhões de dólares americanos) à vista, no ato da assinatura do presente instrumento;

“II. US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares americanos), 60 dias contados da data de assinatura do presente instrumento;

“III. US\$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares americanos), 90 dias contados da data de assinatura do presente instrumento.

[...]

“7 — Todos os bens móveis e imóveis serão transferidos absolutamente livres e desembaraçados de quaisquer ônus, dívidas, dívidas, litígios, opções de compra, direitos de preferência ou outros gravames e,

com exceção do apartamento do Edifício Ana Carolina e da casa em São Paulo, que serão entregues vazios, todos os demais serão entregues com todas as benfeitorias, móveis e semoventes, tal como escrituradas nos registros contábeis das empresas em 31 de dezembro de 1988. Quanto aos móveis e construções da Profiplas Perfis Plásticos S.A., serão entregues aqueles que eram utilizados pela referida empresa em igual data, no imóvel que consta do item VIII, letra a, cláusula 2”.

Ora, partindo dos ensinamentos dispostos anteriormente, parece viável o caminho processual escolhido pela autora para efetivar o percebimento de seu crédito. Entretanto, não se pode esquecer o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o procedimento monitório ou injuncional não se prestaria para altas indagações a respeito da existência do crédito.

A menção a tal posicionamento, todavia, não pode ser utilizada como fuga à apreciação da questão, da avaliação de seus pressupostos, como do confronto obrigatório das exigências legais com a documentação colacionada pela autora.

A propósito, ao dissertar ainda a respeito dos elementos inerentes à prova escrita, Cruz e Tucci, afirma que a cognição sumária na ação monitória, em princípio, poderá ser dilata-da diante da não aceitação do devedor mediante a oposição de embargos, permitindo ao Togado o convencimento definitivo sobre a existência ou

não do direito almejado pelo autor (ob. cit., p. 104).

No caso, repisando, houve a apresentação de contrato firmado pelas partes, provido de cláusulas que, devido à exclusão de participação societária das empresas pertencentes ao Grupo Hansen, conferiram à autora diversos haveres, como por exemplo, soma em moeda norte-americana, além de ações, imóveis etc.

Na verdade, dentre as ações, figurava a totalidade do controle acionário da Hansen Agropecuária S.A., cujo patrimônio figurava a “Fazenda Gado Bravo”. Nesse particular, é de se dizer que tal assertiva é incontroversa, pois em nenhum momento houve negativa de tal fato, ao contrário, a admissão consta nas peças apresentadas pelos réus.

Aliás, nesse ponto deve ficar consignado que eventual dúvida sobre a integração de referida fazenda ao acervo de bens da Hansen Agropecuária S.A. é dissipada quando se vê em documento posterior firmado entre as mesmas partes, denominado “Aditivo a termo de compromisso” (fls. 19 a 27), constar expressamente a seguinte afirmação:

“Uma vez liquidada a importância retroreferida, as partes dão-se por mútua e reciprocamente quitadas em relação a todos os haveres e obrigações, decorrentes do Termo de Compromisso retroreferido e do presente Aditivo, para nada mais reclamar da outra, em qualquer tempo e a qualquer título, *estando incluída nesta quitação quaisquer eventuais haveres junto a Longbid e em relação à Fazen-*

da Gado Bravo (Bahia)” (fl. 21) (grifo ausente no original).

Houve, igualmente, a comprovação da aquisição do referido imóvel pelo valor correspondente a CZ\$ 64.800.000,00 (sessenta e quatro milhões e oitocentos mil cruzados), consoante escritura pública de compra e venda juntada às fls. 426 a 428, aquisição esta que, a toda evidência, precedeu à transação.

Na verdade, existiu entre as partes litigantes um compromisso oneroso, uma vez que, deixando de integrar a sociedade de diversas empresas, outras recebeu, como também móveis, imóveis e quantias em dinheiro. Não se trata de acordo de vontades gratuito. Há um preço para o desligamento, e neste preço inclui-se o recebimento da Agropecuária Hansen S.A. e, via de consequência, todo o seu patrimônio.

Trata-se de negócio com objeto determinado, sendo conhecido, como já afirmado, o valor imobiliário. Nesse ponto, deve-se dizer que a autora reconvinde optou pelo pagamento por parte dos réus reconvinde, da quantia desembolsada por ocasião da aquisição, devidamente atualizada, ensejando inclusive a perspectiva de percepção de valor menor do que se houvesse postulado o pagamento com base no valor de mercado.

Mas a escolha não inviabiliza o pleito, alicerçado em compromisso firmado livremente entre as partes, que acerca dos objetos envolvidos podiam dispor.

Além disso, a autora trouxe aos autos o demonstrativo atualizado do

débito, o qual segundo Elaine Harzheim Macedo é imprescindível para se demonstrar a liquidez do valor pretendido, visto que, se levando em consideração que a possível inércia do réu no processo provocará a efetividade do direito almejado (atos executórios), impondo no caso de quantia certa a penhora de bens, torna-se imprescindível para o desenvolvimento da ação a juntada da inicial “com a memória discriminada do cálculo, a exemplo do que ocorre no processo executivo por quantia certa contra devedor solvente” (Do procedimento monitorio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 129 e 130).

É importante ressaltar, acrescenta a doutrinadora, que o dispositivo apenas asseverou que o manejo da “ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro”, transferindo ao “jugador o exame de admissibilidade da ação monitoria, preferindo não engessar o seu cabimento – como necessariamente ocorre no processo de execução, cujos títulos são taxativamente arrolados” (*op. cit.*, p. 167).

Outrossim, deve ser rejeitado o argumento de que este Tribunal possui precedente que inviabiliza o reconhecimento da possibilidade da procedência da monitoria, nestes termos:

“Ação monitoria. Legitimação ativa e passiva. Prova. Termo de compromisso negocial. Obrigação reflexa a direito de ressarcimento inapta a embasar o decreto injuncional. Carência

de ação decretada. Recurso desprovido. Inteligência do art. 1.102 do CPC.

“Consoante a doutrina, pode manejar a ação monitoria todo aquele que se apresentar como credor de obrigação de soma em dinheiro, de coisa fungível ou de coisa certa móvel. Por outro prisma, o sujeito passivo da ação monitoria haverá de ser aquele que, na relação obrigacional de que é titular o promovente da ação, figure como obrigado ou devedor por soma em dinheiro, coisa fungível ou de coisa certa móvel (cf. Humberto Theodoro Jr., *in* Curso de Direito Processual Civil. Forense, 1996, p. 379).

“A prova escrita do descumprimento de obrigação de transferir bens móveis e imóveis livres de quaisquer ônus não se equipara à obrigação ao pagamento de soma em dinheiro. Obrigação reflexa, decorrente de termo de compromisso negocial, é inapta a embasar o decreto injuntivo, conquanto não se descarte a hipótese de reembolso pela via ordinária” (Ap. Cív. n. 1997.009091-9, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil do TJSC, julgada em 12 de novembro de 1998).

Como se observa da leitura da ementa do acórdão, na hipótese buscava-se o ressarcimento de valores referentes ao pagamento de multas atinentes às infrações fiscais cometidas pela Hansen Agropecuária S.A.

Contudo, neste caso concreto, a obrigação que originou o débito da soma em dinheiro não é reflexa do termo de compromisso e sim o próprio pagamento em virtude deste, devido à perda da Fazenda Gado Bravo pertencente

cente ao patrimônio de uma das empresas recebidas pela autora.

Para alicerçar o raciocínio exposto até o momento, não é demais frisar a lição de Eduardo Talamini que, ao dissertar a respeito do objeto da prova escrita e elementos que a petição inicial deve conter no procedimento monitorio em relação aos negócios bilaterais, assim se manifestou:

“A circunstância de fato constitutivo do direito afirmado pelo autor ser um negócio jurídico com obrigações bilaterais não inviabiliza a demanda monitoria. Em regra, nem haverá a necessidade de o autor comprovar documentalmente que cumpriu a obrigação que lhe incumbia – pois o adimplemento da contraprestação normalmente não integra o fato constitutivo do direito do demandante” (Tutela monitoria. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 79).

Tais assertivas, com fundamento na doutrina e jurisprudência colacionadas, permitem a compreensão de existência, na hipótese, de prova escrita sem eficácia de título executivo, mas capaz de demonstrar, neste juízo preliminar, sumário, ou ainda de probabilidade, a verossimilhança do crédito pretendido pela autora, o que *per se* é suficiente nesta fase, em que não se exige a prova cabal da certeza da existência do crédito.

Nesse norte, colhe-se a opinião de Eduardo Talamini:

“Em termos práticos, conclui-se que o juiz, quando for analisar o pedido de expedição do mandado, há de fazê-lo ciente de que deve verificar apenas se há boa chance da aparên-

cia de veracidade – tendo em vista inclusive a provisoriedade da conclusão a que chegará. Desenvolverá, enfim, a atividade cognitiva nos únicos limites compatíveis com o momento procedimental.

[...]

“Ademais – e não bastasse tratar-se de cognição sumária, em si mesma extremamente afeita aos juízos de probabilidade –, em nosso sistema não existe regra semelhante, por exemplo, à do art. 2.729, *secondo comma*, do CC italiano (pela qual não se admitem presunções nos casos em que a lei veda prova exclusivamente testemunhal). Portanto, é extremamente amplo o âmbito em que a prova escrita poderá ter por objeto fatos secundários a partir dos quais se presumirá as ocorrências do fato constitutivo do crédito” (ob. cit., p. 74 a 76).

Nesse contexto, ao contrário do asseverado na sentença hostilizada, reconhece-se o total cabimento do procedimento monitorio no caso em tela, posto que a documentação acostada demonstra a assunção da obrigação, e, como corolário lógico, as consequências respectivas.

Afastada a impossibilidade jurídica do pedido, indispensável a verificação do caminho a ser percorrido: anulação da sentença e retorno para processamento na primeira instância, ou conhecimento pleno das questões em debate, com julgamento definitivo.

É que, apesar de inexistente à época do ajuizamento do pedido, veio a lume posteriormente o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, estatuindo que:

“Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Levando-se em consideração que se trata de norma de direito público, perfeitamente aplicável aos processos que tramitam antes da sua vigência e, portanto, no caso em tela.

Acerca do assunto, colhe-se o escólio de Vicente Ráo, ao apoiar a sua razão nos ensinamentos de Pontes de Miranda, nos seguintes termos:

“Mas, normalmente, não se pode dizer que todo direito público retroage.

“Vem a propósito, nesse sentido, o comentário de Pontes de Miranda: ‘A cada passo se diz que as normas de direito público-administrativo, processual e de organização judiciária são retroativas, ou que contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que acontece é que tais normas não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. E o efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal. Já no direito privado, o efeito imediato nos deixa, por vezes, a ilusão da retroatividade. O que se passa no direito público é que esses casos de só aparente retroatividade são a regra’” (O direito e a vida dos direitos. 5ª ed. anotada e atual., por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 382 e 383).

Mais adiante no capítulo referente à *matéria de jurisdição, competência e processo* conclui o autor:

“E finalmente, cumpre observar que as sentenças e os recursos devem obedecer à lei do tempo em que forem aquelas proferidas e estes interpostos; e se sobrevier lei nova sobre processo a seguir-se no recurso, esta lei produzirá efeito imediato, alcançando o próprio recurso interposto sob lei anterior e diversa” (*op. cit.*, p. 387).

Analisando o parágrafo inserido no artigo 515 do Código de Processo Civil pela Lei n. 10.352/01, Manoel Caetano Ferreira Filho leciona dizendo que:

“A regra em análise não contém qualquer elemento que permita a conclusão de que sua aplicação dependa de requerimento do apelante. Ao contrário, parece-nos muito claro que seu objetivo insere-se perfeitamente no âmbito do interesse público, uma vez que visa a aperfeiçoar a prestação jurisdicional, reduzindo consideravelmente o tempo de demora do processo. Assim como o julgamento antecipado de lide (art. 330) não constitui uma faculdade, mas sim um dever do juiz, o julgamento da lide pelo tribunal, quando reforma sentença terminativa, é obrigatório, desde que caracterizada uma das duas hipóteses previstas neste parágrafo” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 17, p. 68 e 69).

E ainda enfatiza:

“No caso em exame, o § 3º contém uma norma de ordem pública, que *deve* ser aplicada, *de ofício*, pelo

tribunal. Não se trata de mera *faculdade*, nem mesmo de *poder puro*. Claro que o tribunal tem o poder de verificar se estão, ou não, presentes os pressupostos descritos no texto legal para o imediato julgamento da lide. Todavia, estando eles configurados no caso concreto, ao tribunal só resta decidir, de plano, o mérito. Isto quer dizer que, se estiver caracterizada a hipótese descrita no preceito em comento e o tribunal não examinar o mérito, mas simplesmente devolver os autos ao primeiro grau de jurisdição, após reformar a sentença terminativa, estará *contrariando* a norma insculpida no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, rendendo ensejo ao cabimento do recurso especial, com fulcro na alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição Federal” (ob. cit., p. 70).

Partilhando da mesma linha de raciocínio, a qual, diga-se de passagem, já vinha sendo adotada por esta Corte antes da inserção do comando pela nova reforma processual civil advinda das Leis ns. 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, passo a examinar as questões alegadas pelos embargantes.

A evicção é evidente, posto que se encontrando a “Fazenda Gado Bravo” no acervo de bens da Hansen Agropecuária S.A., e tendo havido o cancelamento do registro imobiliário correspondente, é claro que o produto continha vício, qual seja, ausência de domínio, como reconhecido na decisão proferida no Estado da Bahia.

Eximir-se da obrigação à alegação de que a autora deveria ter intentado ação de indenização contra aque-

le que vendeu o imóvel à Hansen Agropecuária S.A. é inaceitável. Não há relação entre a autora e Benedito José de Lima, em nome de quem estava registrado o imóvel. A aquisição ocorreu com a *holding* familiar e esta, entendendo-se proprietária, obrigou-se a transferir o domínio à autora, livre de qualquer ônus ou embaraço. A autora, por seu turno, aquiesceu em receber a totalidade das ações da empresa, como todo o seu patrimônio, partindo do pressuposto de que sobre estes não existiam ônus, gravames e defeitos.

Há, portanto, inequívoca ligação/obrigação entre os réus e a autora, configurando a legitimação ativa da autora reconvinde e passiva dos réus reconvintes.

Alicerçando este juízo, Sílvio de Salvo Venosa, comentando sobre o disposto no artigo 1.107, esclarece:

“Esta garantia está presente em todo contrato oneroso, e não apenas na compra e venda, que vem regulada em algumas legislações. Quem transmite uma coisa por título oneroso (vendedor, cedente, arrendante etc.) está obrigado a garantir a legitimidade do direito que transfere. Desde que exista equivalência de obrigações para as partes, a garantia faz-se presente. Deve ser assegurado ao adquirente que seu título é bom o suficiente e que ninguém mais tem direito sobre o objeto do contrato, vindo a turbá-lo, alegando melhor direito. A evicção garante contra os defeitos de direito, da mesma forma que os vícios redibitórios garantem contra os defeitos materiais. Nos contratos gratuitos, não há

razão para a garantia, porque a perda da coisa pelo beneficiário não lhe traz um prejuízo, apenas obsta um ganho. No entanto, nada impede que, mesmo em uma doação, as partes estipulem a garantia, que não existe na lei” (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 2, p. 491 e 492).

No pertinente à alegação extraída do parecer do Professor Silvio Rodrigues, de que a evicção ocorre apenas quando a perda da coisa decorre de sentença judicial, melhor sorte não assiste aos embargantes, pois Silvio de Salvo Venosa, oportunamente, alerta que devido à nova realidade do mundo negocial não se pode mais aceitar esta posição dogmática (p. 494). Entrementes, destaca que “não é, porém, toda apreensão administrativa, ou ato administrativo, que pode ser equiparado à sentença para os fins de evicção” (p. 494).

Em razão disso, impõe-se a apreciação do conjunto probatório apresentado pela autora.

Na fl. 30, observa-se que o Dr. Juiz de Direito do Estado da Bahia declara a nulidade do título argumentando que o título de propriedade em favor do vendedor da Fazenda à empresa Hansen Agropecuária sequer existia, tendo sido afirmada apenas com o intuito maléfico de fraudar a boa-fé de terceiros.

Afirma a autoridade judiciária do Estado da Bahia que “tudo não passou de um golpe visando ao apossamento do imóvel. Pois bem, segundo velha parêmia jurídica: do nada, nada

nasce. Isto é, se o ato não existiu não poderá gerar direito algum” (fl. 30).

À vista disso, não restam dúvidas de que a decisão administrativa proferida no Estado da Bahia é aquela a que se refere o autor antes citado.

Da mesma forma, não merece prosperar a ilegitimidade ativa mencionada no parecer acostado às fls. 821 a 835, pois o crédito perseguido pela autora deriva do termo de compromisso firmado entre as partes, por meio do qual ela percebeu a totalidade das ações correspondentes à empresa Hansen Agropecuária S.A. e, portanto, também à Fazenda Gado Bravo, a qual lhe foi sacada em razão do cancelamento administrativo.

Não se discute nesta oportunidade a transação ocorrida entre a Hansen Agropecuária e o vendedor do imóvel Sr. Benedito como consta do parecer mencionado, apenas a obrigação que tinham os réus de passar ao patrimônio da autora a Fazenda Gado Bravo sem qualquer ônus, o que não ocorreu em virtude do cancelamento administrativo desencadeado pelo Ministério Público daquele Estado.

Acrescenta-se que a autora e a Hansen Agropecuária S.A. sequer eram partes no processo que ocasionou a nulidade do registro de propriedade advindo da escritura pública de compra e venda juntada às fls. 340 a 342.

Poder-se-ia falar em ilegitimidade de se a autora tivesse tentado ação de indenização contra o vendedor do imóvel, posto que o ônus de transferir os móveis e imóveis decorrentes do

termo de compromisso foi assumido pelos réus, os quais devem perseguir os caminhos judiciais cabíveis para buscar o imóvel perdido e não impor à autora este ônus, ao qual não deu causa.

A propósito, constata-se do conjunto probatório que o processo administrativo iniciou-se em 12 de junho de 1986 e a Escritura Pública de Compra e Venda foi celebrada em 20 de junho de 1986.

Não é possível aceitar o posicionamento do ilustre Professor Silvío Rodrigues à fl. 824 ao afirmar que a autora “recorreu às vias judiciais para receber, agora corrigido, o preço que a sua própria Hansen Agropecuária havia pago ao adquirir a Fazenda Gado Bravo”, visto que os documentos apresentados e não contestados pelos réus demonstram que a propriedade rural foi adquirida pela Hansen Agropecuária, quando esta ainda pertencia a *holding* familiar.

Em relação ao usucapião aduzido pelos embargantes com base no parecer do doutrinador Sílvio Rodrigues, não mencionados por ocasião dos embargos, matéria que é analisada somente em homenagem ao ilustre jurista, de dizer que também não merece guarida. Para que dele se cogitasse, indispensável seria a boa-fé, mas, a partir do cancelamento do registro, como se haveria de admiti-la como capaz de provar o tempo necessário para gerar direitos a título de propriedade? Merece ser destacado também que o Dr. Juiz de Direito da Bahia menciona que a retificação da área do

imóvel obtido pelo Sr. Benedito é totalmente irregular.

Ademais, se é dado a alguém o direito de buscar daquele que assumiu a obrigação de transferir o bem sem qualquer ônus o pagamento da quantia correspondente em decorrência da evicção, não há qualquer fundamento na justificativa de que lhe seria dado postular o usucapião. Estar-se-ia sujeitando o credor da obrigação aos percalços processuais sem solução previamente definida.

Outrossim, é importante destacar que não há cogitar de denunciação à lide, haja vista que a sentença não gera efeitos à pessoa de Benedito José de Lima, pois se discute nesta oportunidade apenas o crédito remanescente em favor da autora proveniente da venda das ações da *holding* familiar.

A quitação levantada pelos embargantes, com base no aditivo ao termo de compromisso acostado às fls. 19 a 27, igualmente deve ser repelida.

Sustentaram que a autora, juntamente com seu marido, firmou aditivo ao termo de compromisso originário, no qual dava por quitada qualquer responsabilidade dos demais contratantes acerca da “Fazenda Gado Bravo”.

No entanto, do exame do aditivo vislumbra-se que não é essa a interpretação que se ajusta ao caso concreto. Efetivamente, dispõe o documento adicional que:

“Uma vez liquidada a importância retrorreferida, as partes dão-se por mútua e reciprocamente quitadas em

relação a todos os haveres e obrigações, decorrentes do Termo de Compromisso retrorreferido e do presente Aditivo, para nada mais uma reclamar da outra, em qualquer tempo e a qualquer título, estando incluída nesta quitação quaisquer eventuais haveres junto a Longbid e em relação à Fazenda Gado Bravo (Bahia)”.

Partindo do pressuposto de que a palavra haveres segundo o Dicionário Aurélio (século XXI) significa bens, riqueza, extrai-se do contexto do adendo contratual que o acordo de vontades acima citado não tem o condão de quitar eventual indenização advinda da perda da fazenda, porém os frutos dela decorrentes, tanto é que além da propriedade rural restou mencionada a Longbid.

Além disso, no termo de compromisso, *rectius* cláusula 5, as partes já haviam utilizado a palavra haveres neste sentido, senão vejamos:

“Consumada a entrega dos bens e valores acima referidos a Sra. Eliseth Hansen Batschauer dá aos demais acionistas da JHJ Empreendimentos e Participações S.A. e JHJ Corretora de Seguros S.A. e às próprias empresas, a mais ampla, geral e irrestrita quitação de todos os seus haveres, para nada mais reclamar, no presente e no futuro, seja a que título for, retirando-se das sociedades”.

Como se não bastasse, o termo aditivo ocorreu em 14 de dezembro de 1989, enquanto a sentença que tornou nulo o registro imobiliário é de 20 de abril de 1993, alicerçando mais uma vez o raciocínio de que a palavra haveres abrange a riqueza pertencen-

te e decorrente da utilização do imóvel e não ele próprio.

Para tanto, colhe-se do instrumento particular acessório:

“Considerando que, não obstante haverem sido integralmente cumpridas, de parte a parte, todas as cláusulas e condições do referido Termo de Compromisso, fato novo e superveniente surgiu, fazendo com que as partes reabrissem as negociações a fim de ajustar o preço de aquisição das ações retrorreferidas; e

“Considerando que tal fato novo emergiu uma vez que, à época das negociações para a fixação do preço e forma de pagamento de tais ações, os promitentes adquirentes haviam oferecido como parte do preço 28.051.913 ações de emissão da Fundação Tupy S.A. ao seu valor patrimonial contábil constante dos registros contábeis da Cia. Hansen Industrial, o que foi aceito pela promitente alienante (Sra. Eliseth Hansen Batschauer), mas ato contínuo, por iniciativa dos mesmos promitentes adquirentes, propôs-se substituir tais ações por outros bens, de igual valor patrimonial contábil, o que também, após as justificativas apresentadas, fora aceito pela Sra. Eliseth Hansen Batschauer; e

“Considerando que, após tal ajuste assim pactuado pelas partes e em interstício não superior a 90 dias, os promitentes adquirentes promoveram a venda das ações da Tupy S.A. a terceiros por preço superior àquele que fora oferecido e ajustado para a compra de parte das ações da Sra. Eliseth Hansen Batschauer; e

“Considerando que, em vista disso reabriram-se as negociações entre as partes ora signatárias para o ajuste do preço das ações adquiridas pelos promitentes adquirentes da promitente alienante, através do Termo de Compromisso datado e assinado em 31 de março de 1989, do que, após troca de correspondências justificativas resultou a favor da Sra. Eliseth Hansen Batschauer, por mútuo consenso e acordo de parte a parte, uma importância acessória e complementar igual a US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos) convertida ao câmbio oficial de 1º de novembro de 1989 (NCz\$ 5,309), totalizando NCz\$ 26.545.000,00 (vinte e seis milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil cruzados novos), quantia essa que acrescida da remuneração integral do *over night*, no período de 1º-11-89 até esta data, importa no valor de NCz\$ 48.361.600,00 (quarenta e oito milhões, trezentos e sessenta e um mil e seiscentos cruzados novos), que será paga, em duas parcelas, da seguinte forma:

“a) NCz\$ 24.180.800,00 (vinte e quatro milhões, cento e oitenta mil e oitocentos cruzados novos), é paga neste ato, do que Sra. Eliseth Hansen Batschauer dá a mais ampla e geral quitação da quantia ora recebida;

“b) NCz\$ 24.180.800,00 (vinte e quatro milhões, cento e oitenta mil e oitocentos cruzados novos), que acrescida da remuneração do *over night* a partir da data da assinatura do presente instrumento, até sua efetiva quitação, será paga no dia 11 de janeiro de 1990”.

Nesse diapasão, e levando-se em consideração o valor pago pela fazenda, que, atualizado até dezembro de 1995, alcança a cifra de R\$ 11.621.100,20 (onze milhões, seiscentos e vinte e um mil, cem reais e vinte centavos), e convertido em moeda norte-americana, com base na cotação oficial na época de 0.9677, atinge o equivalente a aproximadamente US\$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares), não se pode admitir a alegação de que o montante pago no aditivo, ou seja, US\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares), também extinguiu a obrigação em relação à indenização devida pelo prejuízo havido com a perda da Fazenda Gado Bravo.

O pagamento adicional auferido aconteceu devido à alienação das ações referentes à Fundação Tupy S.A., as quais foram vendidas a terceiros por preço superior àquele oferecido e ajustado para a compra de parte das ações da autora.

Ainda no estudo das questões postas como impeditivas ao reconhecimento do direito postulado, está a circunstância de a autora ter afirmado na exordial o intuito de perseguir na via própria outras indenizações, como perdas e danos e lucros cessantes. Isso não é suficiente para afastar o cabimento da monitória. Nela, persegue-se a percepção de valor igual ao bem que, integrando o patrimônio da Hansen Agropecuária, deveria ter sido transferido. É obrigação certa, decorrente de contrato. As perdas e danos e lucros cessantes, ao contrário, necessitam primeiro ser reconhecidos, le-

vantados os valores, para então poderem vir a ser cobrados.

Não há incompatibilidade, nem a necessidade de que tais questões sejam tratadas conjuntamente, tendo em vista que se trata de opção da autora. Ao contrário, estar-se-ia impondo a relegação de crédito com força quase executiva para a obtenção da certificação (J. J. Calmon de Passos) deste direito pelas vias ordinárias, o que acabou ocorrendo em razão da oposição de embargos monitórios. Contudo, por ser matéria exclusivamente de direito, evitou a instrução probatória indispensável no caso de se reivindicar a indenização correspondente às perdas e danos e lucros cessantes.

O artigo 292 do Código de Processo Civil, aplicável no caso concreto, por sua vez, reza que “é permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”.

Portanto, a cumulação de pedidos não é obrigatória, é opcional.

A impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica alegada pelos embargantes é irrelevante na hipótese, haja vista que a obrigação decorre de ato em que as pessoas jurídicas e os sócios figurem como coobrigados.

Quanto ao valor pretendido pela autora, melhor sorte não assiste aos embargantes. Na realidade, em se tratando de indenização decorrente de evicção, uma coisa é certa: o valor indenizatório tem que corresponder ao preço pago pela coisa. O que se discute é se o montante da indeniza-

ção se refere àquele da época do negócio ou do momento em que ocorreu a evicção, devido à mutabilidade do preço dos imóveis no mercado imobiliário.

É o que alerta Silvio de Salvo Venosa, mencionando vários entendimentos doutrinários, nestes termos:

“Questão importante é saber se o preço a ser devolvido é o da época do negócio ou o da época em que ocorreu a evicção. O bem provavelmente terá tido uma oscilação de seu valor entre os dois tempos, independentemente da desvalorização da moeda. Caio Mário da Silva Pereira (1986, v. 3:92) entende que o alienante responde pela *plus* valia da coisa. Sustenta, a nosso ver com razão, que a lei manda que a indenização englobe os prejuízos sofridos pelo adquirente (art. 1.109, II), lembrando também, como temos feito com insistência, que o art. 1.059 insere, na indenização, não apenas o que se perdeu, mas também o que razoavelmente se deixou de ganhar. Na evicção, a idéia é de que o patrimônio seja recomposto integralmente. Assim também se posiciona Washington de Barros Monteiro (1980, v. 5:64), lembrando que na evicção parcial o art. 1.115 manda que se indenize o valor da coisa com base em seu valor no momento em que se evenceu. Não poderia o Código ter adotado outro peso e outra medida para a evicção integral. Acrescenta ainda esse autor que essa é a posição tradicional em nosso Direito e segue a orientação adotada pelas leis estrangeiras. Doutro lado, a simples correção monetária do valor do preço

pago normalmente não se equiparará ao valor atual da coisa, mormente em se tratando de imóveis” (Direito civil. São Paulo: Atlas, 2001, vol. 2, p. 497 e 498).

Cuida-se de pretensão havida no âmbito de ação monitória buscando-se um valor determinado – e tal aspecto já foi objeto de abordagem —, sendo lícito, como visto, optar-se pela restituição pecuniária condizente com o valor patrimonial do imóvel evicto. Não se trata de estimativa de custo para aquisição, ou de qualquer exercício de avaliação, mas a busca da reposição de parte do que foi recebido em troca do afastamento da *holding* familiar. Em resumo, a indicação dos termos do art. 1.109 do Código Civil de 1916 deve ser interpretada de acordo com o caso concreto.

Assim, tendo a autora postergado eventual pedido de indenização por perdas e danos em decorrência do vício para outra demanda, limitando-se a exigir o pagamento do valor desembolsado na compra do imóvel viciado, devidamente atualizado, resta irretocável a soma em dinheiro pretendida na exordial, ressaltando-se ainda que a planilha de cálculo sequer foi impugnada pelos embargantes.

A par de tudo quanto foi dito, re-forma-se a sentença de primeiro grau, julgando-se improcedentes os embargos e, em consequência, determinando o restabelecimento da segunda parte do despacho de fl. 383, constituindo-se de pleno direito o título executivo judicial, a fim de permitir as medidas executórias cabíveis para a efetivação do direito pleiteado.

No concernente ao reconhecimento do pedido, bem como da desistência da reconvenção postulada por Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior às fls. 741 e 747, resta a extinção do procedimento recursal, com base nos artigos 501 e 503, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, impondo-lhes o pagamento do crédito postulado pela autora.

Nem se diga que a manifestação posterior ao voto deste Relator, quando os autos se encontravam com vista ao eminente Desembargador Monteiro Rocha, pretendendo a retratação da desistência e do reconhecimento do pedido, é capaz de obstar sua homologação, pois seus efeitos são produzidos no momento em que houve a protocolização da petição informando a vontade das partes, sendo-lhes defesa a retratação.

Esta afirmação é alicerçada pelo doutrinador Manoel Caetano Ferreira Filho da seguinte forma:

“A desistência independe de homologação, pois a simples manifestação de vontade da parte, por si mesma, já produz o efeito de extinguir o procedimento recursal, se for total, ou de subtrair do recurso a parcela a que se refere, se for parcial. Claro que o juiz, ou tribunal, deve verificar a regularidade formal da manifestação de vontade, como o faz em relação aos atos processuais em geral, e *declarar* os efeitos já *produzidos* sobre o procedimento do recurso” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, vol. 7, p. 58 e 59).

Colhe-se no mesmo sentido o seguinte precedente:

“Produzindo efeitos desde logo [...], a desistência de recurso não pode ser retratada (Lex-JTA 148/227, acórdão com dois fundamentos)” (Negrão, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 33ª ed. atual. até 16 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 540, verbete 4a ao artigo 501).

Sendo assim, reconhecido o cabimento da ação monitória e sua procedência, invertem-se os ônus sucumbenciais, ficando ao encargo dos réus o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (que no caso concreto corresponde ao valor da condenação), atualizado de acordo com os índices do INPC, consoante o disposto no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Finalmente, passa-se ao exame da reconvenção.

Inicialmente, expõe-se que muito se discute na doutrina acerca de seu cabimento em sede de embargos monitórios.

Fernando César Zeni, em artigo publicado na Revista de Processo n. 91, após dissertar a respeito do assunto, concluiu que:

“A reconvenção, por seu turno, tem ampla aceitação no procedimento monitório, na medida em que, aceita a tese de que os embargos constituem-se em defesa do requerido, inadmitir a reconvenção seria violar o preceito constitucional insculpido no art.

5º, LV, da CF, e ainda, sendo a reconvenção ação judicial do demandado ao autor do pedido, em cumulação objetiva de ações (art. 292, § 2º, do CPC), sua admissão é de rigor” (Aspectos polêmicos da ação monitória. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1998, p. 283).

Sustentando também a possibilidade do pleito reconvenicional, Ernane Fidelis dos Santos disserta:

“Montesano e Arieta, que, apesar de tenderem ao entendimento da *opposizione* como declaratória, admitem pedido reconvenicional, defendem que o autor da monitória, o oposto, ao responder, poderá também reconvir, quando ocorrer a hipótese admissível. Seria, por exemplo, o caso de o embargante alegar pagamento efetuado, e o embargado, além de contestar o pagamento, afirmando que ele se refere a outra dívida, negar, em reconvenção, o próprio pagamento e pedir a condenação do embargante na dívida não paga, podendo, em consequência, não estender qualquer condenação, que, aliás, não advém da improcedência dos embargos, mas criar uma paralela em decorrência do próprio pedido reconvenicional” (Ação monitória. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 173).

Em que pese o entendimento de José Rodrigues de Carvalho Netto e outros em sentido contrário, bem como o posicionamento já adotado por esta Corte de que “a reconvenção, na ação monitória, só tem cabimento quando, pretendendo o devedor compensação de dívidas, seu crédito em face do autor credor estiver

adequadamente demonstrado, mediante prova escrita compatível com o procedimento” (Ap. Cív. n. 1996.011836-5, da Capital, rel. Des. Eder Graf), adota-se a primeira corrente mencionada, que admite sua utilização, uma vez que a oposição dos embargos monitórios converte o procedimento especial em ordinário. *Mutatis mutandis*, sendo ela possível no rito ordinário, operada a transmutação, é óbvia sua admissibilidade.

Contudo, tem-se que o pedido reconvenicional, qual seja, o reconhecimento de que a autora postulava quantia já paga e, em razão disso, ocasionaria a sua condenação em dobro, não pode ser abrigado, pois, se houve a admissibilidade da ação monitória, bem como o convencimento da existência do crédito de soma em dinheiro, sendo espancados todos os argumentos levantados pelos réus reconvincentes, torna-se desnecessária a reiteração de seus fundamentos.

Mantida a sentença nesse particular, porém com outra fundamentação, impõe-se a apreciação da irresignação das partes no que tange à verba honorária.

A autoridade judiciária de primeiro grau fixou os honorários no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Entrementes, o arbitramento deve ser efetivado de forma eqüitativa tendo em vista que não houve condenação, aplicando-se, diante disso, o previsto no § 4º do artigo 20 do dígito processual.

Observado tal raciocínio, deve-se apurar o grau de zelo dos advogados, as dificuldades encontradas para

a defesa dos interesses da vencedora, enfim, deve proceder-se a uma avaliação do desempenho profissional, com base nas alíneas do § 3º do artigo 20 do Código Buzaid.

No caso, as matérias constantes do pedido reconvenicional assemelham-se às constantes do pleito principal, tanto é que, reconhecida a procedência do último, as questões do primeiro foram absorvidas.

Nessa conformidade, fixa-se o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) como verba honorária suficiente para remunerar condignamente os profissionais.

Há que se analisar, igualmente, a pretensão manifestada pelos advogados Raul Tavares da Cunha Mello e outros, procuradores constituídos pela autora e que atuaram desde o oferecimento da inicial, resposta aos embargos, contestação à reconvenção, petição e razões de apelação, contra-razões às apelações interpostas pelos réus, restando excluídos quando os autos já se encontravam nesta Corte de Justiça, aptos para julgamento em grau de apelação.

Pretendem, na condição de terceiros interessados, resguardar os honorários da sucumbência, uma vez que, com fulcro nos termos do art. 23 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto do Advogado e da Advocacia), trata-se de direito dos profissionais e não da parte.

Esse argumento tem respaldo na doutrina, consoante a lição de Yussef Said Cahali, nestes termos:

“Realmente, na vigência do novo Estatuto da Ordem, ainda que

promovida a execução pelo cliente, tendo por objeto a totalidade da condenação incluindo os encargos processuais, a verba concernente aos honorários de sucumbência restará incólume de qualquer compensação pretendida pelo executado: afirmando enfaticamente o art. 23 da Lei n. 8.906/94 que 'os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado' por direito autônomo, sendo nula (art. 24, § 3º) qualquer cláusula contratual que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários da sucumbência, daí decorre que o direito próprio do patrono não se sujeita, em nenhum caso, à exceção da compensação de crédito do executado oponível à parte vencedora exequente pois é terceiro estranho às relações obrigacionais existentes entre os demandantes" (Honorários advocatícios. 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 844 e 845).

Ressalta-se que a atuação dos referidos profissionais decorre de outorga de mandato, que compreendia a defesa de seus interesses na ação monitória, e foram eles desenvolvidos quase em sua integralidade, conforme já salientado.

Contudo, não se pode olvidar que os novos profissionais habilitados trouxeram pareceres alicerçando os argumentos sustentados pela autora, bem como realizaram sustentação oral no julgamento.

Isso determina o reconhecimento da necessidade de se estabelecer a divisão equânime, isto é, condizente com o trabalho exercido pelos patro-

nos anteriores como pelos atuais. Assim, ficam os advogados inicialmente constituídos com o direito à percepção de 90% (noventa por cento) dos honorários fixados em razão da improcedência dos embargos e do pedido formulado na reconvenção, e o restante, ou seja, 10% (dez por cento) aos que ingressaram no processo em sede recursal.

Resumindo-se o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso da autora reconvinde e dos recursos dos réus reconvintes, extinguindo-se o procedimento recursal no que tange a Lilia Hansen e espólio de João Hansen Júnior, para reconhecer a existência de crédito de soma em dinheiro e determinar o prosseguimento do processo monitório com as medidas executórias cabíveis.

Outrossim, inverte-se os ônus da sucumbência em favor da autora, reduzindo, no entanto, para 10% (dez por cento) a verba honorária do pedido monitório, mantendo a improcedência do pedido reconvenicional, com outra fundamentação, e, por derradeiro, reduzir o valor nele fixado a título de honorários advocatícios, em razão da aplicabilidade do § 4º em prejuízo do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, devido à falta de condenação.

III — Decisão

Ante o exposto, por maioria de votos, vencido o Des. Monteiro Rocha, deu-se parcial provimento ao recurso da autora reconvinde e aos recursos dos réus reconvintes e, por unanimidade de votos, extinguiu-se o

procedimento recursal em relação a Lília Hansen e espólio de João Hansen Júnior.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 21 de novembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

I — Relatório

Na comarca de Joinville, Elisabeth Hansen Batschauer, devidamente qualificada, por meio de advogado (procuração inclusa – fl. 13), ajuizou ação monitória contra JHL Empreendimentos e Participações S.A.; Tigre Participações S.A.; JHJ Corretora de Seguros S.A.; Lília Hansen e o espólio de seu esposo João Hansen Júnior; Rosane Maria Fausto Hansen e o espólio de seu esposo Carlos Roberto Hansen e João Hansen Neto, também qualificados nos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

“Que como parte do pagamento de suas ações nas empresas JHL Empreendimentos e Participações S.A. e JHJ Corretora de Seguros S.A., a autora recebeu, em 31 de março de 1989, através de ‘Termo de Compromisso’, a totalidade das ações da empresa Hansen Agropecuária S.A.;

“Que entre os bens da Hansen Agropecuária S.A. e compondo, portanto, parte do preço das ações da autora, mencionados no item anterior, figurava a Fazenda Gado Bravo, situada no Estado da Bahia;

“Que esse imóvel foi adquirido em 20-6-1986, pela empresa Hansen Agropecuária S.A., pelo preço de sessenta e quatro milhões e oitocentos mil cruzados, preço este que foi pago através do cheque Bradesco n. 350.461, da empresa Tigre Participações S.A. que, à época, denominava-se Companhia Hansen Industrial;

“Que o preço da fazenda, adotando-se o dólar comercial da época, era equivalente a quatro milhões, seiscentos e oitenta e dois mil dólares norte-americanos;

“Que a Fazenda Gado Bravo deveria ter sido transferida à autora livre e desembaraçada de quaisquer ônus, pois assim se comprometeram os réus na cláusula sétima do Termo de Compromisso;

“Que quando o Grupo Hansen adquiriu a Fazenda Gado Bravo, em 20-6-1986, tramitava na comarca de Barreiras, Bahia, desde 9-6-1986, o Processo Administrativo n. 215/86, ao qual foram apensados os Processos ns. 470/87, 551/86 e 1.164/90;

“Que em 20-4-93, ao julgar os processos administrativos acima mencionados, o então juiz processante decretou a nulidade do Registro n. 11.317, do Livro 3-H, do Cartório Imobiliário do 1º Ofício da comarca de Barreiras, que se refere à Fazenda Gado

Bravo, bem como o cancelamento de todas as averbações dela decorrentes, a saber, no Livro n. 2 do Referido Cartório, as averbações de ns. R-1-6055, de 1º-8-84, R-1-6055, de 27-10-83, R-1-6366, de 16-3-84 e, no Livro n. 3-H, o registro de n. 11.469, de 21-10-67;

“Que a Fazenda Gado Bravo, adquirida pelo Grupo Hansen de Benedito José de Lima, estava registrada sob o n. 11.317 do Livro de Transcrições n. 3-H do Cartório de Registro de Imóveis e Hipotecas da comarca de Barreiras, título e registro cancelados, porque nulos;

“Que quando os réus, como parte do pagamento das ações da autora, passaram-lhe a Fazenda Gado Bravo, estavam passando nada à autora, num típico caso de evicção total;

“Que a autora foi informada por terceiros do processo administrativo e da sentença e, desde então, vem buscando receber dos réus indenização a que tem direito;

“Que em razão de se tratar de evicção total, o valor da indenização se compõe do preço, atualizado, pago pelo Grupo Hansen, em 20 de junho de 1986 e que, em 31-12-95, importava em R\$ 11.621.100,20, valor que pretende cobrar através da presente ação monitória;

“Que o Termo de Compromisso e seu aditivo, e o processo e sentença da comarca de Barreiras/BA, não deixam a menor dúvida a respeito do crédito da autora frente aos réus;

“Que o crédito decorre de simples atualização do preço pago pelo Grupo Hansen pelo imóvel

que, posteriormente, foi transferido à autora, conforme Termo de Compromisso;

“Que o crédito está bem fundado na cláusula sétima do Termo de Compromisso, onde consta a previsão de que todos os bens móveis e imóveis deveriam vir para a autora livre de quaisquer gravames;

“Que os réus são solidários. O próprio Termo de Compromisso e seu aditivo não deixam a menor dúvida a respeito, pois os réus lhe transferem bens de propriedade da Cia. Hansen Industrial, hoje Tigre Participações S.A.; bens da JHJ Empreendimentos e Participações S.A.; bens da Orion Aero Táxi S.A.; da Brasivil Resinas Vinílicas S.A.; da Transportadora Rodotigre;

“Que o exercício, pelos réus — pessoas físicas —, do controle majoritário dentro do Grupo Hansen, estaria a configurar um caso de descon sideração da personalidade jurídica em razão do controle, caracterizando a solidariedade entre os réus, sejam pessoas jurídicas, sejam pessoas físicas”.

Requeru a citação dos réus para pagarem a quantia de R\$ 11.621.100,20, ou apresentarem defesa por meio de embargos, e, ao final, a procedência da ação.

Valorou a causa e juntou os documentos de fls. 13 a 346.

O despacho de fl. 349 determinou a emenda da inicial.

Cumprindo mencionado despacho, vieram aos autos a petição de fls. 351 e 352 e os documentos de fls. 353 a 381.

Despacho de fl. 383 determinou a citação dos réus.

Devidamente citados, JHJ Empreendimentos e Participações S.A., Tigre Participações S.A., JHJ Corretora de Seguros S.A., Rosane Maria Fausto Hansen e Espólio de Carlos Roberto Hansen ofereceram embargos à monitória, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que os réus não têm qualquer relação com a escritura pública de compra e venda firmada entre uma empresa e um alienante, devendo o feito ser julgado extinto na forma do art. 267, VI, do CPC; preliminarmente, ausência de interesse processual e de possibilidade jurídica do pedido, uma vez que a autora não apresentou início de prova documental, e, ainda, não estabeleceu o necessário vínculo entre as partes, sendo o pedido inepto, devendo o processo ser extinto na forma do art. 267, I e II, do CPC.

Quanto ao mérito, alegam que este se confunde com as preliminares alegadas em face da confusão e da inadequação processual promovida pela autora. As partes não são legítimas, o início de prova de crédito não existe, como determina o CPC nos arts. 1.102a e seguintes, além dos fatos explanados pela autora, que não dizem respeito a ação e ao que pretende.

Assim discorrendo, postularam o julgamento antecipado da lide com a declaração de improcedência e condenação da autora em honorários advocatícios e custas do processo.

Com os embargos vieram os documentos de fls. 409 a 428.

Às fls. 443 a 470, encontram-se os embargos ofertados por Lília Hansen e Espólio de João Hansen Júnior, nos quais é alegado, preliminarmente, inépcia da inicial, pois, dos fatos relatados na inicial, não se chega à conclusão do pedido; preliminarmente, carência de ação, por inexistir documento obrigando os réus a pagarem a quantia reclamada na inicial, descabendo a ação monitória; preliminarmente, ilegitimidade ativa *ad causam* da embargada, uma vez que foi Hansen Agropecuária S.A. quem adquiriu a fazenda; preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* dos embargantes, pois o responsável pela evicção é Benedito José de Lima, sendo evicta Hansen Agropecuária. Não sendo os embargantes alienantes, não podem ser demandados pela evicção; preliminarmente, faltam pressupostos para a demanda evictória, não podendo a embargada promover essa ação contra os embargantes.

Quanto ao mérito, alegam:

“Que a demanda é totalmente improcedente. Dos fatos expostos e documentos trazidos na inicial, resulta a identificação dos autores do ilícito de que se queixa a embargada;

“Que descabe a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica;

“Que ao pleitear indenização relativamente à prestação contratual, abrangida por plena e irrevogável citação, a autora está enquadrando-se no dispositivo do art. 1.531 do Código Civil;

“Que o valor que a embargada pretende cobrar dos réus demonstra falta de nexo e seriedade desta demanda. Trata-se de valor ilíquido e muito distante do pretensioso valor que a embargada está indevidamente a exigir”.

Postularam, ao final, a extinção da ação monitória, sem julgamento do mérito, ou a improcedência da demanda, com a condenação em despesas processuais e honorários advocatícios.

Às fls. 472 a 475, Lilia Hansen, Espólio de João Hansen Júnior e João Hansen Neto ajuizaram reconvenção à ação monitória contra Eliseth Hansen Batschauer, alegando, sinteticamente, o seguinte:

“Que a autora-reconvinda quer cobrar dos reconvintes a indenização por evicção da Fazenda Gado Bravo, no valor correspondente ao preço da compra feita a Benedito José de Lima;

“Que em aditivo ao termo de compromisso a autora-reconvinda e seu marido receberam uma quantia e deram quitação a todas as obrigações, inclusive em relação à Fazenda Gado Bravo;

“Que de acordo com o disposto no art. 1.531 do Código Civil, aquele que demandar por dívida já paga ficará obrigado a pagar ao devedor o dobro do que tiver cobrado”.

Postularam pela intimação da reconvinda na pessoa de seu advogado para oferecer defesa, e pela procedência da demanda com a condenação da reconvinda ao pagamento de R\$ 23.242.200,40, correspondente ao dobro do valor pretendido na ação mo-

nitória, mais custas processuais e honorários advocatícios.

Protestaram pela produção de provas e valoraram a causa.

Às fls. 477 a 503, João Hansen Neto, por intermédio dos também advogados de Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Junior, ofereceu embargos à monitória, utilizando-se das mesmas alegações contidas nos embargos ofertados às fls. 443 a 470.

Petição de fl. 505 traz aos autos os instrumentos de procuração outorgados por Lilia Hansen, Espólio de João Hansen Junior e João Hansen Neto.

Às fls. 509 a 521, Eliseth Hansen Batschauer apresentou manifestação sobre os embargos ofertados pelos réus da monitória, alegando o seguinte:

“Que o objeto do Termo de Compromisso celebrado entre as partes diz respeito à venda da totalidade das ações que a embargada possuía nas empresas JHJ – Empreendimentos e Participações S.A. e na JHJ — Corretora de Seguros S.A., e o recebimento como dação em pagamento de tais ações, num rol de bens e valores descritos no referido documento, entre os quais a Fazenda Gado Bravo;

“Que a Fazenda Gado Bravo está embutida no que dispõe a cláusula 2, a, (II), à fl. 15, e por força da cláusula 7, à fl. 16, a transferência dos bens móveis e imóveis, entre os quais a Fazenda Gado Bravo, seria absolutamente livre e desembaraçada de quaisquer ônus, dívidas, dúvidas, lití-

gios, opções de compra ou outros gravames;

“Que as preliminares instauram a subversão do procedimento enquanto método confiável fundado em nosos padrões substantivos;

“Que ficou consignado no aditivo ao termo de compromisso, à fl. 21, que as partes se davam mútua e recíproca quitação em relação aos haveres e obrigações do termo de compromisso, inclusive a Fazenda Gado Bravo;

“Que diante da sentença prolatada no processo administrativo, na Bahia, nenhum valor jurídico se revestiu e se reveste a mútua quitação das partes em relação à Fazenda Gado Bravo;

“Que os embargantes devem à embargada parte do preço combinado, com a não transferência da Fazenda Gado Bravo, sendo que o valor está corrigido na memória de cálculo de fls. 331 a 335, segundo os critérios do Termo de Compromisso e seu Aditivo”.

Acerca das preliminares argüidas nos embargos ofertados, a autora, por de seu advogado, as refuta, e, ao final, postula a rejeição dos embargos.

Às fls. 515 a 521, Eliseth Hansen Batschauer ofereceu contestação à reconvenção interposta por João Hansen Neto, Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Júnior, alegando, preliminarmente, que o feito deve ser extinto, por inexistir o *jus postulandi*, na forma do art. 267, I e IV, do CPC; preliminarmente, a petição é inepta por impossibilidade jurídica, pois a oposição ao pedido contido na monitória somen-

te ocorre pela ação incidental de embargos ao mandado, ou dos embargos à execução do título já constituído, ou as vias ordinárias, estando descartada a possibilidade jurídica de reconvenção.

Sobre o mérito, alega:

“Que os reconvintes afirmam que sequer foram partes na compra ou na venda da Fazenda Gado Bravo, e contraditoriamente afirmam que a autora lhes deu quitação;

“Que com base nesta contradição pretendem receber da reconvinida o dobro do valor da monitória;

“Que se não participaram do negócio objeto da ação monitória, não têm direito ao pleito que fazem sob o fundamento do art. 1.531 do Código Civil;

“Que, por outro lado, se participaram do negócio, então compraram ações do Grupo Tigre que pertenciam à reconvinida e pagaram parte do preço combinado com o imóvel Gado Bravo;

“Que, no entanto, os autos da ação monitória revelam que a Gado Bravo nunca pertenceu nem aos reconvintes, nem a nenhuma de suas empresas [...] documentos que revelam que os reconvintes jamais foram titulares do domínio da Fazenda Gado Bravo, nem quaisquer de suas empresas. *Vide*, também, à fl. 354 a certidão, datada de 27 de março de 1996, do Registro de Imóveis, sobre a Gado Bravo” (item 5, fls. 519 e 520).

Ao final, postulou a rejeição e a extinção do pedido reconvenção ou,

no mérito, a sua improcedência, com a condenação dos reconvintes nas despesas processuais e honorários de advogado.

Sentença de fls. 530 a 535 extinguiu a ação monitória, entendendo que o pedido é juridicamente impossível e condenou a autora ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios.

Com relação à reconvenção, esta foi julgada improcedente, entendendo o Magistrado *a quo* não existir conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa, condenando os reconvintes ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios.

Inconformada com a sentença, Eliseth Hansen Batschauer, às fls. 539 a 553, interpôs recurso de apelação, arguindo o seguinte:

“Que a sentença é nula pois não apreciou os embargos de João Hansen Neto;

“Que as procurações de fls. 422 a 425 tiveram validade extinta em 30-4-1996 antes da apresentação de quaisquer embargos, faltando o *jus postulandi*;

“Que a sentença é manifestamente contrária aos documentos dos autos e viciada de ilegalidade por não analisar o mérito da questão;

“Que a apelante espera a reforma do julgado para rejeitar os embargos e decretar a procedência da monitória;

“Que, com relação à reconvenção, existem defeitos que viciam de nulidade a decisão, embora correta a

solução adotada ao julgar improcedente a reconvenção;

“Que impõe-se a reforma da decisão da reconvenção na questão dos honorários advocatícios, devendo os mesmos serem elevados para 20%”.

Ao final postula a autora-ape-lante o conhecimento e o provimento do seu recurso.

Às fls. 555 a 567, João Hansen Neto, Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Júnior, irresignados com a sentença proferida, interpuseram recurso de apelação, argumentando o seguinte:

“Que a improcedência da reconvenção não pode prevalecer, pois a apelada deu quitação no ‘Aditivo ao Termo de Compromisso’ a todas as obrigações pactuadas, inclusive à Fazenda Gado Bravo;

“Que a reconvenção baseia-se em fundamento da defesa, estando presentes os requisitos necessários ao pedido reconvenção;

“Que o art. 1.531 do Código Civil é claro ao dispor que aquele que demandar por dívida já paga ficará obrigado a pagar ao devedor o dobro do que tiver cobrado, e foi neste artigo que se baseou a reconvenção”.

Por derradeiro, postulam a reforma da sentença para o fim de julgar procedente a reconvenção, com as condenações de praxe, ou, alternativamente, a reforma da sentença para diminuir o percentual de honorários advocatícios.

Às fls. 572 a 582 encontram-se as contra-razões de Eliseth Hansen Batschauer, nas quais repisou os argu-

mentos expendidos na impugnação aos embargos à monitória e contestação à reconvenção, postulando ao final o desprovimento do recurso de fls. 555 a 567.

JHJ Empreendimentos e Participações S.A. e outros, às fls. 583 a 605, apresentaram contra-razões ao recurso de apelação da autora, reproduzindo argumentos utilizados em sua peça de embargos, postulando, por fim, a manutenção da sentença de primeiro grau.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Às fls. 610 e 611, Eliseth Hansen Batschauer constitui novos procuradores, trazendo cópia da procuração outorgada (fls. 612 e 613) e pareceres de fls. 616 a 641 e 642 a 674.

Às fls. 676 a 683, JHJ Empreendimentos e Participações S.A. e outros ofereceram memorial e parecer de fls. 684 a 694.

Pedidos de vista, juntada de instrumento de procuração e memorial encontram-se às fls. 709 a 740.

Às fls. 741 a 747, Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Junior declaram reconhecer o direito da autora, postulando ao final pela procedência da monitória e pela homologação do pedido de desistência da reconvenção.

Certidão de fl. 750 atesta o adiamento do julgamento do recurso em face da interposição da petição de fls. 741 a 747.

Despacho de fl. 751 abre vista às partes para se manifestarem sobre a petição retromencionada.

Rosane Maria Fausto Hansen e outros apresentaram suas manifestações acerca da petição de fls. 741 a 747.

Às fls. 759 a 763, Eliseth Hansen manifesta-se sobre o reconhecimento de seu direito por Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Junior, concordando com a homologação do reconhecimento do seu direito reclamado na monitória, bem como com a desistência da reconvenção (fl. 762).

Às fls. 776 a 781, os advogados constituídos para o ajuizamento da ação monitória, por meio de advogada, dizendo-se terceiros interessados em decorrência da verba honorária existente na procedência da ação e na extinção/improcedência da reconvenção, postulam seja reconhecido o direito sobre a verba honorária. Juntam os documentos de fls. 783 a 800 (contratos que envolvem pessoas jurídicas e não a pessoa física da autora).

Às fls. 811 a 819, João Hansen Neto apresenta memoriais, e pareceres às fls. 820 a 852, 853 a 879 e 880 a 927.

Prazo foi aberto para a autora manifestar-se sobre os pareceres ofertados.

Petições de fls. 949 a 969 vieram aos autos.

Certidão de fl. 970 atesta o voto do relator no sentido de prover em parte os recursos, ocasião em que este Julgador postulou vista dos autos para proferir voto.

Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Junior constituem novo procu-

rador, conforme petição de fls. 971 e 972 e documentos de fls. 973 a 978.

É o relatório.

II — Voto

Da Ação Monitória

1. Tratam os autos de ação monitória em que a autora busca o reembolso de quantia referente ao valor de um imóvel, supostamente adquirido por meio do Termo de Compromisso de fls. 14 a 18, postulando o direito decorrente da evicção total deste.

2. Objetivando resolver as arguições preliminares das partes, traz-se aos autos entendimento doutrinário do processualista Sérgio Sahione Fadel, *in* Código de Processo Civil Comentado, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1974, tomo II, p. 94 e 95:

“As condições da ação são aqueles requisitos que servem de premissa a que a relação jurídica processual se forme validamente.

“Compreendem a possibilidade jurídica do pedido, ou seja, a pretensão do autor e a defesa do réu devem estar em posição tal, que seja possível, juridicamente, alcançarem os objetivos almejados.

“A necessidade de possibilidade jurídica afasta os pedidos absurdos, como a pretensão da pessoa estranha à sucessão a partilhar o monte inventariado.

“E finalmente, abrangem o interesse processual legítimo, que é a existência de uma posição tal, que permita ao autor postular dentro dos preceitos da moral e da lei, e não vir a juízo, por exemplo, cobrar dívida de

jogo, ou pretender uma remuneração pela prática de advocacia administrativa, etc.

“As condições da ação são concorrentes e não excludentes uma das outras. Para que o processo se forme e prossiga, não pode faltar qualquer delas. A pena é a extinção com base no art. 267, VI”.

Todas as preliminares aduzidas (ilegitimidade ativa *ad causam*, ilegitimidade passiva *ad causam*, inexistência de interesse processual, impossibilidade jurídica do pedido, carência de ação e falta de pressupostos para a demanda evictória) envolvem matéria de mérito, que com este serão analisadas oportunamente.

3. O art. 1.102a, do Código de Processo Civil, estatui o seguinte:

“A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

Como se vê, o procedimento monitório brasileiro é o documental, exigindo a apresentação, pelo autor, de “prova escrita sem eficácia de título executivo”, objetivando “não colidir com o instituto da tutela antecipada, que não exige prova escrita da obrigação” (RT 732/74).

A melhor doutrina pátria, ao analisar o sentido e o conteúdo da expressão “prova escrita”, entende que esta “encerra o documento demonstrativo de crédito, em princípio, líquido e exigível, mas desprovido de certeza, merecedor de fé pelo jul-

gador, quanto à autenticidade e eficácia probatória. Constitui, pois, como anota a doutrina italiana, a prova objetiva de *pronta soluzione*, que não reclama, por via de consequência, *lunga indagine*, vale dizer, cognição aprofundada acerca do fato que se pretende provar” (José Rogério Cruz e Tucci, *in* “Ação Monitoria”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 82).

Para que se possa reivindicar o pagamento de soma em dinheiro – outro elemento importante à configuração do art. 1.102a, do CPC —, é necessária a presença dos requisitos legais atinentes à liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar por meio desta ação monitoria.

Conforme ensinamento doutrinário, “o conceito de liquidez abrange a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. A soma de dinheiro é a mesma quantia certa, que se reclama para a execução regulada pelos arts. 646 e seguintes do Código de Processo Civil. Não se pode pedir quantia incerta na pendência de liquidação posterior, pois na ação monitoria requer-se a expedição de mandado de pagamento, baseado em elementos probatórios da petição inicial, não havendo momento hábil posterior para que haja a liquidação do *quantum debeatur*. O conceito de certeza, vem a ser a exatidão do crédito, sem qualquer dúvida ou incerteza, sendo incontestável a sua existência” (Patrícia Andrades Gameiro, Introdução da Ação Monitoria no

Ordenamento Jurídico Brasileiro Pela Lei n. 9.079/95).

Tratando sobre o assunto em apreço, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “embora na ação monitoria não se requeira a comprovação da certeza, exigibilidade e liquidez do débito nos moldes do processo de execução, essa prova deve ser feita, ainda que indiretamente e por meio de cognição sumária, mediante os documentos que instruem a inicial e atestam a narrativa nela contida, pois o seu objetivo é a constituição de título executivo que só pode ser alcançada com a indicação precisa do valor que se pleiteia” (Min. Eduardo Ribeiro, REsp n. 147548/MG, DJU de 27-9-99, p. 95).

Por intermédio do procedimento monitorio é conferida ao credor a facultade de obter indiretamente o título executivo para o direito que postula, evitando os entraves, a demora e o alto custo inerentes ao procedimento comum.

Alega a autora que com a celebração do termo de compromisso com os réus vendeu ações de empresas do Grupo Hansen, que lhe pertenciam, recebendo em pagamento dinheiro, bens móveis e imóveis e outras empresas.

Dentre o acervo recebido pela autora, consta a empresa Hansen Agropecuária S.A. que possuía entre os seus bens a Fazenda Gado Bravo, situada na Bahia e que foi adquirida pela empresa Hansen Agropecuária S.A., tendo o pagamento do negócio sido efetuado pela Companhia Hansen Industrial.

A autora evoca a cláusula 7ª do mencionado termo de compromisso para justificar o crédito que possui em decorrência de alegada evicção do imóvel *sub judice* (fl. 16).

Embora na inicial a requerente afirme que a Fazenda Gado Bravo pertencia à Hansen Agropecuária S.A., na realidade o que se vê dos autos é que Eliseth Hansen Batschauer (pessoa física) é quem formula a ação monitória contra os ora apelados.

Objetivando espancar qualquer dúvida sobre a legitimidade ativa *ad causam*, o ilustrado Juízo *a quo* determinou a emenda da inicial, consistente na “comprovação de que o imóvel denominado Fazenda Gado Bravo, integrava o patrimônio (ativo permanente) da empresa Hansen Agropecuária S.A., e da Agro HB S.A.” (fl. 349).

Cumprindo o despacho aludido, a autora trouxe o documento de fls. 370 a 381, denominado Diário Geral – Contabilidade Geral, da empresa Hansen Agropecuária S.A., no qual, à fl. 370, aparece o lançamento da aquisição da Fazenda Gado Bravo.

Embargando a ação monitória, os réus alegam, em preliminares, a ilegitimidade ativa *ad causam* da embargada, a ilegitimidade passiva *ad causam* destes por não existir qualquer ligação deles com a compra e venda do imóvel evicto; a inexistência de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido, por faltar início de prova vinculando as partes do processo; carência de ação por inexistir documento que lhes obrigue ao pagamento da quantia reclamada na inicial e a fal-

ta de pressupostos para a demanda evictória contra os réus.

Os apelados trazem aos autos o parecer de fls. 821 a 835, lavrado pelo eminente Professor Silvio Rodrigues, que tratando sobre a legitimidade das partes, conclui acertadamente no sentido de que “falta legitimação aos contendores para figurarem nesta demanda, pois nem a autora, nem os réus jamais foram donos da Fazenda Gado Bravo”, conforme se verá adiante.

4. A documentação trazida aos autos na inicial monitória não pode ser caracterizada como prova escrita necessária à propositura da mencionada ação, tendo em vista não haver sido provada, desde o início, obrigação demonstrando que a recorrente possuía, efetivamente, um crédito em seu favor no âmbito desta ação.

Qual é a prova escrita, sem eficácia de título executivo, objetivando pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel?

Segundo a tese apresentada pela recorrente, mencionada prova está consubstanciada no termo de compromisso de fls. 14 a 18. Entretanto, o aludido termo de compromisso não se presta para fins executórios e tampouco para fins de procedimento monitório, pelo fato de que o imóvel “Fazenda Gado Bravo” não faz parte do mencionado termo e porque a ligação entre a Companhia Hansen Agropecuária S.A. e o aludido imóvel somente ocorre por meio de outro documento – Escritura Pública de fl. 339—TJSC – no qual não

constam os nomes da apelante e dos apelados.

Ainda mais, o termo de compromisso de fls. 14 a 18 é o único documento unindo a autora e os réus da ação, uma vez que no aludido contrato, firmado entre as partes, a autora recebeu como pagamento, por suas ações alienadas, a empresa Hansen Agropecuária S.A., sem qualquer menção de valor.

A requerente e apelante traz aos autos o único documento (fls. 339—TJSC) – Escritura Pública de Compra e Venda da Fazenda Gado Bravo —, que liga mencionada propriedade rural com a empresa Hansen Agropecuária S.A.

À fl. 342, *in fine*, está inserido protocolo de registro imobiliário firmado em 11-7-1986, tentando fazer crer na veracidade do ato registral, mas tal veracidade é afastada pela certidão de fl. 356—TJSC, na qual está escrito que o imóvel rural já havia sido vendido em 31-3-82.

Como a apelante na exordial monitória asseverou que a propriedade rural objeto dos autos foi adquirida por Hansen Agropecuária S.A. em 1986, a decorrência lógica é a de que tal compra e venda deveria estar consignada na certidão de fl. 356—TJSC, após a averbação datada de 31-3-1982, e anteriormente à averbação de 11-5-1993, ocasião em que houve determinação judicial cancelando todas as averbações imobiliárias referentes ao imóvel denominado Fazenda Gado Bravo.

Em decorrência da prova documental trazida aos autos, chega-se à

conclusão de que a empresa Hansen Agropecuária S.A. nunca foi proprietária da Fazenda Gado Bravo e, em consequência, se créditos a apelante possui, não é por meio desta ação monitória que poderá reavê-los, mas, sim, por intermédio de procedimento adequado à espécie.

A apelante, com muita persistência, vem tentando buscar seu direito por meio de ações monitórias, mas seus objetivos não têm alcançado êxito, pelo que se infere de decisão judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – envolvendo as mesmas partes —, e tendo como relator o eminente Des. Pedro Manoel Abreu, *in* Apelação Cível n. 1997.009091-9, de Joinville/SC:

“A prova escrita do descumprimento da obrigação de transferir bens móveis e imóveis livres de quaisquer ônus não se equipara à prova de obrigação ao pagamento de soma em dinheiro. Obrigação reflexa, decorrente de termo de compromisso negocial, é inapta a embasar o decreto injuntivo, conquanto não se descarte a hipótese de reembolso pela via ordinária”.

Porque inexistente no caso em apreço a alegada evicção, indispensável é transcrever-se ensinamento do sempre lembrado Professor paulista Silvio Rodrigues, que, ao conceituar o mencionado instituto, afirma o seguinte:

“Dá-se evicção quando o adquirente de uma coisa se vê total ou parcialmente privado da mesma, em virtude de sentença judicial que a atribui a terceiro, seu verdadeiro dono. Portanto, a evicção resulta sempre de uma

decisão judicial” (Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – São Paulo — Editora Saraiva, vol. 3, p. 111).

Como a evicção é, segundo entendimento de Carvalho Santos, “a perda total ou parcial do domínio, ou uso, de uma coisa, em virtude de sentença que o atribui a outrem”, é indubitável que ela pressupõe a existência de uma decisão judicial que atribuiu a outrem o domínio, posse ou uso da coisa adquirida pelo evicto.

N’outro passo, só depois de ganha a demanda pelo terceiro é que o comprador evicto tem ação contra o vendedor para obrigá-lo a responder pela evicção.

A assertiva de que a Fazenda Gado Bravo faz parte do acervo patrimonial da empresa Hansen Agropecuária S.A. não impressiona pelo fato de que o documento de fl. 370, intitulado “Contabilidade Geral”, insere em seus escritos, na coluna débito, a aquisição da Fazenda Gado Bravo, ao preço de Cz\$ 64.800.000,00, quando deveria estar na coluna “*crédito*”, tendo em vista que não foi a Companhia Hansen Agropecuária S.A. quem pagou o preço da propriedade rural, mas, sim, a Companhia Hansen Industrial, conforme confessa a inicial monitoria, em seu item 3.

O ilustrado Professor e amigo Silvio Rodrigues, por ocasião do seu parecer de fls. 821 a 835, soluciona o problema judicial da evicção alegada, quando assevera que “nem a autora, nem a Hansen Agropecuária (empresa cujas ações lhe

pertencem), sofreram evicção. Não fizeram em ação reivindicatória que houvesse terminado por sentença judicial atribuindo a um terceiro evictor, o domínio e a posse da Fazenda Gado Bravo”.

Transcrevo o parecer do processualista Ovídio Baptista da Silva, que, conclusivamente, soluciona o caso *in specie*:

“Entendemos que os demandados, por não serem alienantes, não respondem diretamente por evicção, de modo que a ação promovida pela autora é improcedente, por impropriedade de *causa petendi*.

“A responsabilidade por eles assumida no ‘Termo de Compromisso’, a nosso ver, deve ser tratada como obrigação por fato de terceiro, não, como pretende a autora, obrigação que grave o alienante. Da impropriedade da *causa petendi*, decorre a ilegitimidade das partes.

“É duplamente imprópria a ação monitoria, seja pela falta de iliquidez do título em que a autora se baseia, posto que se teria de arbitrar o valor da coisa, ao tempo em que se vencer, seja pela outra causa de iliquidez que decorre da natureza indenizatória da ação de evicção, que haverá de ser formada com as parcelas de ressarcimento deixadas fora da ação, mas nela compreendidas, por força do disposto no art. 474 do Código de Processo Civil, isto porque não é possível seccionar a ação de evicção como fez a autora, desprezando parcelas ilíquidas do crédito e reservando-se

para pleiteá-las em uma segunda ação” (fls. 684 a 694).

A ação monitória intentada é imprópria para o fim colimado, quer por inexistir liquidez no título que embasou a inicial, quer por não restar configurado o art. 1.107 do atual Código Civil Brasileiro.

B) Da reconvenção

A peça reconvenicional deve apresentar os requisitos determinados pelo art. 315 do Código de Processo Civil:

“O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa”.

O ilustre Juiz sentenciante e hoje Des. aposentado Ruy Pedro Schneider, ao prestar a tutela jurisdicional de fls. 530 a 535, resolveu o problema atinente à reconvenicional, asseverando o seguinte:

“[...] Portanto, a reconvenção é uma nova relação processual, que se constitui num outro processo. Será cabível se for conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, isto é, se o réu tiver contra o autor um documento sem eficácia de título executivo e que se relacione com o pedido deste. Como se vê, não é este o caso dos autos, uma vez que os requeridos não dispõem de nenhum documento com estas características e sequer fazem menção.

“A alegação de que a cobrança daquilo que já foi pago importa na devolução em dobro não procede, visto

que o documento, em que se baseia o pedido, deixa em aberto a possibilidade da cobrança de eventuais diferenças, por ocasião da colação de bens na herança”.

Analisando a questão sob outra ótica, entre os requisitos da reconvenicional deve estar a conexão, a qual, para que se configure, “*é bastante que ocorra a identidade do pedido ou da causa petendi, não sendo necessária a identidade das partes*” (RJTJERGS 185/263).

No caso em apreço não acontece conexão entre a ação e a reconvenção porque enquanto o pedido inserto na monitória é a cobrança de valor decorrente de evicção, a reconvenicional postula a cobrança do dobro do valor requerido na prefacial monitória, sob o fundamento de que houve quitação por parte dos apelantes com a apelada, por meio do aditivo ao termo de compromisso de fls. 14 a 18.

Além de a reconvenicional não possuir como requisito a conexão com a ação principal, não possui também conexão com o fundamento da defesa.

Porque a peça reconvenicional restringiu-se a mencionar fatos envolvendo as partes, mas que acabaram não sendo provados, traz-se aos autos entendimento jurisprudencial do STJ, tratando sobre a conexão da reconvenicional com o fundamento da defesa:

“A disciplina do art. 315 do CPC não autoriza a conclusão de que a simples menção de um determinado fato dá ensanchas ao pedido

reconvencional, pela conexão com o fundamento da defesa” (RSTJ 112/169).

Inexistindo conexão entre a ação e a reconvencional, bem como entre a ação e o fundamento da defesa na monitória, descaracterizados restaram os requisitos simultâneos e obrigatórios da reconvenção.

Às fls. 741 a 747—TJSC, Lilia Hansen e o Espólio de João Hansen Junior reconhecem a procedência do pedido da autora Eliseth Hansen Batschauer, na ação monitória *sub judice*, bem como no tocante à desistência da reconvencional, com a anuência da requerente-apelada (fls. 759 a 763), motivo pelo qual tal transação é homologada, com a extinção do procedimento recursal de fl. 555, envolvendo as partes que elaboraram mencionada manifestação de vontade.

Em consequência, resta prejudicado o requerimento de Lilia Hansen e Espólio de João Hansen Júnior postulando a desconsideração do ato manifestado pelas partes, após iniciado o julgamento, com voto do eminente relator deste feito.

É indispensável afirmar-se neste momento que o objeto dos presentes autos não é a cobrança de verba honorária, mas, sim, o julgamento do direito que interessa às partes que contrataram os advogados.

Verifico à fl. 534—TJSC da ação monitória que os honorários foram fixados em grande monta — 20% sobre o valor da causa na ação monitória, correspondente à quantia de R\$

2.324.220,04, a título de honorários advocatícios e 10% sobre o valor da causa na reconvencional, que importaria em R\$ 2.324.220,04, como verba honorária.

Nos embargos à ação monitória, como na reconvenção, não houve qualquer comando judicial condenatório, pelo que deve ser aplicado o art. 20, § 4º, do CPC.

Ao tratar sobre honorários advocatícios, nosso Código Processual Civil, em seu art. 20, § 4º, dispõe o seguinte:

“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou que for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior”.

O livre arbítrio judicial para quantificar a verba honorária não está isento de atender às circunstâncias previstas no § 3º, letras *a*, *b* e *c* como critérios necessários a uma fixação eqüitativa, afastando qualquer possibilidade de a verba honorária ser valorada de forma exagerada ou irrisória.

A fixação judicial dos honorários advocatícios deve ser pautada pelo critério da razoabilidade, mormente no caso *sub judice*, em que a matéria versada nos autos não possui questões de alta indagação, motivo pelo qual as percentagens de 20% e de 10% sobre o valor atribuído à causa, respectivamente na ação monitória e na re-

convenção, tornam-se incompatíveis com a singeleza da problemática em debate. Nesse sentido: rel. Des. Trindade dos Santos, *in Ap. Cív. n. 1999.019195-8*, de Joinville/SC.

Além de os honorários advocatícios terem sido fixados em violação ao art. 125, I, do CPC, que determina que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento, as verbas honorárias fixadas pelo Magistrado sentenciante não atendem ao princípio constitucional-processual da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Infringido o princípio constitucional da igualdade no tocante à verba honorária, inarredável é a conclusão de que as verbas honorárias fixadas são nulas, pelo que, *ex officio*, entendo devam elas ser fixadas em patamares que não ofendam o senso moral, conforme se depreende do entendimento jurisprudencial abaixo:

“Não pode o senso moral acolher uma taxa de honorários evidentemente desconforme com o serviço profissional a ser prestado” (Rel. Juiz Bourroul Ribeiro, 1º TACSP, Ap. Cív. n. 226603, Itapetininga/SP).

Se as posses de quem paga são de atender como compensação aos serviços gratuitos de assistência judiciária e aos calotes dos clientes de poucos haveres, também é inegável que não se justifica a verba honorária em quantias exorbitantes e até desproporcionais com a importância dos serviços.

A importância dos serviços advocatícios apresentados em ambos os autos não é daquela que o profissional advogado deva ser tão bem retribuído, a ponto de se considerarem justos os honorários fixados na sentença de primeiro grau; a matéria versada nos autos é singela, tendo dispensado, inclusive, a apresentação de melhor técnica jurídica pelos experientes advogados que atuam nos dois feitos. Ainda mais, as partes não obtiveram a almejada prestação jurisdicional.

Mesmo que a ação e a reconvenção tivessem sido julgadas procedentes, a aplicação do art. 20, § 3º, do CPC, estaria subordinada aos critérios do grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Se aplicado fosse o art. 20, § 3º, do Estatuto Processual, a percentagem legal mínima de 10% sobre o valor da causa, tanto na ação monitória quanto na reconvenção, seria extremamente exagerada, ofendendo acintosamente o direito dos réus nos mencionados processos.

Não se diga que a aplicação legal de 10% sobre o valor da causa não seja extremamente injusta, tendo em vista que na interpretação sistemática do direito pelo Judiciário – enfoque sistemático –, este deve levar em conta que a lei está subordinada ao direito e o direito à Justiça.

Colhe-se da doutrina o ensinamento de que sistema jurídico é “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior” (Freitas, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 44).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua Quarta Câmara Civil, em tema de honorários advocatícios, fixou o entendimento no sentido de que o art. 20, § 4º, do CPC enseja amplo poder de apreciação do magistrado, sensível às características do caso concreto. Assim, pode o magistrado arbitrar os honorários em valor certo ou em percentual sobre o valor atribuído à causa (Ap. Cív. n.

2000.004107-6, de Balneário Camboriú/SC).

Em conseqüência do princípio constitucional-processual da igualdade, fixo em R\$ 116.211,00 o valor dos honorários advocatícios na ação monitória e em R\$ 116.211,00 o valor dos honorários advocatícios na reconvenção.

Em face do exposto, conheço dos recursos, negando provimento aos da autora-reconvinda Eliseth Hansen Batschauer, nas ações monitória e reconvenção, e conferindo-se provimento parcial ao recurso do reconvinte João Hansen Neto, na reconvenção, para o fim de reduzir a verba honorária imposta na sentença de primeiro grau e, *ex officio*, reduzir para um patamar igualitário os honorários advocatícios, com a extinção do procedimento recursal formulado por Lilian Hansen e Espólio de João Hansen Júnior.

É o voto.

Monteiro Rocha.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.014422-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com preceito cominatório – Direito autoral – Obra cinematográfica – Documentário – Pretendido reconhecimento de direito autoral exclusivo sobre as imagens – Provas documental e testemunhal – Co-autoria da obra mantida – Trabalho intelectual desenvolvido com a soma das ações entre os litigantes – Observância ao disposto no art. 5º, XXVII, da Constituição Federal, e art. 16, parágrafo único, da Lei n. 5.988/73 – Sentença mantida – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.014422-1, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Carlos Eduardo Mendes Paredes, sendo apeladas Deisi Iara Gomes Alves e Fernanda Lago:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Carlos Eduardo Mendes Paredes interpôs recurso de apelação cível, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca da Capital, o qual julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de relação jurídica, cumulada com preceito cominatório e na ação cautelar inominada, ambas ajuí-

zadas pelo ora apelante contra Deisi Iara Gomes Alves e Fernanda Lago.

O Magistrado de primeira instância entendeu não restar comprovado que o material cinematográfico, composto por 30 (trinta) fitas originais Betacam, contendo imagens registradas no município de Itajaí e na Ilha de Açores, em Portugal – que resultou no documentário “Dos Açores ao Meridional — Uma Viagem no Tempo —”, não constitui direito autoral exclusivo do autor/apelante, haja vista que não fora elaborado em caráter de exclusividade (fls. 360 a 388).

Irresignado, o apelante sustentou a existência de farta prova documental e testemunhal a seu favor, dando ensejo ao acolhimento do pedido exordial.

Afirmou ter sido responsável pelo desenvolvimento do projeto cinematográfico, tendo as apeladas participado deste, tão-somente, na qualidade de assistentes. Aduziu que, desde o início, responsabilizou-se pelo trabalho de concepção, pesquisa, textos, orientação à produção, filmagens e edição do documentário.

Acrescentou, ainda, ter elaborado todos os roteiros e cenas que compõem o material integrante das 30 (trinta) fitas Betacam, sendo que nas vezes em que as apeladas compareceram nos locais de gravação interferiram de forma negativa na obra, até mesmo humilhando os membros da equipe de filmagem.

Destarte, asseverou que, até o momento em que foi afastado da direção do projeto pelas apeladas, esteve à frente dos trabalhos empreendidos,

participando de forma ampla de todo o processo criativo, sendo mister o reconhecimento do seu direito autoral sobre o material suso referido.

Requeru, assim, o conhecimento e provimento do recurso, a fim de ver reformada a sentença hostilizada (fls. 389 a 397).

Devidamente intimadas, foi tão-somente apresentada contra-razões pela segunda apelada, deixando a primeira transcorrer *in albis* o prazo para resposta. A apelada Fernanda Lago sustentou que o projeto foi inicialmente conduzido por ambas as partes, sendo, todavia, concluído por ela e Deisi Iara Gomes Alves.

Sustentou, portanto, ser escorregada a decisão guerreada, uma vez que a obra cinematográfica em apreço decorreu de trabalho coletivo, não sendo possível o reconhecimento da titularidade exclusiva no produto final alcançado (fls. 400 a 406).

Ascenderam os autos a este egregio Tribunal de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto com o desiderato de ver reformada a sentença prolatada nos autos das ações de declaração de inexistência de relação jurídica, cumulada com preceito cominatório, e cautelar inominada, as quais foram julgadas improcedentes.

A presente demanda, ante o seu caráter declaratório, resume-se ao interesse do apelante em ver reco-

nhecido o seu direito exclusivo sobre as filmagens realizadas no município de Itajaí e na Ilha de Açores, em Portugal, que fazem parte do documentário intitulado “Dos Açores ao Meridional – Uma Viagem no Tempo”.

Todavia, não merece reforma a decisão hostilizada pelas razões a seguir declinadas.

Inicialmente, convém destacar os ensinamentos de Carlos Alberto Bitar, acerca da atividade em apreço:

“Depende de complexa organização, a atividade desenvolve-se sob a égide de empresas especializadas – as produtoras cinematográficas – que comandam a realização da película, ou filme (obra final).

“Na sua concretização, desde a fase de preparação do tema (identificação, redação do roteiro, apresentação e discussão do *script* com os participantes) à efetivação do filme (oferecimento do plano e sua consecução, montagem e trabalho laboratorial), inúmeros criadores intelectuais ingressam, sob a égide do produtor – que coordena a atividade, ainda, de vários técnicos – de sorte que arte e técnica se conjugam em seu contexto, com predominância para o aspecto estético. Daí por que se separa, na identificação de Direitos, no plano do Direito de Autor, a ação dos técnicos – assim como no teatro e na televisão – que se acha regida pelas normas do Direito comum” (O direito de autor nos meios modernos de comunicação, 1989, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82).

No mesmo diapasão, extrai-se do escólio de José de Oliveira Ascensão:

“[...] a obra cinematográfica pode ser considerada *obra composta*. Poderiam distinguir-se as várias contribuições, pertencentes a gênero diferente, de tal maneira que cada uma poderia ser objeto de utilização separada. É esta a noção do art. 24, que refere formalmente a obra de colaboração, mas que vimos já que aponta para realidade autônoma. E entre essas colaborações estariam a do autor do argumento, do adaptador, do fotógrafo e do técnico do som (sonoplastia), além do realizador” (Direito autoral, 1980, Rio de Janeiro: Forense, p. 235).

Como se extrai das doutrinas supracitadas, a produção cinematográfica é fruto de uma série de ações sobrepostas, resultando em trabalho complexo, fato este que resulta, igualmente, numa multiplicidade de direitos autorais a serem preservados.

In casu, o apelante avoca para si a responsabilidade por toda a composição do trabalho criativo levado a efeito no projeto, bem como ter sido o seu idealizador, concentrando em si inúmeras etapas referentes às filmagens.

Por sua vez, as apeladas, de acordo com a tese defendida pelo apelante, não teriam qualquer participação no processo criativo ou decisório das filmagens realizadas, exercendo, apenas, as funções de assistente.

Entretanto, o exame das provas que instruem o caderno proces-

sual converge na direção contrária àquela apontada pelo apelante.

Isso porque, o próprio apelante, ao relatar o surgimento da produção audiovisual, fornece o primeiro elemento indicativo de que a concepção do projeto se deu em conjunto com a apelada Fernanda Lago. O recorrente deixa clara a confluência de idéias entre os litigantes, exurgindo daí a possibilidade de produção de um documentário a respeito da cultura açoriana. Nesse sentido, vale transcrever o disposto na peça exordial:

“Em janeiro de 1995, a partir de um eventual encontro entre o autor e a ré Fernanda Lago, durante um coquetel de lançamento do livro na Lagoa da Conceição, nasceu a idéia de realização de um documentário sobre a cultura açoriana em Santa Catarina. Ambos tinham propósitos comuns a respeito, salvo que Fernanda Lago imaginava como tema uma associação entre a cultura de base açoriana registrada especificamente em Florianópolis e a existente atualmente nos Açores, enquanto o autor pensava em documentar com exclusividade o arquipélago” (fl. 4).

Ora, inegável reconhecer que o projeto não foi resultado de concepção exclusiva do apelante, uma vez que aquele eclodiu da combinação de interesses de ambas as partes, não sendo possível apontar quem foi seu principal mentor.

Em seguida, denota-se que as provas documentais trazidas aos autos pelo apelante limitam-se a declarar a sua posição de diretor principal,

o que, entretanto, não induz ao direito absoluto sobre a obra.

As inúmeras declarações, acostadas por ambas as partes, indicando desde as funções exercidas pelos litigantes, requerimentos de patrocínios e outros aspectos que compõem a realização do projeto, servem, tão-somente, para revelar, mais uma vez, a impossibilidade de destacar a participação das apeladas no processo de filmagem do documentário.

Quanto à realização da pesquisa, mais uma vez se revela a participação expressiva da apelada Fernanda, conforme se depreende do depoimento de José Henrique Nunes Pires:

“Que todo filme documentário precisa ser embasado em pesquisas e pelo que o informante se lembra a Fernanda trabalhava com o Paredes ajudando nessa parte de pesquisa, tendo inclusive em certa ocasião Fernanda solicitado na casa do informante subsídios para o trabalho *sub judice*” (fl. 320).

Ademais, inexistente nos autos qualquer documento capaz de evidenciar o trabalho exclusivo de pesquisa.

No tocante à produção, revela-se aqui o âmbito de maior atuação das apeladas, uma vez que a empresa Via Sul Produções, de propriedade da apelada Deisi, e Palavra Comunicação, tendo como sócios a apelada Fernanda Lago e Carlos Stegemann, tiveram papel importante em toda a elaboração do documentário.

O suporte econômico e logístico fornecido pelas empresas das apeladas contribuiu de forma preponde-

rante na produção do filme, arcando com o pagamento de pessoal.

Nesse sentido, Deisi Iara Gomes Alves relatou:

“[...] que a informante colocou à disposição do projeto a empresa Via Sul como responsável juridicamente; [...] Que a Via Sul até pouco tempo pagou todas as despesas, e alguns contratos não se fazem com pessoas físicas, mas sim com pessoas jurídicas; [...] Que não é verdadeira a afirmação de que o requerente tenha elaborado todos os roteiros e determinado a gravação de cada uma das cenas; Que, devido aos problemas existentes, nessas alturas ninguém era o dono do projeto, mas a informante e sua colega eram as donas das dívidas e conseqüentemente com todas as responsabilidades e direitos” (fl. 305).

Tal depoimento é corroborado pelas palavras prestadas por Henrique Tobar Neto:

“Que a produtora era Deisi Gomes; Que o diretor de fotografia era o informante, o operador de câmera era um tal de Cesinha, que cujo nome o informante não está lembrado e o diretor de cena era o requerente e mais uma pessoa que era a Fernanda Lago, que fazia assistência de direção e de revisão das fitas e marcação; [...] Que a produtora Deisi Gomes era quem pagava o informante, pagando parte do trabalho do informante; [...] Que em março de 1995, quando o requerente ainda morava no Hotel Castelmara, o informante foi convidado para participar de uma reunião no referido Hotel para tratar sobre a filmagem do projeto *sub judice*; Que nessa

reunião estavam o requerente e Fernanda Lago, como autores do projeto; Que Deisi Gomes Alves estava na reunião, mas com a finalidade de fazer a produção desse projeto, contatos com locais a serem gravados, contatos com pessoas, a viabilidade operacional do projeto, como transporte e alimentação, hospedagem, de toda equipe” (fl. 317).

Por fim, não resta igualmente comprovada a edição de imagens, porque logo após a conclusão do processo de filmagem os rolos de filmes foram repassados às apelantes, corroborado pelo contrato de edição e montagem acordado entre a empresa Firenze Comunicação e Produção Ltda. e a apelada, rechaçando de vez entendimento contrário (fls. 370 e 371).

Destarte, o reconhecimento do autor sobre a obra em exame resultaria em flagrante afronta ao disposto no inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal, que dita:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

“XXVII — aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”.

Por sua vez, a Lei n. 5.988/73, ainda em vigor à época do ajuizamento da presente demanda, reconhecia

como co-autores o diretor e o produtor, *in verbis*:

“São co-autores da obra cinematográfica o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical, o diretor e o produtor.

“Parágrafo único. Consideram-se co-autores de desenhos animados os que criam os desenhos utilizados na obra cinematográfica”.

Nota-se, assim, que inexistindo dúvidas quanto à participação das apeladas no processo criativo e de produção, impossível declarar a inexistência de relação jurídica entre o apelante e as apeladas.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Vencido o relator Des. Dionísio Jenczak, que votou no sentido de dar provimento parcial ao recurso para julgar procedente em parte o pedido exordial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Dionísio Jenczak.

Florianópolis, 2 de abril de 2004.

*Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente e Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Dionísio Jenczak:

Ousa-se divergir da doutra maioria que compõe a Terceira Câmara de Direito Civil, por entender que a controvérsia cinge-se à disputa de titularidade dos direitos autorais (morais e patrimoniais) atinentes à elaboração, frisa-se, da primeira parte do documentário intitulado “Dos Açores ao Brasil Meridional – Uma Viagem no Tempo”, realizada na cidade de Itajaí/SC e no Arquipélago dos Açores.

Importante destacar que, salvo melhor juízo, o apelante, autor da demanda, em sua exordial, ainda que de forma não muito clara, objetivava a declaração de inexistência de relação jurídica com as apeladas, por entender não ter laborado no projeto apenas como empregado, segundo alegaram as recorridas, e sim por ter sido um dos co-autores da obra supramencionada, conforme se depreende de seu arrazoado, *in verbis*:

“Logo, o autor sempre foi o cabeça do projeto. Em relação a ele, em momento algum foi empregado de alguém, seja de Fernanda Lago, Deisi Gomes, Carlos Stegmann ou qualquer outro.

“Ademais, e apenas *ad argumentandum*, se empregado fosse, deveria ser pago. Contando-se o piso salarial de um diretor (doc. n. 33) – note-se que se fala em piso, e não no que normalmente cobraria um cineasta da altura do autor – a quantia base devida pelas rés, levando-se em consideração vinte jornadas diárias de 10 horas em externas e sem contar horas-extras e outros encargos, montaria a R\$ 27.298,60 (vinte e sete mil du-

zentos e noventa e oito reais e sessenta centavos).

“Ora, não há recibos perfazendo tal valor, prova substancial de que seria empregado. *Eles não existem justamente porque a qualidade do requerente no projeto, em relação à seara financeira, é a de sócio, em condições iguais às das requeridas.* Assim, seu retorno financeiro não seria salário, mas lucros futuros referentes à comercialização do documentário” (fl. 15, grifo).

É bem verdade que o demandante não apresentou requerimento em conformidade com os fatos apresentados, já que postulou a declaração de inexistência de relação jurídica (no caso, relação empregatícia) com as recorridas, em que pese durante toda a sua narração sustentar ter sido um dos co-autores da obra citada, tendo, portanto, direito sobre a sua comercialização e exibição.

Ora, por meio de uma nova visão do processo civil brasileiro, que cada vez mais ganha força, há necessidade de uma resposta satisfatória ao deslinde da *quaestio*, mais preocupada com os resultados práticos e conotações deontológicas do que com os seus institutos e conceitos fundamentais. Tal perspectiva se dá por meio do princípio da instrumentalidade do processo que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, apresenta-se sob dois aspectos: o negativo e o positivo.

O endereçamento negativo da instrumentalidade do processo exprime “uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e por-

tanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes” (A Instrumentalidade do Processo, Malheiros, p. 266). Ou seja, não se deve dar mais importância à forma do que ao próprio direito material, mesmo porque os atos processuais não criam direitos para as partes.

A propósito:

“Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isto seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu)” (Ada Pellegrini Grinover *et al*, Teoria Geral do Processo, Malheiros, p. 42).

O endereçamento positivo da instrumentalidade, a seu turno, “conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político” (Dinamarco, *op. cit.*, p. 266).

Considerando que o processo não é um fim em si mesmo (instrumentalidade negativa) e que ele só será efetivo quando alcançar com plenitude os seus escopos institucionais jurídico, social, político (instrumentalidade positiva), deduz-se que a ausência da conclusão lógica extraída da narração dos fatos expostos pelo apelante, na situação em tela, nenhum prejuízo

traz ao desenvolvimento da relação jurídica processual, motivo pelo qual não há justificativas para desprover o pleito recursal em razão do demandante/recorrente ter pleiteado a declaração de inexistência de vínculo jurídico entre os litigantes, quando na verdade, durante toda a instrução probatória, restou evidenciada a existência de relação jurídica entre as partes, na forma de co-autoria, o que ensejaria, conseqüentemente, ao autor/apelante o direito de opor-se à exibição e à comercialização da obra sem a sua autorização, que, *in casu*, era o seu pedido imediato.

Assim sendo, questiona-se qual a utilidade de uma decisão que julga improcedente o pleito declaratório do postulante por considerá-lo co-autor da obra *sub judice*? Que tipo de direito lhe é garantido por esta prestação jurisdicional, ainda que verificada afronta aos seus direitos de co-autor, por meio de exibição sem a sua devida autorização?

Portanto, na hipótese em tela, impõe-se a aplicação do princípio da instrumentalidade do processo para que o sistema seja capaz de produzir os resultados satisfatórios e alcançar os seus escopos não apenas jurídicos, mas também políticos e sociais.

A doutrina processual há muito tempo já consagra o entendimento acima preconizado, conforme se constata nas obras dos processualistas Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Kazuo Watanabe e José Carlos Barbosa Moreira.

Outrossim, sabe-se que o juiz se limita à descrição fática do conflito

de interesses e não à qualificação jurídica apresentada pelo ator, conforme ensinança de Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso, em Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, vol. 11, São Paulo: Saraiva, 1999, Coleção Sinopses Jurídicas, p. 37 e 38:

“Nosso sistema processual optou pela adoção da teoria da substanciação da causa de pedir, na qual se releva a descrição fática para a análise da identidade de ações, ao contrário do direito italiano, em que se adota a teoria da individuação (relevância da causa de pedir jurídica ou próxima). Por essa adoção, possibilita-se ao juiz dar uma qualificação jurídica aos fatos constitutivos do autor diversa daquela narrada na petição inicial (‘narra-me os fatos que te darei o direito’)” (*da mihi factum dabo tibi jus*).

Nesse sentido é o julgado desta egrégia Corte Recursal:

“O processo é instrumento colocado à disposição das partes para alcançarem a satisfação do direito material e não entrave a sua consecução” (Ap. Cív. n. 50.727, de Blumenau, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 6-3-1997).

No mérito, constata-se que o tema é amparado pela *Lex Fundamental* que, em seu artigo 5º, itens XXVI e XXIX, assegura proteção aos direitos do autor e à propriedade industrial, tendo J. Cretella Jr. (“Comentários à Constituição de 1988”, Forense Universitária, RJ, p. 394), a propósito, assegurado que “o legislador constituinte não se vinculou a nenhuma das teorias concernentes à natureza jurídica do direito de autor, preferindo a fór-

mula ampla — direito exclusivo — que abrange a todas. Autor é a pessoa física, causa eficiente da obra, e direito autoral é o direito que o autor tem de ligar seu nome à produção de seu espírito, reproduzindo-a ou não, constituindo, no caso de produção, manifestação personativa do autor e, no segundo caso, de natureza real e econômica, direito de receber o *quantum* correspondente à venda da obra citada ou reproduzida”.

Por seu turno o art. 21 da Lei n. 5.988, de 14-12-73, que regula os direitos autorais à época dos fatos, é taxativo: “O autor é titular de direitos morais e patrimoniais sobre a obra intelectual que produziu”, cabendo-lhe ainda “o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, no todo ou em parte” (art. 29 de tal Diploma), o qual lhe garante os direitos patrimoniais “por toda sua vida” (art. 42).

Compulsando detidamente os autos, sobretudo a vasta prova testemunhal produzida, observa-se que o douto Togado equivocou-se ao sentenciar, já que restou cabalmente demonstrada a titularidade dos direitos autorais do demandante na obra *sub judice*, em forma de co-autoria, o que se passa a analisar.

Com relação à idéia do projeto, constata-se que a sua concepção ideal partiu inicialmente da ré Fernanda Lago, mas que logo após foi compartilhada com o demandante para que este, com toda sua experiência

de cineasta renomado, lhe desse forma.

A própria ré, Deisi Iara Gomes Alves, declara em seu depoimento “que o projeto nasceu de conversas entre Fernanda Lago e posteriormente Carlos Eduardo Paredes [...]” (fl. 303), em que pese, logo em seguida, se contradizer. Aliás, salta aos olhos o descompasso de suas declarações feitas no juízo monocrático, encontrando-se em total desarmonia com todo o conjunto probatório (documentos acostados e oitiva de testemunhas, inclusive com relação ao depoimento prestado pela outra demandada Fernanda Lago), beirando até a uma alteração intencional da verdade dos fatos:

“[...] Que no vídeo a hierarquia é assim: quem tem uma produtora e o projeto contrata, escolhe e seleciona integrantes para formar a equipe; *que quem teve essa atribuição de contratar foi a informante e Fernanda*; [...] *que quem propôs o projeto foi a informante*, sendo que o projeto estava em seu nome, nome de pessoa física porque a pessoa jurídica tem outro tratamento no Ministério; [...] que chegou a conversar com Fernanda certa vez através dele, embora a informante já conhecesse Fernanda anteriormente; que não sabe a situação pela qual a informante (*sic* – leia-se requerente) entrou no projeto, sabendo apenas que a informação apresentada pelo requerente é incorreta; *que o requerente foi convidado para trabalhar na equipe como diretor de imagens porque a informante já o conhecia anteriormente e porque não tinha dinheiro para pagar um outro diretor; que Fernanda*

fez a sugestão de convidar o requerente a participar do projeto [...] que quando a pessoa tem um projeto é livre para contratar quem quiser e as pessoas participam ou não; [...] que o trabalho de concepção do projeto foi apresentado pela informante [...]” (grifo, fl. 303).

Entretanto, a ré Fernanda Lago esclarece os fatos, corroborando a versão apresentada pelo autor de que a demandada Deisi Lara Gomes Alves entrou depois no projeto e por seu intermédio.

“[...] que o requerente Carlos Eduardo foi convidado para fazer a direção do filme dos Açores ao Brasil Meridional; [...] que a informante cogitou de vários nomes para fazer esta direção, enquanto que a produção ficaria ao encargo da informante; que a informante viu o filme Desterro, feito pelo requerente e achou uma boa idéia convidá-lo, por entender de boa qualidade o filme; [...] que a informante sabia que a Deisi Gomes Alves havia trabalhado com o requerente no filme que este fez e que todas as primeiras decisões tomadas foram tomadas trilateralmente; [...] que o requerente participou junto com a informante da captação desse material; que a sugestão para acolher Deisi na equipe foi do requerente e acatada pela informante; [...]” (grifo, fl. 308).

Outrossim, segundo orientação adotada pelos tribunais pátrios, a idéia pura por si só não configura trabalho intelectual protegível:

“Propriedade intelectual. Proteção do invento, obra literária ou qual-

quer obra intelectual. Forma ou expressão da idéia pura.

“A idéia em si, ou uma simples concepção ideal, não constitui trabalho intelectual protegível.

“Fundamentação da sentença com base na informação ou na opinião do perito em matéria de Direito Autoral. Prova insuficiente da violação de obra intelectual” (TJRJ, Ap. Cív. n. 949/91, rel. Juiz Décio Xavier Gama, Adcoas 13749/92)

Além disso, o simples fato de o projeto ter sido produzido pela empresa Via Sul, da qual a postulada Deisi Lara Gomes Alves é proprietária, não tem o condão de torná-lo de propriedade exclusiva das rés, já que isso, segundo declarações delas, era apenas uma forma de viabilizá-lo financeiramente, *in verbis*:

“[...] que o projeto ficou em nome de Deisi porque sendo produtora executiva e possuidora de uma empresa produtora registrada, ela teria essas atribuições financeiras e principalmente a responsabilidade de captar recursos [...]” (Fernanda Lago).

“[...] Que a informante colocou à disposição do projeto a empresa Via Sul como responsável juridicamente por todo o projeto; [...] Que a Via Sul até pouco tempo pagou todas as despesas e alguns contratos não se fazem com pessoas físicas, mas sim com pessoas jurídicas, e daí o respaldo da Via Sul [...]” (Deisi Lara Gomes Alves).

Observa-se ainda que o *caput* do art. 16 da Lei n. 5.988/73, diploma legal aplicável à espécie, dispõe que “são co-autores da obra cinematográfica-

ca o autor do assunto ou argumento literário, musical ou litero-musical, o diretor e o produtor.”

Da mesma forma, é de se sublinhar que em momento algum restou evidenciado que a participação do autor no documentário deveu-se exclusivamente ao fato de exercer o cargo de gerente de cinema na Fundação Catarinense de Cultura, como quer fazer crer a suscitada Deisi Iara Gomes Alves:

“[...] Que inicialmente o requerente recebeu a importância de R\$ 800,00 ou 800 contos antes da viagem, sendo que o requerente estava indo pela Fundação e recebendo o numerário pela Fundação” (Deisi).

Tal assertiva é desmentida pelo documento de fl. 36, em que as postuladas solicitaram ao Superintendente da Fundação Catarinense de Cultura a liberação e autorização para que o autor pudesse participar do projeto, incluindo sua etapa filmada no Arquipélago dos Açores e corroborada por trecho do depoimento da ré Fernanda Lago:

“[...] que como Eduardo tinha um cargo comissionado na FCC, ele não poderia se envolver no projeto com o mesmo grau de envolvimento que poderiam as duas suplicadas; que diante disso foi iniciado o trabalho; [...]”.

Ora, não faz sentido algum a postulação de dispensa do autor de suas funções na Fundação Catarinense de Cultura para a realização de um projeto que estaria executando em nome da própria Fundação, até mesmo porque tal versão contrariaria a ou-

tra apresentada pelas próprias rés de que o demandante teria sido contratado como diretor de imagens, o que justificaria a sua demissão por meio de notificação judicial.

E por fim a co-autoria do demandante na referida produção cinematográfica restou demonstrada em face de toda a documentação juntada aos autos, como cópia do contrato de locação de equipamentos cinematográficos em nome do autor (fl. 68), declaração da Receita Federal de saída de bens do país também em nome do requerente (fl. 84), artigo do periódico “A Notícia”, publicado em 10 de outubro de 1995 (fl. 82) e principalmente em razão das testemunhas ouvidas, sobretudo daquelas arroladas pelas demandadas.

Jonas Cezar de Araújo, testigo da ré Fernanda Lago, informou ao juízo monocrático a intenção das demandadas em excluir do projeto o autor, ressaltando seus direitos autorais sobre parte da obra, além de afirmar que o trabalho realizado pelo postulante, na primeira fase do projeto, compreenderia aproximadamente metade de todo o documentário, chegando até mesmo a externar sua opinião a respeito da divisão de todo material produzido nessa etapa:

“[...] que o projeto é de Fernanda Lago e que seria dirigido pelo requerente; [...] que em Açores o informante percebeu que o requerente estava como diretor e que Fernanda, que entendia do assunto, estava coordenando o projeto; [...] que depois que o informante soube pela imprensa, Fernanda convocou uma reunião com

os componentes da equipe inclusive o informante, para fazer um acordo no sentido de que se parassem as críticas ao governo, ou *pagar a parte do requerente como diretor para que ele saísse da equipe, mas mesmo assim para que o requerente ganhasse a parte dele pelos serviços efetuados nos Açores e ficando com os direitos autorais*; que não houve acordo nenhum com o requerente e nesse meio tempo o informante se afastou por causa de outras atividades; [...] que o informante acredita que *lá nos Açores o número de fitas de filme deva ter alcançado em torno de 30 fitas; que depois dos Açores o projeto incluiu certa área de SC e RGS, com aproximadamente mais 30 fitas; que na última vez que o informante soube as fitas estavam com Fernanda; que, para o informante, em sua opinião subjetiva, as fitas poderiam até ser partilhadas entre os componentes da equipe*” (grifo, fls. 336 e 337).

Do mesmo modo, as declarações de Marcos Roberto Fonseca, testemunha de Deisi Iara Gomes Alves, confirmam as informações prestadas pela testemunha Jonas Cezar de Araújo, esclarecendo a extensão do trabalho empreendido depois da saída do demandante do projeto (provavelmente metade da obra), mas não podendo elucidar os demais fatos, uma vez que participou do projeto apenas em sua segunda etapa no Brasil, quando o autor já não integrava mais a equipe:

“[...] que o informante trabalhou nesse projeto entre abril e maio de 1996; [...] que o requerente Paredes fez parte do trabalho em Açores; que

o requerente estava na direção do trabalho em Açores; [...] que o informante acha que no período em que esteve trabalhando foram produzidas aproximadamente 40 fitas [...]” (fl. 338).

Por sua vez, Charles Narloch, testigo também arrolado por Deisi Iara Gomes Alves, assevera:

“que conheceu os fatos narrados no processado, através da imprensa; [...] *que nesse processo o requerente dizia fazer a direção do filme; que independentemente do requerente ter ou não ter sido diretor do filme, o diretor do filme tem atribuição de amarrar as demais funções e apresentar a versão final; que para o informante quem exerce a função de diretor de filme está em ordem hierárquica superior às demais funções; que por ocasião desse pedido o requerente disse que também participavam do trabalho as requeridas Deisi Alves e Fernanda Lago; [...] que mesmo sem autorização, o autor foi participar do projeto em Açores, por ideal; [...]*” (fls. 334 e 335).

Ademais Henrique Tobal Neto, diretor de fotografia de aludido documentário, sustenta:

“[...] Que a produtora era Deisi Gomes; Que o diretor de fotografia era o informante, o operador de câmera era um tal de Cesinha, que cujo nome o informante não está lembrado e o *diretor de cena era o requerente e mais uma pessoa que era a Fernanda Lago, que fazia assistência de direção e de revisão das fitas e marcação; [...]* Que nessa reunião estavam o *requerente e Fernanda Lago, como autores do projeto; Que Deisi Gomes Alves es-*

tava na reunião, mas com a finalidade de fazer a produção desse projeto, contatos com locais a serem gravados, contatos com pessoas, a viabilidade operacional do projeto, como transporte e alimentação, hospedagem, de toda a equipe; [...] Que o projeto foi regularizado junto ao Pronac, inclusive por trabalho do Paredes e da Fernanda; [...] Que havia um roteiro das atividades que deveriam ser cumpridas nos Açores; Que quem fez o roteiro foi o Eduardo Paredes, inclusive porque ele era o diretor de cena; Que Fernanda era assistente de direção; [...] Que a diretora de produção era Deisi Gomes; Que diretor de cena era Eduardo Paredes, figura principal de qualquer projeto [...] (fls. 317 e 318).

E, no mesmo norte, são as declarações de Luiz Cesar da Silva, câmara do projeto no período em comento:

“[...] que foi convidado à época dos fatos para participar do projeto na condição de câmara e o convite foi feito pelo requerente; [...] que a direção do projeto estava com o requerente Paredes; que a função de Deisi era produtora enquanto que Fernanda estava na produção e fazia uma ajuda a Paredes; que Paredes na direção definia as locações e as gravações; que Fernanda Lago tinha como atribuições no enriquecimento cultural do projeto; que geralmente Deisi estava afastada da gravação porque era ela quem dava o suporte de hotel e alimentação; [...] que a maior determinação e definição do que deveria ser feito partia do requerente; [...]” (fls. 329 e 330)

E José Henrique Nunes Pires em seu depoimento consigna:

*“Que na época da pré-produção desse vídeo, o informante era presidente da cinemateca catarinense, [...] o requerente era autor do projeto e também diretor do mesmo, tendo como produtora Deisi, que anteriormente já tinha sido produtora do requerente em outros trabalhos, enquanto que Fernanda Lago estava na pesquisa desse trabalho; Que em certa ocasião o requerente estava como gerente de cinema da Fundação Catarinense de Cultura e teve que se ausentar do trabalho dele para viajar a Açores a fim de realizar o trabalho, junto com sua equipe; Que, em função do projeto do requerente, houve conflito entre ele e o órgão em que ele trabalhava; [...] Que a idéia do projeto é do requerente; Que, na concepção do informante, o grau de hierarquia é que existe um autor que concebeu o projeto, que é a pessoa mais alta na hierarquia; Que depois vem o diretor, depois a produção e também existem as atribuições da produtora, que em certas ocasiões a produtora – empresa que viabilize o projeto; Que para o informante existiu no projeto *sub judice* o autor e diretor que era o Paredes, a produtora Deisi Gomes e não sabe qual era a empresa produtora [...]”* (fls. 319 e 320).

Por fim, Karla Regina Krauel, que foi assistente voluntária no projeto e que acompanhou as filmagens em Itajaí, arremata:

“[...] que à época dos fatos o requerente comentou para a informante ser o criador do projeto sobre a cultu-

ra açoriana no Brasil; que depois da palestra o requerente esteve novamente em Itajaí ministrando uma oficina de cinema, quando Eduardo fez o convite para a informante ser voluntária assistente no projeto envolvendo o documentário sobre o Açores; que tendo aceito o convite e pela admiração que a informante tem pelo trabalho do requerente, a informante gestionou junto à Petrobrás de Itajaí para o documentário sobre os Açores; [...] que a função de Paredes era a de Diretor Geral da equipe, coordenando tudo, a direção de fotografias, produção executiva, assistentes, tudo, toda a equipe; que Fernanda Lago era roteirista do projeto e assistente de produção; [...] que o diretor era exclusivo e que Fernanda não era roteirista exclusiva; que a exclusividade do requerente era toda, foi quem criou o projeto; que durante boa parte do tempo em que o documentário estava sendo filmado, Deisi passou dormindo; [...]” (grifo, fls. 327 e 328).

E para que não reste nenhuma controvérsia de que o demandante era realmente co-autor da produção em análise e não simples empregado subordinado às ordens das rés, a demandada Fernanda Lago em seu depoimento pessoal apregou:

“[...] que a informante sabia que a Deise Gomes Alves havia trabalhado com o requerente no filme que este fez e que todas as primeiras decisões tomadas foram tomadas trilateralmente; [...] que a equipe era comandada por três pessoas: a informante, o requerente e a requerida Deisi Gomes Alves; que a atribuição da informante

*era a de produtora, a do requerente era a de diretor e a de Deisi produtora executiva; que dentro dessa hierarquia o requerente e as duas suplicadas estavam no mesmo nível; [...] o requerente teria a atribuição intelectual no roteiro do trabalho; [...] que o diretor de imagens é a pessoa que dirige toda a equipe durante o processo de captação das filmagens; [...] que esse trabalho feito pela equipe pode ser considerado um projeto; [...] que Eduardo Paredes era o diretor do projeto Açores; que na saída do Brasil para os Açores o requerente e as suplicadas ficaram responsáveis pelo projeto; [...] que não houve acordo; que ele não quis receber dinheiro para que ele não fosse vítima de dano, [...] que como não possuíam material suficiente para fundamentar o projeto, foi pedido apoio da Universidade; que o requerente participou junto com a informante da captação desse material; [...] que houve uma reunião na Universidade, na qual houve a apresentação do projeto *sub judice* e nessa reunião houve a presença de pessoas da comunidade açoriana do litoral catarinense; que nessa reunião houve a divulgação do projeto, ocasião em que pediu-se que as pessoas apoiassem a iniciativa; que como o requerente era o mais falante, foi ele quem apresentou o projeto; [...] que na ocasião da reunião da Universidade a equipe não estava formada totalmente, mas o requerente e as suplicadas já faziam parte; [...] que ficou estabelecido verbalmente que a equipe seria regida por ações conjuntas, sempre em co-autoria; que na reunião havida na Universidade já estava acorda-*

do que o requerente seria diretor; [...] que como as partes eram co-autoras a maioria entendeu por bem que o requerente saísse; [...] *que não foi colocado o nome de Eduardo Paredes porque ele não era o autor da idéia*” (grifo, fls. 308 a 311).

Diante de todo o exposto não pairam dúvidas de que o apelante, autor da demanda, juntamente com as recorridas, foi um dos co-autores da produção cinematográfica “Dos Açores ao Brasil Meridional – Uma Viagem no Tempo”, o que lhe confere 1/3 (um terço) dos direitos autorais sobre a primeira parte da referida obra, executada em Itajaí/SC e no Arquipélago dos Açores, razão pela qual se dá provimento parcial ao recurso, invertidos

os ônus sucumbenciais que deverão ser divididos proporcionalmente entre as recorridas.

Por tais razões, discorda-se do entendimento da douta maioria dos integrantes da Terceira Câmara de Direito Civil, a fim de se dar provimento parcial ao recurso com o propósito de declarar o apelante co-autor de parte da obra “Dos Açores ao Brasil Meridional – Uma Viagem no Tempo”, possuindo 1/3 dos direitos morais e patrimoniais sobre tal material, invertidos as custas processuais e os honorários advocatícios que deverão ser proporcionalmente divididos entre as apeladas.

Florianópolis, 2 de abril de 2004.

Dionizio Jenczak.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.013962-4, DE PAPANDUVA

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível – Ação de indenização por acidente de trabalho – Procedência parcial do pedido – Recurso interposto pela ré – Cumulação de indenização previdenciária com a civil – Possibilidade – Fixação de honorários advocatícios em incidente de impugnação ao valor da causa – Impossibilidade – Provimento parcial – Recurso adesivo da autora – Aumento do valor arbitrado a título de indenização por dano moral – Necessidade em virtude da perda do genitor – Provimento recursal.

A indenização prestada pelo INSS não afasta o dever do causador do evento lesivo de ressarcir os danos morais suportados pela parte que perdeu o convívio com seu genitor, vítima do acidente.

A redação do artigo 20, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil é clara ao especificar que a condenação da parte em qualquer incidente será apenas ao pagamento das despesas judiciais, não incluindo a condenação em honorários, que deverá ser declarada

apenas na sentença que colocar fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito.

É consabido que a indenização por dano moral não repara o sofrimento causado pela perda de um ente querido, mas serve para amenizá-lo, ao menos em parte. Em se tratando da morte de um dos genitores, entende-se que a lesão causada na alma é de grandíssima proporção, visto que o convívio com estes, preservando os laços de amor e afetividade, não será nunca mais possibilitado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.013962-4, da comarca de Papan-duva, em que é apelante Madeireira Sol de Verão Ltda., sendo apelada Célia Maria Pires:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos para dar provimento ao recurso adesivo da autora e parcial provimento ao recurso da ré.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Célia Maria Pires propôs ação de indenização por acidente de trabalho sofrido por seu pai, Luiz Carlos Pires, contra Madeireira Sol de Verão Ltda. aduzindo, em síntese, que: seu genitor faleceu no dia 14-3-91, por volta das 15h; no momento do acidente estava descarregando um trator, o qual deslizou de cima da plataforma do caminhão e caiu sobre seu corpo; a falta de condições apropriadas e equipamentos adequados contribuíram para o acontecimento do acidente, pois as máquinas haviam ficado ao ar livre durante alguns dias de chuva, deixando a plataforma de madeira lisa

e, além de estar escorregadia, a parte que sustentava o trator em cima do caminhão não possuía proteção nas laterais; a requerida atuou com conduta culposa pela falta de perícia, por não fornecer condições apropriadas de trabalho ao funcionário. Ao final, requereu: a condenação da requerida ao pagamento de pensão mensal até a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, bem como o 13º salário desde a data do acontecimento do sinistro; a procedência do pedido para pagamento de indenização por danos morais, no valor equivalente a 600 (seiscentos) salários mínimos; e a constituição de capital suficiente a garantir o pagamento dos valores pleiteados (fls. 2 a 11). Juntou documentos (fls. 12 a 30).

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação, alegando que: a culpa do acidente foi do pai da requerente, pois não solicitou ajuda a nenhum outro funcionário que tivesse conhecimento dos riscos dessa atividade; o Ministério Público pediu o arquivamento do inquérito policial promovido para apurar as causas e indicar o responsável pelo acidente. Por fim, pugnou pela improcedência da

demanda (fls. 34 a 38). Juntos documentos (fls. 39 a 44).

Sentenciando, a Magistrada de primeiro grau julgou procedente o pedido para condenar a requerida: à constituição de um capital; ao pagamento da quantia equivalente a R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de indenização por danos morais; e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor total da condenação (fls. 105 a 114).

Relativamente à impugnação ao valor da causa, decidiu a MM. Juíza pela improcedência do pedido promovido pela Madeireira Sol de Verão Ltda. contra Célia Maria Pires, mantendo a decisão anterior (fls. 117 a 119).

Irresignada com o *decisum*, apela a requerida e pede a sua reforma, ratificando os termos da contestação e sustentando, em síntese, que: foi indevidamente aplicada a condenação da verba honorária de 15% (quinze por cento) no incidente de impugnação do valor da causa, visto não poder ser aplicada cumulativamente com a fixada no procedimento ordinário; a apelante já ressarciu a apelada com o auxílio da pensão por morte obtida no INSS, cujos registros trabalhistas e comunicações do acidente feitos pela empresa foram devidamente anotados em seu contrato de trabalho, por isso não há necessidade de ser ressarcida a outra parte por dano moral. *In fine*, pleiteou a improcedência da decisão de primeiro grau (fls. 121 a 125).

A requerente apresentou contra-razões (fls. 129 a 132) e interpôs recurso adesivo, no qual postulou a elevação da indenização por danos morais fixada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para 100 (cem) salários mínimos (fls. 133 a 135).

Deixou o recorrido transcorrer *in albis* o prazo para contra-arrazoar o recurso adesivo (certidão de fl. 141v.).

II — Voto

Insurge-se a ré contra a decisão da Juíza de primeiro grau que, na ação de indenização por acidente de trabalho contra ela proposta, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-a: ao pagamento de uma pensão mensal, a ser paga desde a data da morte da vítima até o mês em que a autora completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade; a constituir um capital para garantia do pagamento da indenização; ao pagamento de indenização a título de danos morais; e a arcar com as custas e honorários advocatícios.

De outra parte, insurge-se a autora, apelando adesivamente, alegando que deve ser aumentada a quantia fixada como indenização pelos danos morais.

Do recurso da ré

Primeiramente, com relação à assertiva de ser indevida a condenação em honorários advocatícios no incidente de impugnação ao valor da causa, além da condenação no feito ordinário, tem-se que se encontra com razão a apelante.

Isso porque dispõe expressamente o Código de Processo Civil, em

seu artigo 20, § 1º, que: “O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, *condenará nas despesas o vencido*” (sem grifo no original).

Nota-se que a redação do artigo é clara ao especificar que a condenação será apenas ao pagamento das despesas judiciais, não incluindo a condenação em honorários, que deverá ser declarada apenas na sentença que colocar fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito.

Nesse sentido, reproduz-se julgado inserto no Código de Processo Civil Comentado, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 387:

“Impugnação ao valor da causa. Não são devidos honorários de advogado por constituir-se em incidente processual e não em ação judicial (RSTJ 26/425)”.

Portanto, deve ser a apelante isenta do pagamento de honorários no incidente de impugnação ao valor da causa de fls. 117 a 119.

Com relação à culpa pela morte do pai da apelada, restou esta caracterizada, estreme de dúvidas, na pessoa da apelante.

Exsurge dos autos que a vítima, juntamente com outro funcionário da empresa apelante, foi até a localidade de Alto Canoinhas com a missão de descarregar um trator da carroceria de um caminhão.

Este já teria sido colocado no caminhão três dias antes daquele em que o infortúnio ocorreu, permanecendo a céu aberto, exposto a chuvas.

Tendo sido transportado até o local, foi encostado o referido caminhão rente a um barranco, a fim de que o trator fosse descarregado. Acionada a sua esteira, este escorregou para um dos lados do caminhão, tendo a vítima caído junto com o trator, vindo a óbito logo após.

Somente pela análise das fotos acostadas à fl. 26, já se pode concluir que o veículo em tela, utilizado na ocasião, era inapropriado para o aludido transporte, visto ser o seu peso muito menor que o do trator transportado, estar precariamente conservado e não contar com proteção adequada ao trabalhador.

Nesse norte, corretamente destacou o Delegado de Polícia ao final do seu relatório (fl. 76): “Um forte encosto nas laterais da carroceria do trator, poderia ter evitado o deslize, o qual iniciado não tem como parar, pois o peso do trator é de aproximadamente 10 mil quilos”.

O fato trazido a lume no depoimento testemunhal de fls. 89 e 90, de o caminhão estar inclinado no momento do tombamento do trator ou ter-se inclinado somente após, devido ao seu peso ter danificado o molejo do caminhão, é irrelevante, tendo em vista ter sido confirmado em toda a instrução processual que a carroceria do caminhão estava molhada, visto ter permanecido exposta à chuva por três dias, estando, portanto, escorregadia.

A tentativa da empresa apelante de imputar a culpa à vítima, aduzindo que deveria ela ter pedido o auxílio de outros trabalhadores da empresa, não merece prosperar.

Dessome-se dos autos que, no procedimento de retirada do trator do caminhão, sempre havia um motorista para guiar este e um tratorista para manobrar aquele. Tem-se, ainda, que possuía a vítima experiência no manejo de tratores, sendo claro que não agiu em momento algum de forma negligente ou imprudente.

A culpa da empresa apelante restou configurada não pela forma como foi transportado o trator até o local, mas pela ausência de proteção adequada no caminhão, como a colocação de grades nas laterais da carroceria, pranchas adequadas para a retirada do trator etc., o que garantiria ao trabalhador uma maior segurança ao descarregar um veículo tão pesado.

Como asseverou a Juíza sentenciante: “Conclui-se, pois, que o evento danoso somente ocorreu porque a requerida, por imprudência e negligência, porquanto curial a constatação de que o acidente teria sido facilmente evitado, se, por exemplo, adquirisse caminhão próprio para transporte de máquinas de grande porte [...] , não se falando em culpa da vítima, em qualquer modalidade”.

É consabido que após o advento da Constituição Federal de 1988 não é necessário que se caracterize a culpa com uma gravidade extrema, bastando a demonstração de culpa leve para que o empregador responda pelo infortúnio causado a seu empregado, pagando a devida indenização.

Nesse sentido:

“Expungida a necessidade de prova do dolo ou da culpa grave, em face da nova orientação da Constitui-

ção Federal (art. 7º, XXVIII), vislumbrando-se a mais leve culpa do empregador pela produção do acidente do trabalho, procede à indenização fundada no direito comum, independentemente da indenização acidentária, ainda que haja concorrência de culpas.

“Somente a ausência total de culpa do patrão, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária” (Ap. Cív. n. 50.318, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Entende-se, pois, configurada a culpa da apelante no presente caso e, constatando-se a sua negligência na manutenção do caminhão sobre o qual era transportado o trator, além do fato de tê-lo deixado exposto ao tempo, permitindo que a sua carroceria ficasse escorregadia, foi a causa preponderante do acidente, deve esta responder pelos danos a que deu causa, a teor do art. 159 do CC/1916, aplicável à espécie.

Com base no teor da jurisprudência acima colacionada, elimina-se também a tese de que a pensão por morte prestada à apelada pelo INSS afastaria a necessidade de arbitramento de dano moral, visto que uma é a finalidade da indenização previdenciária e outra a da civil.

A indenização por dano moral se concede na tentativa de suprir, ou ao menos abrandar, a dor psíquica sentida pela perda de um familiar, devendo ser prestada por quem deu causa ao acidente, possuindo essência

diversa do benefício previdenciário, suportado pelo Estado.

Deve, portanto, o recurso da empresa apelante ser provido apenas na parte relativa à isenção de pagamento dos honorários advocatícios no incidente de impugnação ao valor da causa.

Do recurso da autora

No tocante ao recurso adesivo interposto pela autora, tem-se que deve ser acolhida a sua pretensão.

Pleiteia ela o aumento da quantia arbitrada a título de indenização por danos morais de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) para 100 (cem) salários mínimos.

É consabido que a indenização por dano moral não repara o sofrimento causado pela perda de um ente querido, mas serve para amenizá-lo, ao menos em parte. Seu objetivo, portanto, não é o de enriquecer o ofendido, nem de desfalcocar o patrimônio do ofensor, devendo o Juiz, no caso concreto, fixar uma quantia que considere justa para ambas as partes.

No caso dos autos, entendo que a quantia fixada pela Magistrada de primeiro grau é insuficiente para indenizar a dor causada pela morte de um genitor.

Em casos como esses, tem decidido esta Corte de Justiça:

“A perda dos pais causa profunda dor e tristeza aos membros da família, verdadeiro sentimento de perda inabalável, eis que ficam privados de seu convívio para sempre. Cabe-lhes, pois, ‘uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite,

para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e reverência póstuma’ (Yussef Said Cahali). Contudo, tal indenização deve chegar ao valor de sua composição, o qual não pode levar à riqueza a vítima nem à ruína o seu ofensor, mas refletir, sob o equacionamento do órgão julgador, a extensão da lesão material e a suportabilidade da reparação” (Ap. Cív. n. 1998.018021-0, de Itajaí, rel. Des. Anselmo Cerello).

Portanto, deve ser majorado o montante fixado em primeiro grau de jurisdição, a fim de melhor refletir a justiça neste caso concreto.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso adesivo interposto pela autora, majorando-se a verba indenizatória para 100 (cem) salários mínimos, e parcial provimento ao da ré, apenas na parte relativa à isenção de pagamento dos honorários advocatícios no incidente de impugnação ao valor da causa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, conheceram dos recursos para dar provimento ao recurso adesivo interposto pela autora e parcial provimento ao recurso da ré.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.008900-1, DE SÃO DOMINGOS**Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato**

Responsabilidade civil – Acidente do trabalho – Latrocínio – Funcionário de estabelecimento bancário incumbido do transporte de valores e documentos em carro particular sem a necessária segurança – Nexa de causalidade entre o fato e a omissão culposa do empregador caracterizado – Risco previsível – Inexistência de força maior – Obrigação de indenizar – Pensão desvinculada do benefício previdenciário – Danos morais presumidos – Quantum – Majoração – Juros de mora a partir do evento danoso – Honorários advocatícios – CPC, art. 20, § 5º – Inaplicabilidade.

1. *Comprovada a omissão culposa da instituição bancária quanto à segurança de funcionário incumbido do transporte de valores e documentos em carro particular, vítima de latrocínio, exsurge o dever de indenizar os danos morais e materiais consequentes.*

2. *A estrita observância pelo estabelecimento bancário das regras de segurança insertas na Lei n. 9.017/95 evita que lhe sejam aplicadas as sanções administrativas nela previstas, mas não o isenta obrigatoriamente da responsabilidade por infortúnios resultantes da falta de cuidado com a integridade física de seus funcionários e clientes.*

3. *“O roubo, a exemplo do furto, não pode ser alegado como motivo de força maior por quem, em razão do seu ramo de atividade, tem por obrigação e especialidade prestar segurança” (REsp n. 31.206, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).*

4. *A pensão devida à viúva tem por termo final a data em que o de cujus completaria sessenta e cinco anos de idade, ou quando ela contrair novo casamento ou estabelecer união estável.*

5. *A indenização por acidente do trabalho calculada em direito comum independe da percepção de benefício previdenciário.*

6. *O montante da indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pela empresa ofensora de maior diligência para com seus empregados, de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa – deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar na ruína daquele ou no enriquecimento sem causa deste. “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” (José Raffaelli Santini).*

7. *“O valor da condenação, mesmo aquém do pretendido em sede de dano moral, não gera reciprocidade no pagamento de custas e honorários advocatícios, uma vez que o valor atribuído à inicial é meramente estimativo” (Ap. Cív. n. 1999.002484-9, rel. Des. Ruy Pedro Schneider).*

8. *Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (Súmula 562) e no Superior Tribunal de Justiça (Súmulas 43 e 44), os juros relativos à indenização por ilícito extracontratual correm a partir do evento lesivo.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.008900-1, da comarca de São Domingos, em que são apelantes e apelados Eleani Aparecida Dallastra Pagliari e outros e Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso do réu e dar provimento parcial ao recurso dos autores.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Eleani Aparecida Dallastra Pagliari, Talyane Laís Pagliari e Matheus

Luís Pagliari ajuizaram ação de indenização contra Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc.

Na inicial, narraram os autores, respectivamente esposa e filhos de Luiz Pagliari:

“1.3 – Fazia cerca de dois anos que Luiz Pagliari havia sido designado para trabalhar em um Posto de Serviço do Banco demandado, aberto na cidade de Coronel Martins, Município próximo de São Domingos, sendo ele o único funcionário, pelo que desenvolvia todas as funções atinentes ao exercício do trabalho, desde a gerência, caixa, tesoureiro, escriturário, vigia e outras;

“1.4 – O movimento bancário era captado no Posto de atendimento

e processado na agência sita na cidade de São Domingos. Para tanto, por volta das 6h30min, Luiz Pagliari comparecia na agência bancária, apanhava todos os documentos necessários ao funcionamento do Posto, inclusive dinheiro, e se deslocava com veículo próprio até a cidade de Coronel Martins. No encerramento do expediente, que se dava por volta das 17 horas, fazia o retorno, conduzindo todo o material contábil, bem assim o dinheiro arrecadado para depósito e pagamentos efetuados por terceiros, oportunidade que permanecia na agência até encerrar o processamento do Posto de Serviço, a fim de reiniciar as tarefas no dia seguinte;

“1.5 – Em data de 18-11-97, por volta das 8h30min, quando Luiz Pagliari se deslocava da agência de São Domingos para o Posto de Serviço, transportando inclusive numerário, foi assaltado e morto brutalmente, cuja autoria restou confessada, posteriormente, por Altair Biazin;

“1.6 – De propósito, o assassino, constatando que a vítima transportava numerário e vendo sua fragilidade, pois andava sozinha, planejou o roubo no dia anterior, quando esteve no referido Posto Bancário. Na manhã de 18-11-97, esperou a passagem de Luiz em uma parada de ônibus, a quem pediu carona, tendo sido atendido. Poucos metros depois, iniciou as agressões à vítima, utilizando-se de uma faca e um martelo, tudo com a intenção de roubar-lhe o dinheiro que transportava. Não obstante a reação desta, o assassino venceu a luta corporal que travaram, deixando a vítima

abatida sobre o asfalto, fugindo com três sacolas, tendo-se apropriado da importância de R\$ 3.319,72 e mais alguns documentos de propriedade do Banco;

“1.7 – Não obstante, sabedor do risco que Luiz Pagliari corria, na rotina de transportar numerário para o Posto de Serviço, e deste para a agência Bancária, fato que já durava cerca de dois anos, o requerido, através de seus prepostos, não tomou nenhuma medida no sentido de dar segurança ao funcionário, protegendo sua integridade física, posto que o transporte de dinheiro somente deve ser efetuado através de carro apropriado para tal fim ou mediante aparato Policial. No entanto, o Banco não designou nem mesmo um outro funcionário para acompanhá-lo, deixando-o completamente desprotegido, a mercê de qualquer bandido, por mais amador que fosse” (fls. 3 e 4).

Com a ação, pretendem os autores que seja o réu condenado ao pagamento de indenização por danos morais, pensão equivalente a 2/3 do total dos rendimentos do falecido, incluída a gratificação natalina, até a data que completaria 65 anos de idade.

Contestando o feito (fls. 98 a 107), o réu alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* ao argumento de que Altair Biazin é quem deveria ser exclusivamente responsabilizado civilmente pelo ocorrido. No mérito, rebateu os argumentos dos autores, aduzindo que a vítima agiu com culpa grave pelo infortúnio, uma vez que indevidamente deu carona a ter-

ceira pessoa, com quem mantinha relação de amizade, e portanto assumindo o risco sobre os atos dela, além de, na iminência das agressões, ter reagido ao assalto. Atribuiu ao fato, relativamente à sua condição de empregador, a ocorrência de força maior. Também questionou o montante da indenização pleiteada.

Devidamente instruído o feito e ouvido o representante do *Parquet*, que opinou pela procedência do pedido (fls. 229 a 237), o MM. Juiz de Direito proferiu sentença (fls. 238 a 267), registrando em sua parte dispositiva:

“Ante o exposto, *julgo procedente* os pedidos formulados pelos autores *Eleani Aparecida Dallastra, Talyane Laís Pagliari e Matheus Luís Pagliari*, para condenar o réu, *Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc*, nos seguintes termos:

“a) Pagar uma pensão alimentícia vitalícia igual a dois terços (2/3) de (10,71) salários mínimos, cujo valor será rateado em partes iguais para cada autor, com direito a 13º salário, em igual valor, desde a data do evento até a data que a vítima Luiz completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade, isto, relativamente à autora *Eleani (viúva)*, cessando tal direito com novo casamento, e, aos autores, *Talyane e Matheus*, a serem pagos até a data em que completarem 25 anos de idade, assegurado-se o direito de crescer entre os alimentandos, devendo as parcelas vencidas serem pagas na forma de indenização, em parcela única, de imediato, após a liquidação de sentença. Fazendo-se os acréscimos

legais de correção monetária desde o sinistro e juros a partir da citação.

“b) Pagar, a título de indenização por danos morais, a quantia de cem (100) salários mínimos, a cada autor, a serem pagos de uma só vez.

“c) Constituir um capital, nos termos do art. 602 do CPC, para que sirva de garantia da dívida.

“Todas as verbas acima asseguradas, aos autores, deverão ser acrescidas de juros de 6% ao ano, desde a data do evento, e de correção monetária.

“Por derradeiro, condeno o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (CPC, art. 20, § 3º)”.

Irresignadas com o veredicto, ambas partes interuseram recurso de apelação.

Os autores (fls. 272 a 278) sustentam que: a) o termo inicial dos juros moratórios deve fluir a partir do evento e não da citação; b) a realização de novo casamento não pode ser causa de extinção do direito à pensão, pois não há confundir responsabilidade derivada de ato ilícito (extracontratual) com responsabilidade contratual previdenciária; c) o valor dos danos morais deve ser majorado; d) a verba honorária deve ser aumentada para o patamar de 20%, fazendo incidir também sobre os danos morais.

O réu (fls. 283 a 292), reeditando os argumentos expendidos na contestação, aduz que: a) a culpa pelo

evento deu-se exclusivamente pela vítima, que forneceu carona a terceiros; b) pelo montante transportado, não necessitava de segurança ou carro específico para transporte de valores; c) o acontecimento é resultado típico de força maior; d) o *quantum* indenizatório arbitrado a título de danos morais é excessivo, desproporcional e exagerado; e) os autores receberam, além do benefício do INSS, pensão oriunda de previdência privada a que alude a Lei n. 6.435/77, paga pela Fusesc, que patrocina e contribui mensalmente com significativos recursos.

Ambas partes apresentaram contra-razões (fls. 295 a 306 e 319 a 322).

O Ministério Público, nas duas instâncias (fls. 308 a 318 e 327 a 329), manifestou-se pelo desprovisionamento do recurso do réu e pelo provimento parcial daquele interposto pelos autores a fim de aumentar a indenização por danos morais para duzentos salários mínimos, e de corrigir o termo a *quo* dos juros moratórios.

II – Voto

1. Dispõe a Constituição Federal que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inc. XXII) e o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, inc. XXVIII).

Com efeito, a partir da promulgação da Carta Magna, a responsabili-

dade civil do empregador não mais depende do seu grau de culpabilidade, bastando apenas que tenha agido, ao menos, com culpa leve. No entanto, o texto constitucional não exclui o *onus probandi* do empregado nas ações por acidente de trabalho em que este pleiteie a indenização pelo direito comum.

Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, mister se faz a comprovação dos requisitos do artigo 159 do Código Civil de 1916 (vigente à época dos fatos), quais sejam, a existência do dano, da culpabilidade do agente (ato ilícito) e do nexo de causalidade entre a atitude do agente e o prejuízo sofrido. Ao autor da ação indenizatória, portanto, compete demonstrar o ilícito praticado por seu empregador (CPC, art. 333, I).

Sobre a responsabilidade civil do empregador, colhe-se os seguintes julgados desta Corte:

“Com a nova Constituição (art. 7º, XXVIII) a culpa do empregador, inclusive a leve, enseja responsabilidade civil por acidente do trabalho, independentemente da natureza infortunistica.

“A indenização do Direito Comum não pode ser compensada com a do Direito Acidentário, porque ambas, tendo por base fatos jurídicos diversos, são independentes e se regulam por diferentes normas.

“Havendo invalidez total e permanente, a indenização civil corresponde à importância do trabalho, vale dizer, do salário, que percebia a vítima, quando do acidente” (Ap. Cív. n. 1996.005581-9, rel. Des. Amaral e Silva).

“Responsabilidade civil – Indenização – Acidente do trabalho – Incapacidade permanente do obreiro – Empresa que permitiu que seu empregado realizasse serviço perigoso e ariscado sem os meios de proteção adequados – Culpa do empregador caracterizada – Ação procedente em parte – Recurso provido parcialmente.

“Responsabilidade civil – Indenização – Acidente do trabalho – Culpa do empregador caracterizada – Direito comum – Pagamento de pensão mensal devida ao autor até a sua morte – Arts. 159 e 1.539 do Código Civil – Ação procedente em parte – Recurso provido para esse fim” (Ap. Cív. n. 34.079, rel. Des. João Martins).

“O traço do dolo civil é a consciência de manter a descoberto o risco tendente a certo resultado danoso. Se o empregador tem o dever de prevenir os riscos das condições de trabalho, age dolosamente se nem mesmo adota comezinhos cautelas imprescindíveis, optando por uma conduta consciente e inadmissível” (Ap. Cív. n. 16.190, rel. Des. Reynaldo Alves, *in* JC 33/48).

“A cumulação entre a responsabilidade acidentária e a responsabilidade civil de direito comum pressupõe que o evento danoso não tenha decorrido de simples risco da atividade econômica desenvolvida pelo empregador. Impõe-se a presença de uma conduta patronal de desrespeito evidente às regras de segurança do trabalho, de sorte a evidenciar, senão a vontade de lesar, pelo menos a indiferença intolerável diante do risco sério corrido pelo obreiro” (Ap. Cív. n. 31.426,

rel. Des. Nestor Silveira, *in* JC 65/251).

No caso em exame, depreen-de-se dos autos que o esposo e pai dos autores foi vítima de crime de latrocínio (fls. 17 a 83) quando se dirigia, portando dinheiro e documentos da ré, para o município de Coronel Martins, onde desempenhava a função de bancário em um posto de serviço da instituição bancária.

Cumprido salientar não existir dúvidas quanto à natureza da atividade desempenhada pela vítima; restou clarividente que estava ela em pleno exercício laborativo, desempenhando uma função que lhe havia sido confiada pela ré.

Portanto, o cerne do litígio reside, à luz dos preceitos acima enfocados, na existência ou não da relação de causalidade entre o evento fatídico e a ação ou omissão culposa do banco na condição de empregador, ainda que a causa direta tenha sido provocada por terceira pessoa (Altair Biazin).

Da prova testemunhal colhe-se que a vítima, para transportar documentos e valores, tinha apenas a opção de utilizar seu automóvel ou um táxi para deslocar-se até Coronel Martins, não lhe sendo disponibilizado qualquer tipo de vigilância ou meio de segurança para o trajeto, e que o réu tinha conhecimento de que Luiz Pagliari dava caronas a terceiros, não tomando, até a ocorrência do infortúnio, qualquer medida para inibir tais procedimentos.

Assim asseverou a testemunha Luiz Fernandes Stédille (fls. 194 e 195):

“[...] que a vítima era pessoa muito querida na comunidade e tinha muitos amigos e em função disso costumadamente dava caronas; que o declarante pode informar que a própria vítima solicitou à administração do banco para que confeccionasse um cartaz de proibição de carona, a fim de que o mesmo pudesse justificar a seus amigos a negativa de carona; que era do conhecimento da administração do banco que a vítima costumava dar carona; [...] *após os fatos o Banco modificou o procedimento do transporte do funcionário e de valores, fornecendo, agora, vigilante e sendo utilizado viatura da polícia [...]*” (sem grifo no original).

Maria Lessi da Aparecida Scheffer, que trabalhou por vários anos com a vítima, disse (fl. 195):

“[...] que o banco dava a opção do funcionário utilizar de veículo próprio ou um táxi; [...] que na época o banco não disponibilizava vigilante para acompanhar o funcionário [...]”.

Elio Bortolini afirmou (fl. 196):

“[...] que muito embora o banco disponibilizasse um táxi para o transporte do funcionário, dava a opção para se utilizar de veículo próprio, pagando uma diferença pela quilometragem, que a vítima Luiz Pagliari optou por se deslocar com seu próprio veículo em face da vantagem pecuniária que recebia; *que o banco não disponibilizava vigilantes para acompanhar a vítima; [...]* que em reuniões de funcionários era comum o questionamento quanto ao risco decorrente da função exercida pela vítima; [...] que os valores levados pelos chefes de posto de

serviço variava de acordo com o movimento do dia” (sem grifo no original).

João Carlos Cardoso alegou (fl. 198):

“[...] recorda-se o declarante que em reuniões de funcionários sempre era comentado sobre o risco que corriam as pessoas responsáveis por postos de serviço”.

Ademais, como muito bem destacou o ilustre Magistrado, “o fato de ter a vítima dado ou não carona espontaneamente ao autor do crime, entendendo ser irrelevante, porque cabia ao réu a obrigação de proporcionar a efetiva segurança, seja fornecendo um carro-forte para o transporte dos valores e do próprio funcionário, seja mantendo um vigilante para acompanhar o servidor no trajeto para o Posto de Serviço de Coronel Martins/SC”.

Também não há acolher a alegação de força maior ante a previsibilidade do ocorrido, até porque a vítima tinha de cumprir o mesmo itinerário – e o fazia – havia mais de dois anos, tornando público seu procedimento e, assim, facilitando a ação de meliantes.

No acórdão relativo ao Recurso Especial n. 31.206, consignou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que “o roubo, a exemplo do furto, não pode ser alegado como motivo de força maior por quem, em razão do seu ramo de atividade, tem por obrigação e especialidade prestar segurança”.

Também não merece guarida a tese da isenção de responsabilidade pelo transporte de valores sustentada

na Lei n. 9.017/95 – que altera dispositivos da Lei n. 7.102/83, que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos bancários. A estrita observância da norma aludida evita que sejam aplicadas ao banco sanções administrativas, mas isso não significa, por óbvio, que assim procedendo ele estará isento da responsabilidade por infortúnios resultantes da falta de cuidado com a integridade de seus funcionários e clientes.

Ademais, o próprio art. 5º da referida lei determina que, em se tratando de transporte de numerário entre sete e vinte mil UFIR's, é exigida a presença de dois vigilantes, o que de fato não ocorreu no caso em exame.

A respeito, registrou o Promotor de Justiça Rodrigo Millen Carlin que “o que importa é que o Besc: a) mesmo sabendo dos riscos que seu funcionário sofria, não tomou nenhuma medida capaz de dar segurança plena a ele, visando, com isso, proteger sua integridade física; b) tinha ciência dos perigos do transporte do dinheiro em carro particular; c) nos 2 (dois) anos em que a vítima fatal fez esse percurso e exercia sua função de chefe do posto de atendimento em Coronel Martins, ela nunca foi impedida ou advertida expressamente pelo banco do perigo que corria; d) jamais forneceu qualquer veículo adequado ou solicitou acompanhamento policial do infortunado durante seus trajetos; e) que a culpa do Besc foi preponderante sobre eventual negligência ou imprudência da vítima fatal (se o argumento do banco é no sentido de que seu empregado não deveria ter dado carona e, as-

sim, sua imprudência levou ao desfecho fatal, da mesma forma, mas em sentido inverso, poderíamos concluir que se o Besc tivesse, desde o início, fornecido ao seu empregado os meios necessários para que ele pudesse desempenhar suas funções com segurança, também nada disso teria acontecido)” (fl. 312).

Da jurisprudência colhe-se os seguintes julgados:

“Indenização. Acidente do trabalho. Empregado de instituição financeira morto em assalto quando transportava numerário – É responsável por culpa aquiliana a instituição financeira que impõe a seus empregados conduzirem quantias de vulto, sem as cautelas de lei, quanto aos danos materiais e morais” (TARS, Ap. Cív. n. 195039094, *in* Rui Stoco, Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 3ª ed., p. 240).

“Responsabilidade civil — Indenização — Acidente do trabalho — Incapacidade permanente do obreiro — Empresa que permitiu que seu empregado realizasse serviço perigoso e arriscado sem os meios de proteção adequados — Culpa do empregador caracterizada — Ação procedente em parte — Recurso provido parcialmente” (Ap. Cív. n. 34.079, rel. Des. João Martins).

“Com o advento da Carta Federal de 1988, mercê da norma inculpada em seu art. 7º, item XXVIII, a culpa do empregador para a ocorrência de sinistro laborativo, sem que importe o seu grau, acarreta-lhe o dever de prestar ao obreiro por si contratado indenização de acordo com as normas do

direito comum, independentemente da cobertura acidentária. Aos empregadores, hodiernamente, impõe-se a obrigação de assegurar a seus empregados a mais completa segurança no trabalho que desenvolvem. Se assim não agem, descurando-se desse dever, permitindo que seus empregados prestem serviços arriscados, sem a menor garantia de segurança, são eles responsáveis perante o trabalhador e, no âmbito deste, perante seus dependentes” (Ap. Cív. n. 1996.003267-3, rel. Des. Trindade dos Santos).

Resta, assim, plenamente caracterizada a culpabilidade do réu pelo lamentável evento, consistente na omissão quanto à necessária iniciativa de tomar medidas que assegurassem a integridade de seu funcionário no transporte de valores.

2. É cediço que a indenização deve ser a mais completa possível, de modo a buscar a recomposição dos danos sofridos pelo lesado.

O fato de o cônjuge supérstite auferir pensão por morte não obsta seu direito à pensão indenizatória fundada nas normas de direito comum, pois que de naturezas diversas. O benefício previdenciário não pode, assim, impedir o recebimento da integralidade da indenização oriunda de ilícito civil, sendo, portanto, plenamente cumuláveis.

Pela mesma razão, é descabida a tese do réu de que, com a morte da vítima, houve a antecipação do benefício previdenciário.

Necessário considerar também que os valores provenientes da previdência privada suplementar, assim

como de seguro, não podem ser entendidos como fatores de compensação da responsabilidade civil, até porque os fundos de pensão também são formados pelas contribuições dos próprios participantes.

Ulderico Pires dos Santos ressalta:

“Nos casos de acidente de trânsito, o pagamento da indenização deve ser feito à vítima ou aos seus familiares, independentemente de ela estar percebendo pensão previdenciária. Esta circunstância não afasta, por si só, o valor da indenização devida pelo ato ilícito e nem diminui o seu *quantum*.

“Uma coisa nada tem a ver com a outra, ou melhor: a pensão previdenciária paga pelos cofres públicos à vítima ou aos seus beneficiários não ilide, de forma alguma, a que lhe for devida em consequência do evento danoso.

“A cumulatividade de ambas é absolutamente pacífica nos nossos tribunais locais e até na Corte Suprema, que entende que ‘não é justo e muito menos lícito os responsáveis pelos atos danosos decorrentes de procedimentos ilícitos se beneficiarem com as verbas ou vantagens que os dependentes da vítima já auferirem antes do acidente sob outro título (RT, vol. 348, p. 179; RJTJESP, Ed. Lex, vols. 37/72 e 6/182)’ (A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Forense, 1984, p. 90).

O mesmo fundamento foi adotado pelo Ministro Néri da Silveira quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 94.429:

“Cogitando-se, assim, aqui, de reparação, em virtude de culpa contratual grave da empregadora, inexecutando obrigação para que seu empregado, não é possível pretender, do *quantum* a condenar-se a empresa, deduzir o valor correspondente à indenização de natureza acidentária, que se deu ao autor, por título diverso (responsabilidade objetiva, decorrente da Lei de Acidentes), e é paga por instituição que cuida do seguro social, e não pela empregadora. Na espécie, a responsabilidade da empregadora, ora recorrida, é de direito comum e independente do seguro social, resultando de seu proceder, com culpa grave, inadimplindo obrigação, de índole contratual, de que proveio incapacidade total e permanente ao autor para qualquer trabalho, arrastando, pela vida, a invalidez” (RTJ 115/741).

Nesse vértice tem-se manifestação de este Sodalício:

“Benefício previdenciário computado no *quantum* indenizatório. Compensação indevida.

“É perfeitamente possível a cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum e previdenciário, já que possuem natureza diversa. Não há falar em enriquecimento ilícito da vítima, quando exsurge clara a culpa do empregador no ato ilícito, sendo vedada, portanto, a dedução do benefício previdenciário do total do *quantum* indenizatório” (Ap. Cív. n. 1997.001836-3, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Da indenização decorrente do ato ilícito não podem ser descontados os valores pagos a título de pensão por morte pelo órgão previdenciário,

em razão da essência diversa que possuem os benefícios’ (Apelação Cível n. 1998.010654-0, rel. Des. Orli Rodrigues)” (Ap. Cív. n. 2001.022808-4, rel. Des. José Volpato de Souza).

“Pertinente é o recebimento simultâneo de benefícios disciplinados no direito comum com aqueles oriundos da previdência nacional” (Ap. Cív. n. 52.109, rel. Des. Eder Graf).

“Responsabilidade civil. Indenização previdenciária e de direito comum. Súmula 229 do STF e art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.

“A culpa ou dolo do empregador obrigam-no a compor o dano decorrente de acidente do trabalho, a teor do verbete 229 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal e do preceituado no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal” (Ap. Cív. n. 35.380, rel. Des. Eder Graf).

3. Quanto ao período de pensão fixado à viúva, a sentença deve ser mantida, incidindo desde o sinistro até a data em que o *de cuius* completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou até que ela contraia novo casamento ou união estável. A propósito, é o escólio de Rui Stoco:

“A pensão a ser paga à viúva do falecido deve ter como marco inicial o evento morte e prevalecerá pelo período de vida provável da vítima, atualmente preconizado pelos nossos Pretórios em 65 (sessenta e cinco) anos, desde que não convole novas nupcias.

“Com relação à pensão a ser paga aos filhos menores pela morte do alimentante (pai ou mãe), deve-se atender à limitação lógica, natural, pre-

toriana, presumindo-se seu casamento aos 25 anos de idade, quando se presume cessar o auxílio mútuo de pais e filhos. Contudo, antes desse termo final, havendo o falecimento de qualquer dos beneficiários, a parte do que falecer acrescerá à dos sobreviventes” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, 2ª ed., p. 487).

Nesse sentido têm-se manifestado os tribunais:

“Pensão mensal. Valor e termo final da obrigação.

“A pensão devida aos autores deverá ser fixada no equivalente a dois terços do que o falecido recebia, sendo que a pensão devida às viúvas dos falecidos terá como termo final o período de vida provável das vítimas, ou seja, 65 (sessenta e cinco) anos ou até quando contraírem novo casamento ou união estável” (Ap. Cív. n. 1998.004434-0, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“O termo final do pensionamento para a viúva, se dá quando esta contrair novas núpcias” (TAPR, AC n. 0142897-5, Juiz Jucimar Novochado).

“A pensão devida à viúva tem por termo final a data em que a vítima completaria 65 anos de idade. Cessa o benefício pela morte de um dos beneficiários e, no caso da viúva, também se contrair novas núpcias” (TAPR, AC n. 0175855-8, Juiz Miguel Pessoa).

4. São presumíveis os danos morais suportados pelo cônjuge e filhos em decorrência da morte do chefe da família, assim como são

inquestionáveis sua extensão e gravidade. Tais danos, conforme consagrado pela jurisprudência, independem de prova.

Não existem parâmetros legais objetivos para fixar-se a indenização por danos morais. No plano em torno dos elementos de quantificação, é sabido que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Carlos Alberto Bittar, Reparação civil por danos morais. RT, 1993, p. 220). Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, RT 662/7-17).

Sobre o tema, ensina José Rafaeli 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 inexistente. 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).

Nesse sentido, decidiu-se:

“Mas qual deve ser o fundamento da ação? Pagamento da dor sofrida, reduzindo-se a moeda os sentimentos? Não. Seria profundamente imoral dizer que aquele que foi atingido em seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse. A indenização não compensará, nem fará desaparecer a dor do ofendido; por isso mesmo não se trata de substituir por dinheiro o bem desaparecido; por isso mesmo não se cogita de avaliar a dor em dinheiro. O fundamento da ação é outro. O que, na realidade, se tem em vista não é avaliar a dor, para pagá-la em dinheiro numa equivalência exata, *mas tutelar o direito violado*. As perdas e danos não têm o caráter de indenização do sofrimento, mas caráter de reparação repressiva.

“A indenização sob forma econômica é considerada como um bem *sucedâneo*, como um bem não equiva-

lente a um outro, mas dado em substituição de um outro, como uma satisfação ou uma vantagem pela lesão do direito.

[...]

“E como não há, nem pode haver, equivalência entre o dano sofrido e a importância a ser paga, o que daí se segue é que necessariamente haverá um poder discricionário, um prudente arbítrio, dos juízes na fixação do *quantum* da condenação, arbítrio esse que emana da natureza das coisas, pois como fizeram sentir Boistel, Laurent, Montel, Hudelot et Metman, e Giorgi e Minozzi, o fato de não se poder estabelecer a equivalência não pode ser motivo de se deixar o direito sem sanção e sua tutela. Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às consequências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele responsável, *a critério do poder judiciário*, como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento” (Amilcar de Castro, voto proferido na AC n. 1.409, RF 93/528).

“Não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indenização, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra, a liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens morais mais valiosos de que os econômicos” (RE n. 97.097, Min. Oscar Corrêa, RTJ 108/287).

“Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição so-

cial e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento.

“A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, rel. Des. Amaral e Silva).

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há de representar, para o ofendido, uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, de modo que, sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, rel. Des. Trindade dos Santos).

In casu, o montante fixado pelo digno Magistrado, *data venia*, não atende na plenitude às orientações doutrinárias e jurisprudenciais para a fixação do valor da indenização pelo dano moral em caso de morte do marido e pai.

Com amparo no princípio da persuasão racional, previsto no art. 131 do Código de Processo Civil, é razoável majorar o valor da indenização para R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) – equivalentes, hoje, a 200 (duzentos) salários mínimos –, acresci-

dos de juros legais (6% ao ano até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, após o que serão fixados nos termos do art. 406 deste diploma legal) e correção monetária, esta a partir da data do respectivo arbitramento.

5. No que se refere ao termo inicial de incidência dos juros de mora, assiste razão aos autores. Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (Súmula 562) e no Superior Tribunal de Justiça (Súmulas 43 e 44), correm eles a partir do evento lesivo.

Na ementa do acórdão relativo ao Recurso Especial n. 34.750, anotou o eminente Ministro Fontes de Alencar:

“Ação de indenização. Ato ilícito. Juros de mora a partir do evento”.

6. Segundo o princípio da causalidade, impõe-se àquele que deu causa à deflagração do processo, se sucumbente, o ônus de pagar honorários advocatícios em favor da parte contrária (CPC, art. 20).

Sobre o tema, da doutrina e da jurisprudência colaciono a lição e os julgados que seguem:

“Assim, conclui-se que o princípio da causalidade melhor se presta à fixação das despesas processuais, porquanto, indubitavelmente, sem as amarras, por vezes insensíveis da sucumbência, atende, no dizer de Carne-lutti, a um princípio de justiça distributiva, onerando quem, efetivamente, deu causa à demanda” (Orlando Venâncio dos Santos Filho, O ônus do pagamento dos honorários advocatí-

cios e o princípio da causalidade, RTJE 169/105).

“Pelo princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa à instauração da demanda deve responder pelos honorários advocatícios da parte vencedora. Havendo a extinção do processo em relação a um dos réus, ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, a consequência lógica é a condenação das autoras nos encargos decorrentes da sucumbência relativamente a este réu, incidindo o disposto no art. 20 do CPC” (Ap. Cív. n. 1998.001205-8, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Em face do princípio da causalidade, presente em nosso ordenamento jurídico, justifica-se a imposição da responsabilidade pelos ônus processuais àquele que deu causa à demanda. E, se embargada indicou à penhora bem do embargante, obrigando-o a contratar advogado para a defesa de seus interesses, deve, portanto, arcar com as despesas do processo a que deu causa, inclusive os honorários advocatícios” (Ap. Cív. n. 1996.011103-4, rel. Des. Francisco Borges).

Destarte, nas ações de reparação de danos, o valor indicado na inicial é meramente estimativo, não representando o valor real da causa. Sendo assim, não ocorre a sucumbência parcial, conforme tem-se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça:

“Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é

inferior àquele montante” (REsp n. 21.696, Min. Cláudio Santos).

“I. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.

“II. Proporcionalidade na condenação já respeitada, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga” (REsp n. 261.168, Min. Aldir Passarinho Júnior).

7. O § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil, como está sedimentado na doutrina e jurisprudência, é aplicável apenas nas ações condenatórias por ilícito absoluto, o que não ocorre *in casu*, pois o dano decorre de relação contratual (de trabalho).

Colhe-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Na linha dos precedentes deste Tribunal, os honorários advocatícios, em cujo pagamento for condenada a empresa preponente, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas, mostrando-se inaplicável o disposto no § 5º do art. 20 do CPC” (REsp n. 216.904, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Honorários de advogado. A jurisprudência dominante no Pretório Excelso é no sentido de que o § 5º do

artigo 20 do CPC limita-se aos casos de culpa aquiliana; em última análise, quando civilmente responsabilizado o próprio autor do ato ilícito contra pessoa, excluindo-se os de responsabilidade objetiva e de culpa contratual, nos quais mantêm-se a tradicional orientação de cálculo da verba honorária sobre o valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas, a teor do artigo 20, § 3º, combinado com o artigo 260 do CPC” (REsp n. 1.999, Min. Athos Carneiro, RSTJ 10/449).

“Em se tratando de responsabilidade objetiva ou ilícito contratual, devendo incidir o percentual advocatício sobre a soma das prestações vencidas e doze das vincendas (ilícito relativo), não se aplica, na fixação dos honorários de advogado, a regra do art. 20, § 5º, do CPC” (REsp n. 97.667, Min. Waldemar Zveiter).

Com propriedade, ensina Yussef Said Cahali que “impende distinguir, com base no direito material, o ato ilícito (ilícito absoluto) e o inadimplemento contratual decorrente de culpa (ilícito relativo), a que se acrescentam os casos de responsabilidade objetiva, que prescinde a demonstração de culpa do agente; assim: ato ilícito contra pessoa somente ocorre quando há ilícito absoluto, e não quando existe inadimplemento contratual, hipótese em que apenas se verifica ato contra o conteúdo do contrato. O § 5º do art. 20 do CPC, sendo texto de natureza excepcional e devendo, portanto, ser interpretado estritamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extracontra-

tual), não abarcando as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do STF no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e doze das vincendas. Nesse elástico, vem firmando-se reiteradamente que, tratando-se de ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, com a condenação no pagamento de prestações periódicas, desde que o ato danoso esteja vinculado a uma relação contratual (transportadora e passageiro acidentado, há hipótese mais frequente), inaplica-se a inovação do § 5º do art. 20 do CPC, mas persiste a jurisprudência anterior, no sentido de que o percentual advocatício fixado de conformidade com o art. 20, § 3º, deve incidir, tendo em vista o disposto no art. 260, sobre as prestações atrasadas mais um ano de prestações vincendas. Nos demais casos, contrariamente, tratando-se de ilícito absoluto, e portanto sem qualquer vinculação contratual (atropelamento, na hipótese mais frequente), a base de incidência do percentual advocatício deve ser calculada de conformidade com o art. 20, § 5º, do CPC” (Honorários Advocatícios, RT, 2ª ed., p. 1.017).

Ressalta-se, por oportuno, que esse dispositivo serve, tão-somente, para estabelecer o valor da condenação das ações indenizatórias por ato ilícito, como na hipótese. O percentual dos honorários continua sendo arbitrado de acordo com os parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 20 do Código

de Processo Civil, que, no caso em exame, foram corretamente observados na sentença.

8. Pelas razões expostas, voto pelo desprovimento do recurso do réu e pelo provimento parcial ao recurso dos autores para elevar a indenização a título de danos morais para R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) e para fixar como termo a *quo* dos juros moratórios a data do evento danoso.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso do

réu e deram provimento parcial ao recurso dos autores.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2004.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Marcus Túlio Sartorato,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.005092-0, DE ITAJAÍ

Relator: Juiz Dionízio Jenczak

Apelação cível – Ação de indenização – Contrato de transporte de passageiros – Ocorrência de sinistro – Morte e lesões corporais – Responsabilidade civil fundada na teoria do risco objetivo – Dever de indenizar – Dano moral – Pensão mensal por morte – Apelo visando à improcedência do pedido ou minoração das verbas estipuladas – Termo final da pensão aos vinte e cinco anos da vítima fatal – Recurso parcialmente provido.

Por se tratar de responsabilidade civil, fundada na teoria do risco objetivo, que somente pode ser afastada na ocorrência de força maior ou culpa exclusiva da vítima, tem o transportador a obrigação de assegurar a incolumidade do passageiro até seu destino final.

"De acordo com a teoria do risco, uma pessoa deve incorrer na obrigação de indenizar, mesmo sem ter agido com culpa, sempre que sejam produzidos danos no decurso de atividades realizadas no seu interesse e sob seu controle. Atividade, recorde-se, é o conjunto de atos praticados com vista à realização de um determinado objetivo' (Prof. Fernando Noronha)" (in Ap. Cív. n. 1999.004117-4, rel. Des. Volnei Carlin).

“A quantificação dos danos morais, pelo regime aberto, deve ser fixada através do livre arbítrio judicial, tendo como parâmetros na convicção do juiz a posição econômica e social das partes, a intensidade do dolo ou da culpa do agente, a repercussão da ofensa e uma reprimenda pecuniária que atente para os aspectos punitivo-retributivos” (Des. Monteiro Rocha).

“Na sentença ultra petita o juiz vai além do pedido, dando ao autor mais do que o requerido na inicial. A nulidade, então, é parcial, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas excluirá aquilo que desbordou os limites do pleito deduzido” (Des. Luiz César Medeiros).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.005092-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Agência de Viagens Concórdia Ltda., sendo apelados Bradesco Seguros S.A. e Tânia Maria Fidelis de Souza e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Tânia Maria Fidelis de Souza e Samuel Batista de Souza, por si e representando seus filhos Ricardo Batista de Souza e Lilian Batista de Souza, e Gisele Pereira, esta representada por sua mãe, a primeira autora, ajuizaram ação de indenização pelo rito sumário contra Agência Concórdia Ltda.

Alegaram que, em face da realização de um encontro religioso na cidade de Curitiba, celebraram um contrato de transporte de passageiros

com a ré, sendo que, após o embarque, vieram a sofrer um acidente de trânsito em que o veículo automotor despencou da ponte sobre o Rio Itajaí-Açu.

Aduziram que o ônibus conduzia vinte e nove passageiros, cinco a mais do que o legalmente permitido e que, em decorrência do sinistro, a família dos requerentes foi destruída, uma vez que a filha e irmã, respectivamente (Vanessa Pereira) faleceu, e Tânia e Gisele sofreram fraturas, lesões e contusões graves.

Ressaltaram que Tânia exercia atividade de manicure e cabeleireira, percebendo seis salários mínimos mensais e que Gisele trabalhava como babá, recebendo a quantia de dois salários mínimos mensais, mas que, em decorrência do funesto acidente, incapacitaram-se completamente para o trabalho, de forma que se viram obrigadas a contratar uma pessoa para auxiliá-las, a quem pagam dois salários mínimos mensais.

Destacaram que a indenização pleiteada deriva de contrato de trans-

porte, configurando-se a responsabilidade objetiva.

Requereram, ao final, com relação a Tânia Maria Fidelis de Souza e Samuel Batista de Souza, a condenação da requerida ao pagamento de indenização por dano moral no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos pela morte da filha e 300 (trezentos) salários mínimos pela dor dos danos causados às requerentes e à filha sobrevivente; pensão de 2 (dois) salários mínimos em razão da perda da filha Vanessa até a data em que esta completaria 25 anos; lucros cessantes em relação à requerente, no importe de 6 (seis) salários mínimos; pagamento dos danos materiais ocorridos, em razão de constantes tratamentos levados a efeito, inclusive gastos com enfermeira e com cirurgias reparadoras; pagamento das despesas médicas, hospitalares, medicamentos, bem como do funeral e jazigo da filha falecida, além da reparação do dano estético, cumulado com a multa no grau médio da pena criminal correspondente.

Em relação a Gisele Pereira, pleitearam indenização por dano moral no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos pela dor e pelo sofrimento causados pelas lesões e 150 (cento e cinquenta) salários mínimos pela dor da perda da irmã no acidente; danos materiais em razão dos tratamentos levados a efeito, assim como as cirurgias reparadoras; lucros cessantes estipulados com base na remuneração mensal média de 1 (um) salário mínimo, além da reparação do dano estético, cumulado com a multa

no grau médio da pena criminal correspondente.

E, por fim, em relação a Ricardo Batista de Souza e Lilian Batista de Souza, dano moral no valor de 900 (novecentos) salários mínimos, sendo 450 (quatrocentos e cinquenta) salários mínimos para cada um, em decorrência da perda da irmã e das lesões sofridas pelos demais familiares.

Em contestação, a ré aduziu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do segundo e do quinto requerentes. No mérito, asseverou a necessidade de exclusão da sua responsabilidade, por culpa exclusiva das vítimas, uma vez que estas mantiveram-se de pé no interior do veículo, quando deveriam estar sentadas e, que além disso, foi o caminhão de propriedade da empresa Expresso Citazul que colidiu com o ônibus da ré.

Requeru o acolhimento da tese acima citada, ou, alternativamente, a minoração dos valores pleiteados, conforme o contexto legal e o conjunto probatório, alegando, ainda, o descabimento de danos morais, além da inviabilidade da condenação ao pagamento de lucros cessantes, danos materiais, despesas médicas e gastos com enfermeira, uma vez que não foram comprovados.

Em petição de fls. 66 a 75, a demandada denunciou à lide as empresas Bradesco Seguros S.A. e Expresso Citazul Ltda.

Houve réplica.

A audiência de conciliação restou inexitosa, reconhecendo-se a incompetência do Juizado Especial.

Em despacho, o MM. Juiz deferiu a denúncia da lide em relação a Bradesco Seguros S.A., mas indeferiu a do Expresso Citazul Ltda., por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses do art. 70, III, do CPC.

Devidamente citada, a denunciada alegou que o contrato de seguro prevê apenas duas coberturas, ou seja, danos materiais e pessoais causados a terceiros, estando a descoberto os danos morais, além do que asseverou já ter efetuado vários pagamentos referentes às despesas médico-hospitalares advindas dos danos provocados pelo aludido acidente, requerendo, ao final, a total improcedência dos pedidos.

Houve manifestação dos requerentes acerca da contestação da Bradesco Seguros S.A.

O MM. Juiz afastou a preliminar de ilegitimidade ativa do segundo e do quinto requerentes.

Foram apresentados memoriais finais pelas partes.

O Ministério Público entendeu como adequada aos autores Tânia e Samuel, pela morte da filha Vanessa, a indenização no valor 1/3 do salário mínimo a título de pensão, incluindo 13º salário, do momento do óbito até a data em que a menor completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou até enquanto vivesse a alimentária, além dos danos morais no valor de 200 (duzentos) salários mínimos; em relação à autora Gisele, indenização por danos morais no valor de 150 salários mínimos, e, no concernente aos autores Ricardo e Lilian, indenização por danos morais no valor de 150 salários

mínimos. Ainda, opinou pela condenação da litisdenunciada ao reembolso da indenização, no limite do contrato de seguro firmado, incluindo-se as verbas referentes ao dano moral.

O MM. Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a demandada ao pagamento aos autores Tânia e Samuel, a título de pensão, o valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo, desde o óbito da filha do casal, além do dano moral no valor de 500 (quinhentos) salários mínimos, sendo 250 para cada um, mais o dano moral de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para Tânia pelas lesões sofridas; ao pagamento de dano moral aos autores Gisele, Ricardo e Lilian, no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos para cada um e, por derradeiro, condenou a seguradora ao pagamento do valor do seguro contratado, deduzidos os valores já pagos.

Irresignada, a Agência de Viagens Concórdia Ltda. interpôs recurso de apelação, atribuindo ao condutor do outro veículo, o caminhão de propriedade do Expresso Citazul Ltda., toda a responsabilidade pelo acidente, asseverando: a) a necessidade de exclusão da condenação ao pagamento de danos morais pelas lesões sofridas por Tânia e Gisele, uma vez que não comprovados, ou, ao menos, a minoração do valor fixado para 25 salários mínimos para cada uma; b) a ocorrência de julgamento *ultra petita*, pois, conforme a inicial, os autores pleiteiam pensão até a data em que a falecida completaria 25 anos; c) a redução do valor atribuído ao dano moral pela perda da irmã para 50 salários

mínimos; d) a redução dos honorários advocatícios.

Houve contra-razões.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso interposto, por ser intempestivo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça também manifestou-se pelo não conhecimento.

Em julgamento realizado em 26-6-00, a Segunda Câmara Civil não conheceu do recurso por intempestivo.

Inconformada com o teor do acórdão proferido, a apelante interpôs embargos de declaração, aduzindo a tempestividade da apelação, uma vez que se adotou o rito ordinário.

No julgamento realizado em 8-2-01, a mesma Câmara acolheu embargos de declaração, concedendo-lhes efeito infringente para declarar tempestiva a apelação interposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso para reduzir a indenização por danos morais devida a Tânia para 50 salários mínimos, bem como pela redução da verba referente ao dano moral devido a Gisele, Ricardo e Lilian, pela perda da irmã, igualmente, para 50 salários mínimos, excluindo, ainda, os danos morais concernentes às lesões corporais sofridas por Gisele, por não restarem comprovadas.

É o relatório.

II — Voto

A questão em apreço refere-se a um acidente circulatório, no qual os

passageiros envolvidos estavam sendo transportados por empresa de turismo que tinha por finalidade a prestação de serviços de transporte coletivo rodoviário, devendo, desta feita, garantir aosromeiros a incolumidade durante toda a viagem até o seu destino final.

Assim, contempla-se a responsabilidade civil fundada na teoria objetiva do risco, independente da culpa ou dolo, uma vez que, ocorrido o evento danoso e havendo o nexo de causalidade, de modo a ocasionar ao passageiro morte ou lesão corporal, emerge o dever da transportadora de reparar os danos causados.

Destarte, a culpa sempre será presumida, sendo que a responsabilidade só poderá ser afastada em casos extremos, em que reste cabalmente comprovada a ocorrência de força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Nessa senda, ocorrido o acidente que vitimou o viajante, subsistirá a responsabilidade do transportador, independente da culpa, porque esta é despicienda em face da única teoria compatível com o contrato de transporte, qual seja, a objetiva do risco.

Acerca do tema, assim é o entendimento desta Corte de Justiça:

“À luz do art. 1.056 do CC, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros é objetiva, não obstante a lei falar em culpa presumida” (Ap. Cív. n. 1999.011329-9, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 9-12-1999).

“A responsabilidade da transportadora é objetiva, porquanto sua principal obrigação é assegurar a inco-

lumidade dos passageiros até o destino final” (Ap. Cív. n. 2002.007503-0, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 21-3-2003).

Dessa forma, evidencia-se a obrigação da transportadora em indenizar os danos advindos do acidente ocorrido, uma vez que se trata de responsabilidade civil calcada na teoria da responsabilidade objetiva, não ocorrendo, no presente caso, nenhuma das hipóteses aptas a afastar a responsabilidade, quais sejam, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Extrai-se do julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

“De acordo com a teoria do risco, uma pessoa deve incorrer na obrigação de indenizar, mesmo sem ter agido com culpa, sempre que sejam produzidos danos no decurso de atividades realizadas no seu interesse e sob seu controle. Atividade, recorde-se, é o conjunto de atos praticados com vista à realização de um determinado objetivo’ (Prof. Fernando Noronha)” (*in* Ap. Cív. n. 1999.004117-4, rel. Des. Volnei Carlin).

Assim, não merece guarida a alegação recursal de que o evento danoso deu-se por responsabilidade do condutor do veículo de propriedade do Expresso Citazul Ltda., uma vez que, compulsando os autos, percebe-se que o despacho de fl. 104, que indeferiu a denúncia da lide deste, restou irrecorrido, operando-se, portanto, o instituto da preclusão, de forma que a citada empresa não figura na presente demanda.

Portanto, aplica-se o princípio inerente à aludida teoria, imputando

responsabilidade indenizatória àquele que explora ou cria situação de risco, de modo a retirar proveito, sobretudo econômico.

Isso posto, impõe-se a análise dos argumentos contidos na apelação da Agência de Viagens Concórdia Ltda.

1) Quanto ao pedido de exclusão da condenação em indenização referente ao dano moral por lesões sofridas pelas autoras Tânia e Gisele, uma vez que não comprovadas, ou, alternativamente, da diminuição do montante fixado para 25 (vinte e cinco) salários mínimos para cada uma, deve ser parcialmente provido.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, V e X, impõe a reparabilidade dos danos morais. No entanto, não determina os critérios para sua fixação.

O juiz deve arbitrar o valor da indenização do dano moral de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento para a sua dor psíquica, sem, com isso, produzir o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios.

Diante desse contexto, considerando-se as condições socioeconômicas das lesadas (cabeleireira e babá) e do lesante (Agência de Viagens), a gravidade do fato (acidente de trânsito que resultou nas lesões) e sua repercussão na esfera jurídica dos lesados, é de ser considerada excessiva a estipulação do *quantum* indenizatório em quantia equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos.

Este é o entendimento jurisprudencial:

“A quantificação dos danos morais, pelo regime aberto, deve ser fixada através do livre arbítrio judicial, tendo como parâmetros na convicção do juiz a posição econômica e social das partes, a intensidade do dolo ou da culpa do agente, a repercussão da ofensa e uma reprimenda pecuniária que atente para os aspectos punitivo-retributivos” (EI n. 2002.009134-6, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 9-10-2002).

Assim, pelas razões acima aventadas, diante das circunstâncias do caso concreto, levando-se em conta todos os aspectos nele inseridos, deve o valor arbitrado ser reduzido para 50 (cinquenta) salários mínimos.

2) A alegativa da apelante referente à redução do limite temporal da pensão mensal fixada em 1/3 (um terço) do salário mínimo para a data em que a vítima viesse, se viva fosse, a completar 25 anos de idade, conforme expressamente pleiteado na exordial, também procede.

Constata-se nos autos a existência do pedido expresso dos autores, no tocante à pensão, confirmando a alegativa da apelante quanto ao prazo que esta deveria ser mantida, ou seja, até a data em que a falecida completaria vinte e cinco anos de idade.

Conclui-se, por conseguinte, que o pronunciamento judicial, ao fixar o limite temporal da pensão, até que a vítima completasse 65 anos de idade, ou até quando vivessem os beneficiários, não se restringiu aos limites da pretensão, indo além do pedi-

do, de forma a caracterizar julgamento *ultra petita*.

A propósito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery assinaram:

“O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita* não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 3ª ed., São Paulo, RT, 2001, p. 895).

Nessa senda é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

“Na sentença *ultra petita* o juiz vai além do pedido, dando ao autor mais do que o requerido na inicial. A nulidade, então, é parcial, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas excluirá aquilo que desbordou os limites do pleito deduzido” (ACMS n. 2002.017534-5, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 5-10-02).

Portanto, considerando o exposto, o termo final da pensão concedida deve ser a data em que a vítima

completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade.

3) Também merece acolhimento a insurgência contra os valores estipulados, a título de danos morais, com que foram contemplados os irmãos da falecida.

De acordo com a linha de raciocínio, antes traçada neste acórdão, as verbas mostram-se demasiadas, devendo, portanto, ser estipuladas em 50 (cinquenta) salários mínimos para Lilian e 50 (cinquenta) salários mínimos para Ricardo.

Oportuno salientar que o valor atribuído, a título de danos morais em relação aos autores Samuel e Tânia, não pode ser alterado, uma vez que contra esta condenação não houve insurgência.

4) Por derradeiro, no concernente ao pedido de minoração da verba advocatícia, melhor sorte não resta à apelante, uma vez que o MM. Juiz muito bem estipulou o valor de 20% (vinte por cento), considerando o zelo dos profissionais e a complexidade da causa, conforme comando exarado no art. 20, §§ 3º e 5º, do CPC.

Diante desse contexto, dá-se provimento parcial ao recurso, nos seguintes termos:

1 – redução das verbas referentes ao dano moral em relação a Tâ-

nia, pelas lesões sofridas, para 50 (cinquenta) salários mínimos;

2 – redução da verba estipulada em relação a Ricardo e Lilian, também para 50 (cinquenta) salários mínimos para cada um, e, no concernente ao dano moral em relação a Gisele, os mesmos 50 (cinquenta) salários mínimos;

3 – estipular como termo final da pensão decorrente da morte de Vanessa a data em que esta completaria 25 anos de idade;

4 – manter as demais cominações.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, após debates, decidiu, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyeseleben.

Florianópolis, 13 de junho de 2003.

Wilson Augusto do Nascimento,
Presidente, com voto;
Dionízio Jenczak,
Relator.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.016233-0/0001.00, DE URUSSANGA

Relator: Juiz Victor Ferreira

Agravo inominado em agravo de instrumento – Falta de peças obrigatórias – Negativa de seguimento – Assistência judiciária – Nomeação judicial de advogado – Necessidade da juntada de procuração – Momento adequado – Audiência – Inteligência do art. 16 da Lei n. 1.060/50 – Recurso provido.

Ainda que a juntada da procuração seja obrigatória, devido à inexistência de defensoria pública no Estado, o momento adequado para tanto estende-se até a audiência, nos termos do art. 16 da Lei n. 1.060/50. Antes daquele momento processual não se exige a juntada. Assim, desnecessária sua presença, também, no instrumento do agravo.

Vistos relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento n. 2003.016233-0/0001.00, da comarca de Urussanga, em que é agravante S. P. e agravado S. M. S. P.

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por unanimidade, dar provimento ao reclamo.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

S. P. interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da comarca de Urussanga que, na ação de alimentos provisionais movida por S. M. S. P, arbitrou verba alimentar provisória no valor de 1 (um) salário mínimo.

Em síntese, alegou que a agravada tem melhores condições financeiras que ele, e, se não, tem capacidade laboral, não paga aluguel e não tem dependentes; que não há prova da necessidade da verba alimentar; e que não pode, sem prejuízo próprio, arcar com a prestação alimentícia.

O eminente relator anterior, Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, negou seguimento ao recurso nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, diante da não juntada de peças obrigatórias, quais sejam, as procurações outorgadas aos advogados das partes.

Contra essa decisão interpôs o agravo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil, alegando que na comarca de origem há um procedimento administrativo que serve para o deferimento da assistência judiciária gratuita que culmina na nomeação judicial de um defensor para as partes e, sendo o caso dos autos, dispensável a apresentação do instrumento do mandato, substituído que é pela cópia do referido procedimento.

Assim, o requisito de comprovação da capacidade postulatória estaria cumprido.

Requer a reforma da decisão com o prosseguimento do primeiro recurso interposto.

É o relatório.

II – Voto

Ainda que haja nomeação judicial de defensor, é indispensável a outorga de poderes mediante a procuração, se o advogado não for integrante de órgão público com incumbência de

assistência judicial, nos termos do art. 16 da Lei n. 1.060/50:

“Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento de mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga”.

Mais adiante o parágrafo único:

“O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido, na forma da lei, de prestação de assistência gratuita, ressalvados:

“a) os atos previstos no art. 38 do Código de Processo Civil;

“b) o requerimento de abertura de inquérito ou crime de ação privada, a proposição de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação penal condicionada”.

Isso importa dizer que, mesmo havendo nomeação judicial do advogado, é imprescindível a juntada da procuração para a correta formação do instrumento, salvo nas hipóteses que a própria lei excepciona.

A jurisprudência, a respeito, assim tem orientado:

“Agravo (CPC, art. 557, § 1º) – Despacho do relator que nega seguimento a agravo de instrumento por ausência da procuração outorgada ao advogado do agravante beneficiário da justiça gratuita – Desprovimento.

“Não havendo defensoria pública no Estado, é imprescindível que o advogado nomeado como assistente

judiciário da parte exiba em juízo o mandato judicial outorgado por esta ou requeira a coleta dos poderes em audiência (*apud acta*), como estabelecem o art. 16 e seu parágrafo único da Lei n. 1.060/50, sob pena de não poder representá-la nos autos e na interposição de recursos” (Agravado (art. 557, § 1º do CPC) em Agravado de Instrumento n. 2001.019751.0/0001.00, de Lages, rel. Des. Jaime Ramos).

“Ação de alimentos – Justiça gratuita – Necessidade de que o advogado nomeado exiba o instrumento de mandato do assistido, na forma preceituada pelo art. 16 da Lei n. 1.060, de 5-2-1950 [...]” (Ap. Cív. n. 11.310, de Joinville, rel. Des. Nelson Konrad, *in* JC 18, p. 98).

Mais:

“Apelação cível – Assistência judiciária – Procuração – Inexistência.

“Em processo que se concede à parte o benefício da assistência judiciária, não basta a nomeação de assistente judiciário pelo juiz, é necessário, ainda que o advogado nomeado exiba procuração outorgada pelo assistido (Lei n. 1.060, de 5-2-1950” (Ap. Cív. n. 11.850, de Caçador, rel. Des. Aluizio Blasi, *in* JC 34, p. 290 e 291).

O objetivo da exigência de juntada do instrumento de mandato e respectivos substabelecimentos, em seqüência completa, é o de “verificar a regularidade da representação processual”, como proclamou o STJ, no AGSS n. 525/RJ (1996.00.58898-8), julgado pela Corte Especial em 4-12-1996 (Fonte: “Juis” – Jurisprudência Informatizada Saraiva – CD-Rom n. 24).

No entanto, é a mesma Lei que autoriza a outorga dos poderes ao assistente na audiência, quando a procuração não for antes juntada.

No caso, o Magistrado, a rigor, deveria marcar essa audiência, em cumprimento ao disposto na Lei de Alimentos.

Todavia, conforme consta da própria decisão agravada, deixou para fazê-lo mais tarde, por já estar tomada a pauta para o corrente ano (fl. 15).

O certo é que este ato deverá realizar-se e, dessa forma, se a procuração não for juntada até lá, os poderes poderão constar do próprio termo de audiência.

Ora, se era inexigível a procuração, e se, claramente, ela não constava dos autos, era impossível acostá-la no instrumento do agravo; dispensável, ademais, qualquer certidão de sua inexistência nos autos da ação, pois juntadas as cópias integrais daqueles, inclusive as do procedimento no qual nomeada a assistente da autora/agravada.

Ressalta-se, ainda, que o nome e o endereço desta foram declinados pelo agravante na petição recursal, o que viabiliza sua intimação.

Por essas razões, voto pelo conhecimento do reclamo e pelo seu provimento.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, decidiu a Câmara Civil Especial conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 21 de agosto de 2003.

Claudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Victor Ferreira,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.013767-0/0001.00, DE TIMBÓ

Relator: Juiz Sérgio Izidoro Heil

Recurso cível – Agravo inominado (art. 557, § 1º, do CPC) – Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento ante a preclusão – Anterior interposição de recurso contra o mesmo decisum – Seguimento negado – Interposição de novo agravo – Impossibilidade – Litigância de má-fé – Caracterização – Decisão mantida.

A interposição de novo agravo de instrumento contra decisão interlocutória anteriormente combatida por recurso inábil sujeita-se à ocorrência da preclusão consumativa, impedindo a repetição do ato processual.

Litiga de má-fé a parte que, após interposição de agravo de instrumento sem a documentação obrigatória, repete o mesmo recurso, agora devidamente instrumentalizado, porém sem referir-se à anterior propositura, por nítida infringência ao disposto no inciso V do art. 17 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2003.013767-0/0001.00, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é agravante a Seguradora Brasileira de Crédito à Exportação S.A. — SBCE, sendo agravada Styllus Confecções Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

I – Relatório

Seguradora Brasileira de Crédito à Exportação S.A. — SBCE interpôs agravo inominado, na forma do art. 557, § 1º, do CPC, contra decisão

monocrática do relator que negou seguimento a agravo de instrumento, ante o reconhecimento do efeito processual da preclusão.

Sustenta que a decisão é injusta, haja vista que “não se configura a preclusão acima mencionada, sendo certo que o prazo para interposição do recurso não havia se iniciado, não tendo sido o mérito da questão argüida apreciado” (fl. 240 – TJSC).

Dessa forma, pugna pelo recebimento e processamento do agravo para o fim de reformar a decisão de fls. 232 e 233 – TJSC, com a conseqüente apreciação do efeito suspenso.

É o relatório.

II – Voto

O agravo inominado, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, deve ser conhecido e improvido.

Reza o artigo 473 do Código de Processo Civil que “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

A respeito do tema, oportuno trazer à baila os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

“Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem conseqüências semelhantes às da coisa julgada formal.

“Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar

a ser tratadas em fases posteriores do processo”.

No caso *sub judice*, a agravante interpôs agravo de instrumento contra decisão que já havia sido atacada anteriormente, sendo que, conforme reiterada jurisprudência, o prazo recursal não utilizado pela parte é extinto com o protocolo da peça, mesmo que este não se tenha iniciado. Assim, não há falar em tempestividade do novo recurso por ter sido protocolado ainda dentro do prazo de dez dias, uma vez operado o fenômeno processual da preclusão.

No tocante à litigância de má-fé, agiu a agravante de modo temerário, na forma prevista no art. 17, inciso V, do CPC, devendo ser-lhe imposta a multa de 1% (um por cento) do valor da causa, conforme dita o art. 18 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido:

“Litigância de má-fé – Configuração (art. 17, V, do CPC) — Aplicação da sanção processual prevista no art. 18 do CPC.

“Reputa-se litigante de má-fé quem interpõe recurso omitindo anterior interposição de outro com o mesmo objetivo e não conhecido, tendo em vista que a lealdade e a boa-fé são regras informativas, de caráter ético, abrangentes de toda atividade das partes durante o curso do processo” (EDAI n. 2002.016302-9/0001.00, de Tubarão, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 12-9-02).

Portanto, o reclamo não merece provimento.

III – Decisão

Ante o exposto, a Câmara Civil Especial, por unanimidade de votos, conhece do recurso e nega-lhe provimento, aplicando-se à agravante sanção processual por litigância de má-fé no limite máximo previsto no art. 18, *caput*, do CPC (1% sobre o valor corrigido da causa – medida cautelar incidental).

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 29 de julho de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Sérgio Izidoro Heil,
Relator.

CÂMARA DE FÉRIAS CIVIL

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.009889-5/0001.00, DE CRICIÚMA

Relator: Juiz Ronaldo Moritz Martins da Silva

Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento. Advogado sem poderes para representar os recorrentes em juízo. Pedido para juntada posterior de instrumento de mandato. Artigo 37 do CPC. Inaplicabilidade. Ato processual inexistente. Reclamo não conhecido.

A interposição de recurso não é ato de urgência. Assim, na espécie, não tem aplicação o disposto no artigo 37 do CPC.

Se o advogado que subscreveu a petição do reclamo não tem poderes para representar os agravantes em juízo, considera-se inexistente o ato, ensejando o não conhecimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento n. 2003.009889-5/0001.00, da comarca de Criciúma (3ª Vara) em que são agravantes Brasil Export Indústria de Alimentos Ltda., Renan Maciel Brasil Filho e Patrícia Klitzke Brasil, sendo agravada Xanahi Participações e Representações Ltda.:

ACORDAM, em Câmara de Férias Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de recurso de agravo, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, interposto por Brasil Export Indústria de Alimentos Ltda., Renan Maciel Brasil Filho e Patrícia Klitzke Brasil, relativamente à decisão de fls. 55 a 58 que negou seguimento ao agravo de instrumento, por meio do qual a parte impugnou o provimento que rejeitou liminarmente embargos de declaração.

Alegam os recorrentes, em síntese, que o agravo de instrumento foi instruído com todos os documentos exigidos pela lei processual, razão pela qual o ato judicial impugnado deve ser reformado.

Requerem o “provimento do recurso, admitindo-se o agravo de instrumento para que retome seu normal seguimento”.

É o relatório.

II – Voto

Extrai-se da petição do agravo inominado:

“Com fundamento no art. 37 do CPC, e em razão da urgência, requer seja assinalado o prazo legal para a apresentação de instrumento de substabelecimento do mandato, e, ainda, requer a juntada do original da fotocópia da Guia de Recolhimento Judicial Resumida” (fl. 69).

O agravo foi protocolado no último dia do prazo.

A advogada que subscreveu o reclamo, no momento da interposição deste, não tinha poderes/mandato para atuar em juízo em nome dos agravantes, conforme expressamente reconhecido.

A interposição de recurso não é ato de urgência. Assim, na espécie, não tem aplicação o disposto no artigo 37 do CPC.

Se o advogado que subscreveu a petição do reclamo não tinha poderes para representar os agravantes em juízo, considera-se inexistente o ato, ensejando o não conhecimento do agravo.

Os recorrentes, no dia 27-6-2003 (fora, portanto, do prazo de recurso), protocolaram pedido de juntada de substabelecimento. Não ratificaram o agravo inominado interposto. A apresentação desse documento não enseja o conhecimento do reclamo, tendo em vista que não é possível dar seguimento a um ato processual reputado como inexistente.

Assim é o entendimento da jurisprudência:

1) STF, Ag. n. 126910/SP, rel. Min. Marco Aurélio:

“Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a postular em juízo (primeira parte do *caput* do artigo 37 do Código de Processo Civil). A agravante não se faz representada pelo causídico devidamente constituído. O subscritor do agravo não possui, nos autos, os indispensáveis poderes.

“Nem se diga pertinente ao disposto na segunda parte do aludido preceito legal. Há de se ter em conta que a interposição do recurso não é passível de enquadramento entre os atos reputados urgentes. É que concorre, sempre, a possibilidade de o provimento judicial ser contrário aos interesses sustentados no processo, cabendo à parte precatar-se.

“A irregularidade da representação processual resulta na inexistência

do ato praticado, motivando, assim, o não conhecimento do recurso [...]”.

2) STJ, AGA n. 92741/RJ, AR no AI (1995/0064213-1), rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“[...] A interposição de recurso não é passível de enquadramento entre os atos reputados urgentes, para os fins do art. 37, CPC [...]”.

III – Decisão

Pelo exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva e Ricardo Fontes.

Florianópolis, 8 de julho de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente para o acórdão;
Ronaldo Moritz Martins da Silva,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.019552-4, DE TANGARÁ

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo de instrumento. Decisão que não recebeu a apelação por intempestiva. Anterior interposição de embargos declaratórios que não foram conhecidos. Equívoco da decisão. Embargos conhecidos e rejeitados. Ocorrência da interrupção do prazo para a interposição do apelo. Aplicação do disposto no art. 538, caput, do CPC. Apelação tempestiva. Agravo provido.

I — Na hipótese de interposição de embargos de declaração, além da presença de requisitos objetivos e subjetivos a eles pertinentes, é preciso constar da petição as razões concernentes à presença de obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada, pressupostos esses indispensáveis ao conhecimento do recurso.

II — Conhecidos os embargos tendo sido eles, quanto ao seu mérito, acolhidos ou não, o prazo para a interposição de qualquer outro recurso é interrompido, a teor do disposto no caput do art. 538 do CPC.

III — O não conhecimento dos embargos de declaração presume a ausência de um de seus pressupostos formais, hipótese na qual não ocorre, para o embargante, a interrupção do prazo para a interposição de outro recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.019552-4, da comarca de Tangará, em que são agravantes Jorge Xavier de Bairos e Gilmar Antônio Piaia e agravado o Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuido de agravo de instrumento aforado a tempo e modo por Jorge Xavier de Bairos e Gilmar Antônio Piaia contra decisão proferida nos autos de embargos do devedor, a qual não recebeu, por intempestiva, a apelação interposta pelos agravantes.

Alegam, em síntese, que o fato de o Magistrado haver indeferido (*sic*) a petição inicial dos embargos de declaração não tem conseqüência alguma na aplicação do disposto no art. 538 do CPC, ou seja, os embargos de declaração sempre interrompem o prazo para a interposição de outro recurso.

Requerem, por fim, o provimento do recurso com o respectivo recebimento e processamento da apelação.

O efeito suspensivo foi denegado (fls. 62 a 64).

O Magistrado prestou informações a respeito do cumprimento do disposto no art. 526 do CPC (fls. 68 e 69).

Embora devidamente intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis*

o prazo para oferecimento de contra-razões (fl. 70).

É o relatório.

II — Voto

O agravo comporta provimento.

Primeiramente, para viabilizar uma melhor compreensão da matéria enfocada no recurso é importante proceder a alguns esclarecimentos a respeito da terminologia técnico-jurídica nem sempre bem utilizada, é verdade, nos contornos que envolvem matéria recursal.

Como bem assinalado por Cândido Rangel Dinamarco, “O parágrafo acrescido ao art. 518 pela Lei n. 8.950, de 13 de dezembro de 1994, contém uma sadia disposição que a rigor já se poderia considerar presente no sistema do processo civil brasileiro, mas que os juízes relutavam em aceitar como inexistente: o poder-dever de reexaminar os pressupostos de admissibilidade dos recursos, depois de havê-los *recebido para processar*” (*in A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 169 e 170).

Vê-se, pois, ser indeclinável tarefa do juiz, ao estar de posse do procedimento recursal, fazer-lhe o juízo de admissibilidade, examinando a presença ou a ausência dos pressupostos objetivos e subjetivos do recurso.

De efeito. Quando dos estudos para a minha dissertação de mestrado, concluí que, “pertinentemente aos pressupostos objetivos, deve o juiz atentar para: a) a recorribilidade, ou seja, se a decisão comporta ou não recurso; b) a tempestividade da interpo-

sição, isto é, se o prazo próprio do recurso foi observado; c) a adequação, ou seja, se o reclamo interposto pelo vencido é o que a lei estabelece para a hipótese; d) a motivação, isto é, se a parte ofertou, com a petição recursal, os fundamentos de fato e de direito; e e) o preparo, consistente no recolhimento, concomitante à protocolização do recurso, do montante pecuniário exigível pela lei para as despesas, inclusive porte de retorno, neste último caso quando ocorrente.

“No que se refere aos *pressupostos subjetivos*, cumpre ao juiz examinar a presença: a) da legitimação para recorrer ou, mais especificamente, se, na conformidade do artigo 499, o recorrente for a parte vencida, o terceiro prejudicado ou o representante do Ministério Público; b) o interesse e utilidade no manejo do reclamo, considerando-se o interesse quanto à desvantagem quando da prolação do decisório visado e, no que refere à utilidade, na constatação de que, em tese, o recorrente obterá um proveito com o duplo exame” (Rocha, Eládio Torret. A reforma do CPC e o sistema recursal ordinário. 333 p., Dissertação (Mestrado em Direito), Coordenação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003, p. 147 e 148).

Relativamente aos embargos de declaração, além das demais questões concernentes à sua admissibilidade, o art. 535 do CPC é claro ao estabelecer que “Cabem embargos de declaração quando: I — houver na sentença ou no acórdão, *obscuridade* ou *contradição*; II — for *omitido* ponto so-

bre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal” (grifei).

Em decorrência da análise desses pressupostos, restam duas opções ao julgador ao tê-los à mão para despacho: na hipótese de o recurso estar formalmente perfeito, deve dele *conhecer* e decidir acerca da matéria de mérito posta em discussão — ou seja, dispor a respeito da existência ou não de obscuridade, contradição ou omissão, ou, caso contrário, dele *não conhecer* (sobre o tema *vide*: Moreira, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso? Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 224, p. 5 a 17, jun. 1996).

De outra parte, ainda em sede de embargos declaratórios, há que se ter em conta que o conhecimento positivo ou negativo implicará, por conseguinte, no exame da questão relativa à interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, na conformidade da disposição contida no *caput* do art. 538 do CPC.

É que, se os embargos forem conhecidos e rejeitados (ou acolhidos, obviamente) eles interrompem o prazo para a interposição de outro recurso, como determina o Código de Processo Civil, podendo, ainda, o magistrado fixar multa, caso entenda que foram protelatórios, conforme determina o parágrafo único do aludido art. 538.

Há, ainda, outra conseqüência relevante: caso o juiz entenda por qualquer razão (ausência de formalidade objetiva ou subjetiva, intempestividade etc.) de não conhecer da peça embargatória, o prazo é interrompido

para o embargado, não, todavia, para o embargante.

Esse é, a meu ver, o entendimento mais correto para a matéria aqui debatida, como vem sendo acolhido, aliás, em vários julgados dos Tribunais Pátrios, a saber:

“Pela nova redação do art. 538 do CPC, introduzida por força da Lei n. 8.950, o oferecimento de embargos, *ressalvada a condição de admissibilidade*, interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, que começa a fluir por inteiro, sem levar em conta o tempo já decorrido” (grifei — TJRS, AI n. 70000015933, rel. Des. Genaro José Baroni Borges, j. 25-11-99).

Não difere a orientação nesta Corte, da qual colho o seguinte precedente:

“A oposição extemporânea de embargos declaratórios não tem o condão de interromper o prazo recursal” (TJSC, EI n. 2002.018245-7, de Lages, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Sendo assim, como argutamente lembrado pelo jurista Eurípedes Brito Cunha, os advogados vivem um sério dilema no que tange à possibilidade de embargar de declaração ou não, “e isto porque correm alguns sérios riscos: os embargos declaratórios podem ou não ser conhecidos e ainda considerados protelatórios e, em razão disso, ser imposta a multa que a legislação processual civil prevê para esta hipótese. E mais, *ao ser interposto o recurso principal, este não superou o juízo de admissibilidade sob o pressuposto de que, não conhecido o*

recurso anterior, de embargos de declaração, há de ser tido como inexistente e, como tal, incapaz de surtir o efeito de interromper o prazo para o recurso principal, que seria intempestivo” (grifei — Dilema dos advogados: embargar de declaração ou não. *In* Revista Jurídica Consulex, Ano II, vol. I, n. 15, São Paulo: Editora Consulex, 31 de março de 1998, p. 32 e 33).

Depois de todas estas oportunas ponderações a respeito da interposição de embargos declaratórios é possível concluir: 1º) que a sanção por deles não se conhecer é justamente a sua inexistência no mundo jurídico, e, conseqüentemente, não surtiram os efeitos pretendidos pelo interponente — indiscutível, aliás, após a reforma do CPC introduzida pela Lei n. 8.950/94 ao artigo 538 —, ou seja, o de interromper o prazo para o recurso principal; e 2º) que apenas os embargos com intuito reconhecidamente protelatório — o que demanda o seu prévio reconhecimento pelo julgador — podem sofrer as sanções impostas pelo parágrafo único do art. 538 do CPC.

Dessarte, quanto ao mérito deste agravo, constata-se que na sentença que pôs fim aos embargos do devedor opostos pelos agravantes à execução movida pelo agravado (fls. 31 a 35) os litigantes ofereceram, de parte à parte, embargos de declaração (fls. 37 a 39 e 40 e 41).

Ambos os pedidos embargatórios acabaram “não recebidos” (fls. 42 e 43 e 44 e 45), pelo que, por tal razão, o Magistrado declarou, equivocadamente, aliás, “deserta” (fl. 56) a apela-

ção interposta pelos agravantes — quando o certo seria reconhecer-lhe a suposta intempestividade, até porque, como se sabe, deserção só sucede quando o recurso não é preparado, e, no caso de embargos de declaração, sequer há exigência de preparo.

Entretanto, no caso sob exame, o despacho “não recebeu” os embargos declaratórios por entender, expressamente, que *“Não se trata de omissão. Houve juízo de valor sobre a necessidade e pertinência do documento, tão expresso que mereceu capítulo destacado na sentença, conforme a própria petição de embargos demonstra. Não há interesse de agir com relação a esta manifestação dos embargantes, porquanto embargos declaratórios somente têm efeito infringente quando há erro material. Por outro lado, o Juízo não precisa se manifestar expressamente sobre os artigos de lei que aplica”* (grifei — fl. 42).

Ora, da decisão enfocada, resta evidenciado o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso, que nos embargos constaram as razões do inconformismo da parte, com indicação objetiva do ponto entendido como omissão.

Dessa forma, foram eles conhecidos sim — porque preenchidos todos os requisitos de admissibilidade — tanto que o Magistrado adentrou na análise do mérito ao reconhecer que *“não se trata de omissão”* e que o *“Juízo não precisa se manifestar expressamente sobre os artigos de lei que aplica”* (fl. 42).

Assim, por todas as razões, conclui-se que os embargos declaratórios foram conhecidos e rejeitados, interrompendo, portanto, o prazo para a interposição do apelo.

Das inúmeras manifestações do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria ventilada neste agravo, colaciono o seguinte precedente:

“Somente a oposição de embargos conhecidos tem o poder de interromper o prazo para a interposição do recurso especial, razão pela qual os embargos de declaração não conhecidos em razão de sua intempestividade não interrompem o prazo para a interposição do apelo extremo” (REsp n. 107232/BA, rel. Min. Gilson Dipp, j. 13-11-01).

Assim, como suso evidenciado, a fundamentação do interlocutório agravado partiu da premissa equivocada de que a parte apresentou embargos e, como estes não foram “recebidos”, não houve a interrupção do prazo para a interposição da apelação, posto intempestiva.

É que a publicação da sentença sucedeu em 29-5-02, sendo que o prazo para recurso teve início em 5-6-02, findando, pois, em 19-6-02 (fl. 56).

Ocorre que, tendo aguardado, em face da interrupção do prazo pela interposição dos embargos de declaração e conseqüente publicação da correspondente decisão na imprensa oficial, os agravantes protocolizaram a apelação apenas no último dia do prazo próprio — ou seja, em 13-8-02 (fls. 46 e 47) —, logo, dentro do prazo re-

cursal, está tempestivo o apelo, cujo processamento deve ocorrer, pois, de modo regular.

Posto isso, pelo meu voto dou provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, deu provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes e Túlio Pinheiro.

Florianópolis, 12 de junho de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.025254-4, DE SANTA CECÍLIA

Relator: Des. Ricardo Fontes

Apelação cível – Ação declaratória de nulidade por vício de citação – Prescindível ajuizamento de ação rescisória – Processual civil – Confissão ficta – Não influência na apreciação do pleito principal ante a natureza da causa – Citação por edital – Prejuízo à defesa – Art. 224 do CPC – Necessidade de prévia tentativa de citação por oficial de justiça quando frustrada pelo correio – Sentença mantida – Recurso desprovido.

“A ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação ou por citação nulamente feita” (Súmula 7 do TJSC).

Se o mérito da causa está diretamente ligado à questão de direito respeitante à legalidade ou não da citação por edital, a confissão de fatos não teria o condão de influir na apreciação do pleito principal.

O CPC, por consideração ao direito de defesa, atribui à citação por edital o caráter excepcional, admitindo-a apenas quando frustradas as tentativas de localização do réu.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.025254-4, da comarca de Santa Cecília, em que é apelante Bonet Madeiras e Papéis Ltda., sendo apelada Jari Celulose S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, preliminarmente, conhecer do recurso. No mérito, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Vencido, na preliminar, o eminente Des. Eládio Torret Rocha, que não conhecia do recurso, por entender não ser competência da Câmara o julgamento da presente matéria.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Santa Cecília, perante o Juízo da Vara Única, Jari Celulose S.A. promoveu a presente ação declaratória contra Bonet Madeiras e Papéis Ltda., sustentando a nulidade de sua citação nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Títulos de Crédito n. 056.98.000774-2.

Após defender o cabimento da *actio*, afirmou, em síntese, que (a) apresentou duplicatas para serem protestadas em desfavor da ré perante o 1º Ofício de Notas e Protestos de Títulos Cambiais; (b) intimada pelo cartório, a Requerida procedeu ao ajuizamento de medida cautelar de sustação de protestos, seguida de ação declaratória de inexigibilidade de títulos de crédito; (c) a teor do art. 224 do CPC, sua citação deveria ter sido efetivada por intermédio de oficial de justi-

ça, e não de edital, depois do retorno do mandado com Aviso de Recebimento – AR, em virtude da informação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT relativa à mudança de endereço; (d) foi nomeada a Dra. Heiga Maria Hengel como sua curadora especial; (e) na sentença prolatada (fls. 34 a 41), o pedido formulado na petição inicial foi acolhido; (f) a Demandada agiu de má-fé ao omitir os endereços e requerer a citação editalícia (art. 233 do CPC); e (g) não fez uso da ação monitória pois possuía as faturas de compra e os comprovantes de entrega das mercadorias.

Contestação às fls. 61 a 79.

A Requerente manifestou-se às fls. 232 a 235.

Em sentença de fls. 266 a 274, o MM. Juiz de Direito declarou a nulidade do Processo n. 056.98.000774-2 a partir da citação editalícia, inclusive, e condenou a Demandada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com alicerce no art. 20, § 4º, do CPC.

No recurso de apelação (fls. 277 a 295), Bonet Madeiras e Papéis Ltda. disse, em resumo, que (a) a Autora deveria ter ajuizado ação rescisória, e não declaratória; (b) a preliminar de confissão ficta merece ser acolhida em decorrência da irregularidade da carta de preposição de fl. 248, que não conferia poderes ao preposto em relação às demandas cíveis; (c) é cabível a citação por edital; e (d) não foi observado o disposto no art. 333, inciso I, do CPC.

Postulou, ao final, a reforma da decisão de primeiro grau.

A apelada Jari Celulose S.A., nas contra-razões de fls. 300 a 303, pleiteou a manutenção da sentença.

É o relatório necessário.

II — Voto

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a apelação há de ser conhecida pois, cabendo o julgamento de eventual recurso em ação declaratória de inexigibilidade de título de crédito a uma das Câmaras de Direito Comercial desta Corte, por conseqüência também é de sua competência a apreciação de insurgência deflagrada em *actio* ajuizada como o fito de obter a declaração de vício em citação naquele.

Além disso, prescreve o art. 3º do Ato Regimental n. 57/02—TJ:

“Art. 3º — A 3ª Câmara de Direito Civil passa a ter competência igual à 1ª e à 2ª Câmaras de Direito Civil, o mesmo ocorrendo com a 3ª Câmara de Direito Público, relativamente às ora denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Público; as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, *bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima*” (sem grifo no original).

Da justificativa do Ato Regimental citado, aliás, consta que “as Câmaras de Direito Comercial têm competência 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 matérias acima”, motivo pelo qual o recurso deve ser conhecido.

A preliminar de não cabimento da ação declaratória não merece prosperar.

Isso porque, segundo precedentes do STJ, “a nulidade da citação, por ser absoluta, pode ser decretada em embargos à execução ou em ação declaratória, não sendo necessário o ajuizamento da ação rescisória para tal fim” (REsp n. 138.725/SP, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 16-2-98).

A Súmula 7 do TJSC, aliás, é clara ao deixar assentado que “a ação declaratória é meio processual hábil para se obter a declaração de nulidade do processo que tiver corrido à revelia do réu por ausência de citação ou por citação nulamente feita”.

Também é improcedente a prefacial referente à confissão ficta. Sem embargo da manifesta irregularidade na carta de preposto de fl. 248, pois não conferia poderes ao Sr. Alexandre Gouvin Gramacho para representar a Autora em relação a causas cíveis, a presunção de veracidade dos fatos suscitados pode ceder diante dos outros elementos constantes dos autos, consoante o princípio do livre convencimento do Juiz (art. 131 do CPC).

Nesse sentido, João Batista Lopes escreve que “é perfeitamente possível que o juiz despreze a confissão se ela se mostrar em conflito aberto com o conjunto das provas [...]” (A prova no direito processual civil, 2ª ed.

rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100).

De outro lado, se o mérito da causa está diretamente ligado à questão de direito respeitante à legalidade ou não da citação por edital, a confissão de fatos não teria o condão de influir na apreciação do pleito principal.

Com efeito, dispõe o art. 224 do CPC:

“Art. 224. Far-se-á a citação por meio de oficial de justiça nos casos ressalvados no art. 222, *ou quando frustrada a citação pelo correio*” (sem grifo no original).

Sobre o tema, escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Hoje, este (citação pelo correio) é o meio padrão pelo qual se dá a citação em processo civil, admitindo-se essa modalidade para qualquer tipo de feito, exceto ‘nas ações de estado; quando for ré pessoa incapaz; quando for ré pessoa de direito público; nos processos de execução; quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência e quando o autor a requerer de outra forma’ (art. 222 do CPC). [...]”

“(Citação por oficial de justiça). Trata-se de forma subsidiária de citação do réu, a ser utilizada quando for frustrada a citação pelo correio, ou nos casos em que esta não pode ser utilizada. O oficial de justiça receberá mandado de citação (que deverá preencher os requisitos do art. 225 do CPC, sob pena de nulidade da citação), devendo, então, procurar o réu onde se encontrar – ressalvadas as situações e locais acima apontados – e

promover sua citação, mediante a entrega do mandado e entrega da contrafé, certificando no mandado essa entrega ou a sua recusa, bem como a ciência do réu sobre a citação (art. 226 do CPC)” (Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 104 e 105).

In casu, com o retorno do mandado – enviado pelo correio – em função da mudança de endereço noticiada pela ECT (certidão de fl. 103), caberia ao Magistrado, em providência anterior à citação via edital, determinar a expedição de carta precatória à comarca de Antonina/PR, a fim de alcançar o ato processual por intermédio de oficial de justiça.

De posse do mandado, cumpriria ao oficial, por sua vez, efetuar as diligências necessárias para a realização da citação, observado o limite territorial da comarca, bem como o disposto no art. 230 do CPC. Tão-somente na hipótese de existência de certidão do auxiliar da justiça em apreço, a constatar a circunstância prevista no art. 231, inciso II, do CPC, tornar-se-ia possível a citação por edital.

O CPC, portanto, por consideração ao direito de defesa, atribui à citação por edital o caráter excepcional, admitindo-a apenas quando frustradas as tentativas de localização do réu.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, os seguintes julgados:

“Apelação cível. [...] Citação editalícia. Alegação de nulidade. [...] Pro-

vimento do recurso. Anulação do processo desde a citação. Necessidade de se esgotarem as tentativas de localização.

“Para que se proceda à citação editalícia ‘há necessidade de se esgotarem todas as tentativas de localização [...], através de expedição de ofícios a órgãos públicos e serviços de cadastro de pessoas físicas, bem como através de diligências do próprio oficial de justiça, em prováveis endereços do réu. Somente se tudo isso restar infrutífero é que se procederá à medida extrema da citação por edital’ (Correia, André de Luiz. A citação no direito processual civil brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142 a 145)” (Ap. Cív. n. 2001.022040-7, de Concórdia, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, DJ de 12-6-02).

“Processual civil – Citação por edital – Não exaurimento dos meios possíveis para a localização do réu – Nulidade.

‘É nula a citação edital se previamente não foram esgotados todos os meios possíveis para a localização do réu’ (JTA 121/354)” (AI n. 2000.000800-1, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 27-7-00).

Em que pese, ainda, ter sido nomeada curadora especial (art. 9º, inciso II, do CPC), a defesa da Apelada foi prejudicada levando-se em conta o não-acesso daquela a documentos que poderiam influenciar o julgamento da ação declaratória de inexigibilidade de títulos, razão pela qual, ademais, é impertinente falar-se em viola-

ção ao art. 333, inciso I, do CPC, na lide vertente.

Não se diga, outrossim, que a informação de fl. 104, segundo a qual a Recorrente salientou estar a Apelada em lugar incerto e não sabido, ensejaria a aplicação do art. 232, inciso I, do referido diploma legal, porquanto, como visto, em caso de frustração da citação pelo correio, a ordem processual em vigor impõe seja o ato realizado ou tentado previamente por oficial de justiça (art. 224 do CPC).

A sentença, por esses fundamentos, deve ser mantida incólume, inclusive no tocante aos ônus da sucumbência.

III — Decisão

Em face do que foi dito, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro. Vencido, na preliminar, o eminente Des. Eládio Torret Rocha, que não conhecia do recurso, por entender não ser competência da Câmara o julgamento da presente matéria.

Florianópolis, 18 de setembro de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente, com Voto;
Ricardo Fontes,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha:

I – Não desejo fazer declaração de voto vencido.

II – Ademais, no item III do v. aresto já consta a razão de meu dissenso.

Eládio Torret Rocha

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.016500-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

Apelação cível. Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Litigância de má-fé. Não caracterização. Inexistência de dano processual. Inteligência do artigo 17 do Código de Processo Civil. Honorários de advogado. Apreciação equitativa do juiz. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade.

1. Não há litigância de má-fé quando inócua nos autos circunstância que configure ao menos uma das disposições do artigo 17 do Código de Processo Civil e não existido prova de dano processual.

2. Na ação de busca e apreensão não há condenação, pelo que a fixação da verba honorária dá-se pela apreciação equitativa do juiz (§ 4º, artigo 20, Código de Processo Civil).

3. Segundo o disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor sobre fato constitutivo do seu direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.016500-2, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Banco Itaú S.A. e apelado Flávio Marques da Silva:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca da Capital, o Banco Itaú S.A. ajuizou ação de busca e apreensão, com fulcro no Decreto-Lei n. 911/69 contra Flávio Marques da Silva, alegando haver firmado com o réu contrato de financiamento garantido com a alienação fiduciária de um veículo VW/Santana GLS Quantum, ano 1995, chassi 9BWZZ33ZSP029544, no valor de

R\$ 8.196,01, cuja quantia seria paga em 36 (trinta e seis) parcelas.

Alegou, ainda, que o contrato restou descumprido pelo réu, em que pese notificado em 1º-8-2000 para o pagamento do débito, vencido em 15-6-2000 (fl. 10). Desde então incorreu em mora, tornando-se devedor da quantia de R\$ 567,04, razão pela qual requereu: a) a concessão da medida liminar, com a expedição de mandado de busca e apreensão do veículo reclamado; b) a citação do réu para, querendo, contestar a ação, caso em que, não o fazendo, deverá consolidar-se a posse e a propriedade do bem em nome do autor, para que possa vendê-lo a terceiros, independentemente do trânsito em julgado da decisão, com a consequente condenação do réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado; e c) concessão dos benefícios do art. 172, CPC. Atribuiu à causa o valor de R\$ 567,04 (fls. 2 e 3). Juntou documentos (fls. 4 a 11).

Deferida a liminar de busca e apreensão (fl. 12), suspendeu-se o processo para possível acordo extrajudicial (fls. 16 a 18), o qual, no entanto, não surtiu efeito, requerendo o autor o prosseguimento do feito (fl. 19).

À folha 26, Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil, qualificada na inicial, informou que houve substituição do bem referente ao mandado deferido à folha 12 e pleiteou a expedição de mandado referente ao veículo Ford F 1000, ano 1992, chassi 9BF8TNM39ND803069, o qual foi deferido (fl. 30).

Antes de o oficial de justiça efetuar a medida cautelar (fls. 34 a 53), o réu compareceu aos autos e apresentou exceção de pré-executividade na qual requereu, liminarmente, a suspensão da inclusão de seu nome no cadastro de inadimplente do SPC e do Serasa, e, ainda, a extinção da presente ação; a condenação do autor às penas do art. 1.531 do CC/16 e à litigância de má-fé. Ao final, pleiteou a procedência de seu pedido (fls. 35-43). Juntou documentos (fls. 44 a 52).

Posteriormente, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão do veículo, informou o oficial de justiça que a medida não foi cumprida, uma vez que o veículo não foi encontrado (fl. 54v.).

Intimado a falar a respeito da petição de pré-executividade (fls. 53 a 55), o autor manifestou-se afirmando que esta encontra-se prejudicada, porquanto o objeto do feito é outro (fl. 62).

Às folhas 65 e 66, o réu postulou pela extinção do feito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, pela condenação do autor ao ônus da sucumbência, e, de forma definitiva ou alternativamente enquanto se discute a mora das prestações, pela emissão de ofícios ao SPC, ao Serasa e ao Cadin para que excluam o seu nome de seus cadastros de inadimplentes. Juntou documentos (fls. 67 e 68).

Sobreveio, então, a r. sentença, proferida pela MMa. Juíza Denise Volpato, que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, e § 3º, do Código de Processo Civil. Em consequência, condenou o autor a pagar por litigância de má-fé (art. 17, inc. I,

do CPC) multa de 1% sobre o valor atribuído à causa e mais custas processuais e honorários de advogado, estes com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, fixados em R\$ 1.000,00 (fls. 70 a 73).

Inconformado, apelou o autor pugnando pela reforma da sentença objugada para que seja: a) improcedente a condenação por litigância de má-fé; b) revista a verba honorária; e c) invertido o ônus da prova (fls. 78 a 81).

Com as contra-razões (fls. 87 a 94), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

II — Voto

1. Litigância de má-fé. Descaracterização

Afirma o apelante que a r. sentença impugnada deve ser revista quanto à sua condenação por litigância de má-fé, porquanto, “notificado do inadimplemento do contrato em data de 28-7-2000, não houve por parte do apelado o cuidado de apresentar a carta de liberação do veículo”. Acrescenta, ainda, que “houve equívoco por parte do apelante ao emitir a liberação do veículo, pois o apelado não honrou com o seu compromisso”; “que o cliente [...] apenas beneficiou-se por um erro do apelante” (fl. 80).

Entendo que tem razão o apelante, uma vez que não estão presentes os pressupostos a que se restringe o artigo 17 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Art. 17 – Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

“I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

“II – alterar a verdade dos fatos;

“III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

“IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

“V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

“VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

“VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Destarte, só há litigância de má-fé quando comprovado dano processual.

A propósito, precedente deste egrégio Tribunal:

“A litigância de má-fé, por sua vez, constitui-se na procrastinação, dano processual, em que parte aduz em sua defesa matérias contrárias aos diplomas legais, impetrando recursos em sede de decisões por demais fundamentadas e pacificadas nos tribunais e ajuizando petições, em fases processuais diversas, buscando, com tudo isso, o atraso na prestação jurisdicional, o que não ficou visível nos autos, devendo esta ser excluída da condenação” (Ap. Cív. n. 1999.002942-5, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 24-6-1999).

Ou ainda:

“Existe litigância de má-fé somente quando caracterizada a manifesta intenção de prejudicar. Presu-

me-se que os litigantes estejam agindo sempre de boa-fé” (Ap. Cív. n. 50.445, de São Carlos, rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJ 4-12-1995).

Ora, tendo o apelante tão-somente exercido seu direito de livre acesso à justiça, não deve, por isso, ser condenado nas penas da litigância de má-fé.

Nesse contexto, pronunciou-se o eminente Des. Newton Trisotto:

“Consagra a Constituição Federal os princípios do devido processo legal e do amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Todavia, esse direito deve ser exercido com responsabilidade (O juiz e a litigância de má-fé, de João Batista Lopes, RT 740/129), evitando-se o ajuizamento de demandas infundadas, protelatórias ou escusas. Por outro lado, não se pode restringir o direito à ampla defesa, que compreende o manejo dos recursos processualmente previstos para a defesa dos interesses em litígio. Quanto a esse aspecto, menciona Batista Lopes: ‘É que a Constituição da República assegura o direito à ampla defesa com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV) de modo que não pode o juiz cercear o exercício dessas garantias a pretexto de punir a litigância de má-fé’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1973, tomo I, p. 385)” (Ap. Cív. n. 99.004872-1, de São Francisco do Sul, j. em 22-6-1999).

Assim, no caso, entendo pela não caracterização da litigância de má-fé. Em primeiro lugar porque não há prova do dano processual. Ademais, a litigância de má-fé não se pre-

sume, devendo enquadrar-se precisamente em algumas das disposições do artigo 17 do Código de Processo Civil, o que não é o caso.

2. *Honorários advocatícios. Apreciação equitativa do juiz. Adequação*

Na ação de busca e apreensão não há condenação, pelo que a fixação da verba honorária dá-se na forma do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, ou seja, pela apreciação equitativa do juiz.

A propósito, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Nas causas em que não haja condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, CPC, não ficando o juiz adstrito aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos” (Recurso Especial n. 238521/ ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20-3-2000, p. 79).

No caso, o valor atribuído da causa em 7-12-2000 foi de R\$ 567,04 (fl. 3). Verifica-se à folha 81 que a sentença fixou os honorários de advogado em R\$ 1.000,00.

Desse modo, acolhe-se a irrisignação do apelante, porquanto não ter sido realizada a adequada apreciação equitativa dos honorários de advogado.

Nesse sentido a jurisprudência:

“O artigo 20, § 4º, do CPC expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e considerados os critérios práticos do § 3º da mesma norma legal. Trata-se

de equidade jurídica, porque baseada em circunstâncias objetivas, e não de equidade que possa ser confundida com arbítrio judicial” (Ap. Cív. n. 1998.012738-6, de Videira, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 27-11-2001).

Logo, nos termos do aludido dispositivo, a estipulação dos honorários em R\$ 500,00 é a solução que se apresenta razoável à espécie.

3. *Inversão do ônus da prova. Impossibilidade*

Por derradeiro, requer o apelante seja invertido o ônus da prova, postulando que o apelado traga aos autos o comprovante de quitação das parcelas vencidas a partir de 15-6-2000.

Ora, o ônus da prova incumbe nesse caso ao apelante, conforme o disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

A respeito, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Regra geral. 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 ensejador do seu direito” (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 822).

Sendo assim, vejo como inacohível o seu pedido, porque devendo demonstrar, por meio de provas documentais, o fato constitutivo do seu

direito, não o fez. Por outro lado, já não se diga quanto à prova produzida pelo apelado, a qual é incontestável, uma vez que comprova sua indubitável aquisição da propriedade do veículo objeto da demanda.

Sobre esse assunto, bem esclareceu o MM. Juiz singular quando ao proferir a sentença:

“[...] o demandado exhibe em fl. 48 – instrumento de liberação relativo ao contrato n. 00138526611 não impugnado pelo autor, do veículo Santana Quantum, emitido pelo banco/requerente em favor do demandado em 1º/6/2000.

“Resta demonstrado à sociedade, portanto, pelos documentos arrematados aos autos, que o contrato de financiamento com alienação fiduciária n. 00135266-1 celebrado entre as partes em 15-5-98, objeto da presente demanda aforada em 28-12-2000, obteve do banco requerente a expressa liberação da garantia fiduciária oferecida pelo devedor demandado em 1º-6-2000.

“Destarte, quando da propositura da presente demanda de busca e apreensão o veículo dado em fidúcia conforme atestam os documentos de fls. 10 e 48 estava expressamente liberado pelo banco credor” (fls. 71 e 72).

Assim, diante do exposto, meu voto é no sentido de dar provimento parcial ao recurso para, reformando a sentença, excluir a condenação por litigância de má-fé e reduzir, segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, a verba honorária para R\$ 500,00.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, decidiu conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro.

Florianópolis, 4 de março de 2004.

Ricardo Fontes,
Presidente, com voto;
Salim Schead dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.007821-0, DE URUSSANGA

Relator: Juiz Tulio Pinheiro

Falência – Intimação do protesto realizada em pessoa não identificada – Impossibilidade de se aferir a impontualidade do devedor – Processo extinto sem julgamento do mérito – Decisão mantida.

“Para instruir pedido de falência deve constar do instrumento do protesto pelo menos o nome da pessoa que recebeu a intimação. A vaga menção que intimou pessoalmente o responsável, impressa no instrumento de protesto, não é suficiente para caracterizar, para efeito de decretação da falência, a impontualidade do devedor. Somente quando identificada a pessoa intimada, pode-se dizer que, intimado o devedor a pagar, não o fez (TJSP)” (Apelação Cível n. 47.889, de Timbó, rel. Des. Paulo Gallotti) (grifamos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.007821-0, da comarca de Urussanga, em que é apelante Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil e apelada Leggere Indústria e Comércio de Confeccões Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Na comarca de Urussanga (Vara única), Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil ajuizou ação de falência em desfavor de Leggere Indústria e Comércio de Confeccões Ltda., asseverando, para tanto, que é credora da requerida da quantia de R\$ 2.036,87, decorrente de operação de compra e venda mercantil, representada pela duplicata de n. 021592. Juntou triplicata

(fl. 20), instrumento de protesto (fl. 21), nota fiscal (fl. 22), comprovante de entrega e recebimento de mercadorias (fl. 23).

Regularmente citada, a requerida apresentou contestação, alegando, preliminarmente, defeito na emissão do título e irregularidade do protesto e, no mérito, sustentou que foi realizado o pagamento parcial do título protestado, segundo comprovante de depósito de fl. 37, de sorte que resta apenas o montante de R\$ 622,00 a ser liquidado. Salientou que desconhece a assinatura aposta no comprovante de recebimento de mercadorias acostado à fl. 23. No mais, argüiu que a fase de recessão pela qual atravessa o País é motivo suficiente para justificar a imp pontualidade em determinadas obrigações.

À impugnação sobreveio sentença em que a Togada *a quo* extinguiu o feito sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, ao argumento de que o instrumento de protesto constante dos autos apresenta-se inábil a fundamentar o pedido de falência, já que deixou de indicar expressamente a pessoa que foi intimada do referido ato. Condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Irresignada com o teor do *decisum*, apelou Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil, aduzindo que a condição de inadimplente da apelada aliada à impontualidade ensejam a decretação da quebra. Ressaltou que a lei não prevê a exigência de que no ins-

trumento de protesto conste em nome de quem foi realizada a intimação, e que a sentença não fundamentou em texto legal a necessidade do mencionado requisito. Concluiu destacando que o Tabelião tem fé pública, razão por que não se discute a ocorrência de intimação viciada.

Contra-arrazoado o feito, este foi com vista ao representante do Ministério Público, que se manifestou no sentido de conhecimento e desprovi mento do recurso.

Após os autos ascenderam a esta Corte, e aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora Hercília Regina Lemke, exteriorizou posição conforme o *Parquet* de primeiro grau.

II – Voto

O recurso é tempestivo e houve preparo no prazo legal, devendo, pois, ser conhecido.

A insurgência da apelante cinge-se, precipuamente, à desnecessidade de indicação expressa no instrumento de protesto do nome da pessoa intimada de tal ato.

Entretanto, o argumento da apelante não merece guarida, porquanto exige-se que do instrumento de protesto seja possível verificar o nome da pessoa intimada, bem como se esta trata-se de representante legal ou preposto da empresa para que, assim, reste caracterizada a impontualidade do devedor.

Pelo instrumento de protesto acostado à fl. 21, a intimação do protesto efetivou-se mediante “*carta entregue em mão própria*”, mas não

consta a identificação da pessoa que a recebeu.

Sabe-se que “absoluta é a necessidade de identificação, na certidão de protesto, da pessoa que, em nome da devedora, recebeu a respectiva comunicação, pois que, somente assim, poder-se-á aquilatar a efetiva ocorrência da intimação pessoal exigida em lei” (Apelação Cível n. 1997.011723-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assim, a omissão verificada macula um dos pressupostos de constituição válida e regular da demanda falimentar, qual seja, a regularidade formal do protesto, cuja conseqüência é a extinção do feito.

Não basta que do instrumento conste a entrega da intimação em mão própria do responsável, é preciso a indicação expressa do nome de quem a recebeu.

Traz-se à colação entendimento que coaduna com a hipótese dos autos:

“Para instruir pedido de falência deve constar do instrumento do protesto pelo menos o nome da pessoa que recebeu a intimação. *A vaga menção que intimou pessoalmente o responsável, impressa no instrumento de protesto, não é suficiente para caracterizar, para efeito de decretação da falência, a impontualidade do devedor.* Somente quando identificada a pessoa intimada, pode-se dizer que, intimado o devedor a pagar, não o fez (TJSP)” (Apelação Cível n. 47.889, de Timbó, rel. Des. Paulo Gallotti) (grifamos).

Ainda:

“Exige-se, por isso, que, de modo completo, consigne o instrumento a identificação de quem, pela empresa comercial devedora, recebeu a intimação para o protesto. Simples menção quanto à ocorrência dessa intimação, impressa no instrumento, não a torna efetiva e incontestável, não caracterizando a impontualidade do devedor para fins falimentares” (Ap. Cív. n. 1997.011723-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por derradeiro, restou superada a alegação da apelante consistente na falta de respaldo legal do entendimento lançado no *decisum*, tendo em vista os vários entendimentos jurisprudenciais ora cotejados.

Não é demais ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça também já externou seu posicionamento acerca da matéria discutida, vejamos:

“Falência. Protesto. Intimação feita ao devedor. Recebimento por pessoa não identificada. Irregularidade.

“Do instrumento de protesto deve constar, pelo menos, o nome da pessoa que recebeu a intimação, uma vez que somente quando identificada a pessoa intimada é que se considera que o devedor foi intimado a pagar e não o fez” (REsp n. 172847/SC, rel. Min. Barros Monteiro, in DJU de 24-5-1999, p. 173, in RSTJ 122/340).

A indispensabilidade de que conste a identificação da pessoa intimada no instrumento de protesto substancia-se no fato de que a intimação deve necessariamente ocorrer na pessoa do representante legal ou pre-

posto da empresa devedora, pois “in-demonstrado que a intimação do protesto foi feita na pessoa de representante legal da devedora ou de seu preposto, não há caracterizar a impontualidade para efeito de decretação da falência” (Apelação Cível n. 1996.003285-1, de Mafra, rel. Des. João José Schaefer).

E outra:

“O instrumento de protesto que não esteja acompanhado da prova da intimação pessoal da pessoa jurídica devedora, quer por seu representante legal, quer por preposto, não se presta para instruir pedido de falência” (Ap. Cív. n. 1998.008028-2, de Videira, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 9-5-2000).

No mais, entende a apelante que o tabelião goza de fé pública, não se podendo cogitar de algum vício referente à intimação do protesto.

Entretanto, a questão já foi decidida por esta Corte, quando do julgamento da Apelação Cível n. 1998.015641-6, da comarca de Chapecó, cujo preclaro relator, Des. Nilton Macedo Machado, assim asseverou:

“Quanto à alegação de que o oficial do cartório de protesto de títulos goza de fé pública, salienta-se que tal fato não tem o condão de ilidir a primordial necessidade de comprovação da respectiva intimação, requisito este inafastável em pedido dessa natureza, cujo ônus da prova cabe ao credor.

“Ademais, é cediço que nos processos de falência, cujo procedimento mostra-se excepcional, há de se pri-

var pelo rigorismo formal, face às consequências jurídicas e factuais que o mesmo retrata”.

O citado rigorismo formal justifica-se pelo fato “de estar a falência hoje destinada apenas a casos extremos, em franca extinção, prevendo-se a sua substituição por instrumentos mais adequados à realidade social, o que poderá ocorrer até mesmo com o aperfeiçoamento da concordata preventiva” (Almeida. Amador Paes de. Curso de falência e concordata. Saraiva, 1997, p. 13).

Portanto, sendo certo que a impontualidade é indispensável à decretação da quebra, efetivando-se aquela com a intimação regular do protesto, não atendido esse requisito na hipótese, a extinção do feito sem julgamento de mérito é medida imperativa, pelo que se mantém inalterada a sentença de primeiro grau.

III – Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 11 de setembro de 2003.

Eládio Torret Rocha,
Presidente, com voto;
Tulio Pinheiro,
Relator.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.016677-0, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Ação cautelar inominada. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Falecimento de sócio-gerente. Liminar que concede ao inventariante o direito de administrar a empresa em conjunto com o sócio remanescente. Impossibilidade. Liminar revogada. Recurso provido.

A titularidade das cotas do sócio falecido passa aos seus herdeiros, mas tal fato não os transforma, automaticamente, em sócios da pessoa jurídica, mas, sim, em credores dela, com direito de reclamar a parte que lhes toca.

O ingresso dos herdeiros no quadro societário depende do que dispõe o estatuto social a respeito. Não havendo cláusula que confira aos sucessores do sócio falecido o direito de ingressar, desde logo, na composição societária e exigindo o estatuto a anuência do sócio remanescente para a aceitação de novo sócio, descabida a decisão que permite ao herdeiro e inventariante do espólio administrar a sociedade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.016677-0, da comarca de Braço do Norte, em que é agravante Elviro Debiazi Volpato, e agravado Jair Volpato:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso, revogando-se a liminar concedida.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Elviro Debiazi Volpato interpôs agravo de instrumento contra a decisão do MM. Juiz *a quo* que, nos autos da ação cautelar inominada incidental proposta por Jair Volpato, deferiu liminar, independentemente de prestação de caução, para que o agravado passasse a administrar, em conjunto com o agravante, a empresa Irmãos Volpato Ltda., na qualidade de inventariante dos bens pertencentes ao espólio do sócio-gerente Eleotério Volpato, até o final do procedimento de inventário (fls. 19 a 21). Aduziu a inexistência de *fumus boni iuris*, pois a administração da empresa cabe ao sócio designado no contrato e o agravado não foi nomeado para exercer a gerência daquela, sendo que a morte do sócio não transfere automaticamente aos herdeiros o direito de administração. Disse, por outro lado, que os herdeiros já manifestaram a não pretensão de continuar a sociedade em razão da quebra da *affectio societatis* e, com tal propósito, promoveram a ação de Produção Antecipada de Provas de n. 010.02.000511-3, na qual pleiteiam a valoração dos bens da empresa. Afirmou ainda a inexistência do *periculum in mora*, já que o agravante jamais impediu o agravado de exercer a função de inventariante em relação à empresa, que sempre esteve aberta a toda fiscalização por parte dos herdeiros. Requereu a revogação da medida liminar deferida.

Foi deferido efeito suspensivo à decisão agravada (fls. 449 a 451).

Decorrido o prazo legal, a parte agravada deixou de apresentar contra-razões.

É o relatório.

II – Voto

Pretende o recorrente a revogação da decisão proferida pelo Magistrado monocrático, que concedeu o direito de o herdeiro e inventariante do espólio do falecido sócio-gerente da empresa Irmãos Volpato Ltda., Eleotério Volpato, administrá-la conjuntamente com o outro sócio-gerente Elviro Debiazi Volpato, ora agravante.

O recurso merece provimento.

Em se tratando de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ainda que as cotas do sócio falecido passem aos seus herdeiros, tal fato não os transforma, automaticamente, em sócios da pessoa jurídica, mas, sim, em credores dela, com direito de reclamar a parte que lhes toca.

A respeito da cessão de cotas *causa mortis*, comenta Amador Paes de Almeida:

“[...] de todo conveniente lembrar que, frente ao nosso direito, a morte de um dos sócios não acarreta, por si só, a dissolução da sociedade, se foi no contrato social prevista a continuação com os herdeiros.

Assim, estabelecida no contrato social a continuação da sociedade, no caso de morte de um dos sócios, tal cláusula torna-se, obviamente, obrigatória para os sócios sobreviventes, não lhes sendo lícito recusar a entrada dos herdeiros para a sociedade.

Aos herdeiros, sim, é facultada a recusa, já que não sendo sócios, mas tão-somente credores nos limites de seus respectivos quinhões, poderão ou não se associar voluntariamente” (Manual das Sociedades Comerciais, SP: Saraiva, 1995, p. 132). Grifado.

O Decreto n. 3.708/19, e subsidiariamente o Código Comercial, sob a égide dos quais foi estabelecido o contrato social da empresa Irmãos Volpato Ltda., estabeleceram critérios para o ingresso de novas pessoas no quadro societário, conferindo amplo poder de escolha aos sócios sobre transformações deste jaez. Assim, no caso de falecimento do sócio, embora a titularidade das cotas pertencentes ao *de cujus* passe aos herdeiros, estes não se tornam imediatamente cotistas, devendo ser respeitadas as disposições contratuais pertinentes.

A propósito, extrai-se os seguintes arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Ação anulatória. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Morte de sócio. Herdeiros. O falecimento de sócio, em se tratando de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não transforma os seus herdeiros em sucessores na sociedade, mas sim em credores desta, com direito apenas de reclamar a parte que lhes cabe pela retirada da sociedade. Sentença de improcedência de ação anulatória confirmada. Recurso adesivo não conhecido, ausente que está o respectivo preparo (5 fls.)” (Ap.

Cív. n. 70000979013, rel. Des. Sérgio Pilla da Silva, julgada em 3-8-00).

“Ação de dissolução de sociedade. Segundo a jurisprudência, o falecimento do sócio transforma os seus herdeiros não em seus sucessores na sociedade e, sim, em credores desta, com direito não de pedir a dissolução da sociedade, e sim de reclamar como credores, a parte que lhes cabe e que é retirada da sociedade. Precedente: Rev. Forense (RF, v-75/599). Apelo desprovido” (Ap. Cív. n. 595041377, rel. Des. Cacildo Andrade Xavier, julgada em 7-11-95).

“Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Falecimento de sócio. Situação dos herdeiros. Se falece o sócio, a quota passa a seus herdeiros, ou aos legatários, mas isso não os torna automaticamente sócios. Os herdeiros e legatários só se tornam sócios e assim se dispõem no contrato social. Podendo até negar ao herdeiro a condição de sócio, podem os sócios convencionar o menos, isto é, facultar-lhe o ingresso na sociedade mas exigir que a opção seja manifestada em determinado prazo peremptório. Se o herdeiro não é sócio, não pode como sócio pedir contas aos gerentes da sociedade” (Ap. Cív. n. 39.867, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, julgada em 9-12-1981).

Deste Sodalício destaca-se:

“Direito empresarial. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Falecimento de sócio. Suspensão de alterações contratuais. Contrato social que condiciona a admissão dos herdeiros à expressa manifestação de vontade dos sócios remanescentes.

Hipótese em que ao herdeiro cumpre apenas a apuração de haveres.

“O indício de fraude justifica o sobrestamento cautelar dos efeitos de alteração contratual.

“Se no contrato social foi estipulado que o herdeiro das quotas somente ingressa na composição societária mediante a expressa manifestação de vontade dos sócios remanescentes, não lhe é conferido, antes de superada esta condição, participar das decisões da empresa, resguardado apenas o direito de apuração de haveres” (Agravo de Instrumento n. 2001.005677-1, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgado em 9-12-02).

E mais:

“Sociedade por quotas — Falecimento de sócio — Situação dos herdeiros.

‘Se falece o sócio, a quota passa a seus herdeiros, ou aos seus legatários, mas isso não os torna automaticamente sócios. Os herdeiros e legatários só se tornam sócios se assim se dispôs no contrato social. Podendo até negar ao herdeiro a condição de sócio, podem os sócios convencionar o mesmo, isto é, facultar-lhe o ingresso na sociedade mas exigir que a opção seja manifestada em determinado prazo peremptório [...]’ (Des. Athos Gusmão Carneiro, acórdão unânime da 1ª Câmara Cível do TJRS, Ap. Cív. n. 39.867).

Dispõe a cláusula XIV da 9ª Alteração Contratual da sociedade sob comento que: “Em caso de falecimento, desaparecimento e interdição de qualquer sócio, a sociedade não se

dissolverá, passando-se as cotas de cujos (*sic*) para seus herdeiros legais”.

Vê-se que citada cláusula nada mais faz do que certificar a posse e o domínio dos sucessores sobre as cotas sociais, como parte integrante que são da herança, a qual passa de pleno direito aos herdeiros, com a abertura da sucessão. A propósito, comenta Carvalho Santos:

“A transmissão da propriedade e da posse não depende de nenhum ato praticado pelos herdeiros; independe de pedido de imissão de posse ao juiz competente; ela é imediata, desde o momento da abertura da sucessão, e se verifica de pleno direito, até mesmo sem nenhuma manifestação de vontade de sua parte e à sua revelia” (Código Civil brasileiro interpretado. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. p. 11).

É de se observar que a cláusula não confere aos herdeiros do sócio falecido o direito de ingressar, desde logo, na composição societária.

No tocante à disposição contratual de continuação da sociedade, esclarece Fran Martins:

“Será, portanto, no pacto social, ou em um aditivo a ele introduzido depois de constituída a sociedade, que os sócios estabelecerão que, falecendo um, os demais continuarão com a pessoa jurídica a fim de evitar a sua extinção. *Nessa cláusula poderão os sócios convencionar que os herdeiros do sócio falecido poderão continuar na sociedade (Código Comercial, art. 308)*, mas ainda aqui necessário será que esses herdeiros manifestem, na

época oportuna, o desejo de se tornarem sócios” (Curso de Direito Comercial, RJ: Forense, 2002, p. 221). Grifado.

Sobre o tema, comenta Murilo Zanetti Leal:

“No silêncio do contrato social, a sociedade limitada continua com os herdeiros do sócio falecido, se o quiserem, estando implícita a continuação por força do princípio da preservação da empresa, não se aplicando, regra-geral, o art. 335, IV, do CC. Como herdeiros, passam a titularizar as quotas, condição que não se lhes pode negar à medida que é imposta pela sucessão hereditária, matéria cogente.

“*Em princípio, se participarão ou não da sociedade ao lado dos consócios remanescentes é questão dependente do exame do contrato social*” (A transferência involuntária de quotas nas sociedades limitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56 e 57). Grifado.

Nos termos da alteração contratual, além de não haver expressa previsão para os sucessores do sócio falecido continuarem na sociedade, exige o parágrafo 2º, da cláusula XVI, o consentimento do sócio remanescente em aceitar ou não um novo sócio.

Destarte, o só fato de o agravado ser herdeiro e inventariante do espólio de Eleotério Volpato, falecido sócio-gerente, não o torna sócio da empresa Irmãos Volpato Ltda. Ocorre que, se o agravado não ostenta a qualidade de sócio, não lhe poderia ser deferida a administração ou gerência da sociedade, conjuntamente com o

agravante, sócio remanescente. Isso porque o sócio-gerente da sociedade por cotas de responsabilidade limitada não pode ser pessoa estranha ao quadro societário, conforme infere-se do art. 13 do Decreto n. 3.708/19.

Acentua Rubens Requião que:

“A sociedade pode escolher, por diversos modos, o sócio-gerente. O que não pode é ser ele estranho à sociedade” (Curso de Direito Comercial, SP: Saraiva, 1995, p. 355).

Essa especificidade das sociedades por cotas deve ser levada em conta, sobretudo no caso em apreço, em que se verifica que o estatuto social adotou as características de uma sociedade de pessoas, atribuindo importância à pessoa dos sócios. Tal assertiva decorre da cláusula XVI, parágrafo 2º, que reza: “Se não houver interesse do sócio remanescente em adquirir as cotas do sócio retirante, as mesmas poderão ser livremente transferidas a terceiros, mediante consentimento do sócio remanescente de aceitar ou não o novo sócio”.

Mesmo o novo Código Civil continuou dando importância a essa *affectio societatis*, pois, ao mesmo tempo que admite que um terceiro não sócio seja administrador da sociedade por cotas de responsabilidade limitada, exige que haja autorização expressa no contrato social (art. 1.061).

Por derradeiro, não fazendo o agravado parte do quadro societário, até mesmo porque o próprio admite a inexistência da *affectio societatis*, não sendo do interesse dos herdeiros participar da sociedade comercial e pretendendo, inclusive, a apuração de have-

res (fl. 257), ausente está o *fumus boni iuris*, requisito indispensável para a concessão da medida cautelar.

Dessa forma, deve ser revogada a liminar concedida, no sentido de permitir ao agravado administrar conjuntamente com o agravante a sociedade na qual era sócio-gerente o *de cujus*.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao recurso, revogando-se a liminar concedida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Maria do Rocio Santa Ritta. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou o parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 7 de agosto de 2003.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente, com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.013761-3, DE LAGES

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedidos de cancelamento de protesto e de indenização por dano moral. Duplicatas sem aceite que não correspondem à venda de mercadorias. Protesto indevido de duplicatas. Endosso translativo. Instituição bancária que assumiu a titularidade do crédito. Condição de endossatário terceiro de boa-fé não prevalente. Imprudência do banco endossatário que não se certificou acerca da efetiva correspondência com operação mercantil de compra e venda. Protesto suprido pela sentença que o susta e declara inexistente o débito. Ofensa à imagem, à boa fama e à credibilidade da pessoa jurídica. Critérios razoáveis na fixação do dano moral. Juros de mora a partir da citação. Código de Processo Civil, art. 219. Correção monetária pelo INPC a contar da data do protesto. Responsabilidade solidária caracterizada. Código Civil de 1916, art. 1.518. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso do banco desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.013761-3, da comarca de Lages (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Ragra — Comércio e Representações Ltda. e Banco Santander Meridional S.A.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso da autora e negar provimento ao recurso do banco.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Lages, Ragra – Comércio e Representações Ltda. promoveu ação declaratória de inexistência e inexigibilidade de débito c/c pedidos de cancelamento de protesto e de indenização por dano moral contra Lincolub — Comércio de Produtos Automotivos Ltda. e Banco Santander Meridional S.A.

Alegou que foram sacadas 7 (sete) duplicatas, no total de R\$ 4.303,47, sem o aceite da autora, colocadas em circulação, e, nos meses de abril e maio de 1999, protestadas indevidamente.

A autora afirmou que não adquiriu as mercadorias que deram origem aos referidos títulos; a empresa requerida Lincolub efetuou o desconto das duplicatas no banco, que, por seus prepostos, deixou de verificar a legitimidade dos títulos, e por isso o banco deve responder pelos danos e pelas conseqüências.

Requeru a decretação de nulidade das cambiais, o cancelamento dos respectivos protestos e a condenação em indenização por danos morais sofridos.

O Banco Santander Meridional S.A. contestou, argüindo preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois não haveria relação entre a autora e o banco demandado.

No mérito, impugnou a informação da autora, a respeito da quantidade dos títulos, apontando a existência de apenas seis; o banco considerou-se terceiro de boa-fé e requereu a sua exclusão do pólo passivo da ação; alegou que o referido protesto não comprometeu as atividades da autora; insistiu na tese de que não se poderia imputar responsabilidade ao banco para a composição de danos morais.

A ré Lincolub Comércio de Produtos Automotivos Ltda. contestou, argüindo preliminar de inépcia da inicial, sob o argumento de que inexistiriam documentos comprobatórios da existência da empresa/autora; José Carlos de Souza Medeiros não seria sócio da empresa Ragra Comércio e Representações Ltda., e, portanto, não teria poderes para outorgar procuração.

Argüiu a ilegitimidade passiva *ad causam* da empresa Lincolub, que não teria autorizado o protesto das duplicatas.

Asseverou que a autora não demonstrou a ocorrência de dano moral.

Houve réplica.

A sentença julgou procedente o pedido formulado por Ragra — Comércio e Representações Ltda. contra Lincolub — Comércio de Produtos Automotivos Ltda. e Banco Santander Meridional S.A. para declarar inexigível o débito representado pelos títulos ns. 0003045/A, 0003021/A, 0003021/B, 0003021/C, 0003037/D, 0003045/C, 0003045/D, no valor total de R\$ 4.303,47; determinar o cancelamento dos respectivos protestos; assegurar o direito regressivo do endossatário dos títulos; condenar os demandados ao pagamento de dano moral no correspondente a 50 (cinquenta) salários mínimos no valor vigente na data da efetiva liquidação, tudo acrescido de juros de 6% ao ano a contar da citação; condenar os réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

A autora e o Banco Santander Meridional S.A. apelaram tempestivamente.

Ragra — Comércio e Representações Ltda. requereu o aumento do valor da indenização por danos morais para 100 (cem) vezes os valores dos títulos protestados indevidamente, pois configurados o caso típico de duplicata simulada e a culpa gravíssima dos demandados; aduziu que a sentença não considerou a intensidade do ilícito dos efeitos praticados pelas rés, estipulando quantia irrisória de 50 (cinquenta) salários mínimos e omitindo a incidência de correção monetária.

O Banco Santander Meridional S.A. acrescentou aos argumentos da

contestação os seguintes: a) a sentença foi omissa quanto ao número de títulos; b) não existe relação entre o banco e a empresa/apelada; c) a responsabilidade, se existente, seria da empresa Lincolub, a qual emitiu os títulos, agindo de má-fé e envolvendo o apelante; d) o banco é terceiro de boa-fé, e, para fazer valer seu direito como endossatário, deve promover o protesto do título.

Requereu a reforma do *decisum* quanto à condenação em 50 (cinquenta) salários mínimos a título de dano moral para reduzi-lo aos valores dos protestados, ou no máximo ao dobro dessas quantias; propugnou pela condenação exclusiva da primeira demandada.

Os recursos foram preparados e contra-arrazoados.

É o relatório.

1. *Analisa-se o apelo do banco*

I. Afasta-se a tese de ilegitimidade passiva *ad causam* do banco.

Sobre o tema, a antiga Terceira Câmara Civil, em Ap. Cív. n. 1998.000044-0, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 20-10-1998, decidiu:

“[...] Age imprudentemente a instituição financeira que desconta duplicata não aceita, sem antes certificar-se de corresponder realmente a mercadoria entregue e não devolvida ou a efetiva prestação de serviços. Isto porque o Banco não ignora que a duplicata é a prova do contrato, não sendo, à falta de aceite, título autônomo e abstrato como a cambial;

faltando-lhe a causa, não tem existência legal.

“Inexistindo *causa debendi* a ensejar a emissão de duplicatas, exsurge procedente o pleito veiculado em que se pretende a declaração da inexigibilidade do título apontado para protesto [...]”.

Especificamente quanto à legitimação da instituição bancária, traz-se à colação precedente da antiga Segunda Câmara Civil, em Ap. Cív. n. 96.006316-1, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto, j. 3-3-1997:

“Duplicata — Declaratória de inexistência de débito — Protesto — Sustação — Direito de regresso — Legitimidade passiva.

“— A instituição financeira que aponta duplicata para protesto detém legitimidade para residir no pólo passivo da demanda em que se objetiva a sua sustação. Se for mero mandatário do credor, cumpre-lhe nomeá-lo à autoria.

“— Não há razão de direito e, principalmente, de justiça que legitime o protesto, contra o sacado, de duplicata extraída ilicitamente [...]”.

O banco insiste na tese de que desconhecia a extração ilícita das duplicatas. A respeito invoca-se precedente em Ap. Cív. n. 2000.005703-7, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 15-5-2003:

“Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c danos morais. Duplicatas emitidas sem causa. Contrato de desconto. Protesto. Danos morais devidos.

“No contrato de desconto bancário, o descontário transfere a propriedade do crédito ao descontador, endossando-lhe o título correspondente e recebendo antecipadamente certa importância em dinheiro, referente, em regra, ao crédito transmitido.

“Tratando-se de endosso translativo, o endossatário, juntamente com o endossador, é parte passiva legítima na lide em que se pretende a declaração de inexigibilidade do título, a sustação do protesto e a apuração de danos morais.

“A boa-fé do endossatário, em tal caso, assume posição secundária, porque não só a torpeza gera responsabilidade, mas também a imprecaução. Cumpre-lhe portar-se com um mínimo de diligência, investigando se há causa jurídica para a emissão do título endossado antes de protestá-lo, é dizer: se corresponde à compra e venda de mercadorias ou à prestação de serviços”.

Ocorre que a instituição financeira em referência, que levou a protesto os títulos questionados nos autos, emitidos contra a recorrente pela Lincolub — Comércio de Produtos Automotivos Ltda., recebeu aludidos documentos de crédito por meio de endosso translativo, modalidade que transfere ao endossatário a titularidade da cártula, fazendo com que este se torne seu proprietário. Não exerce o endossatário, em hipótese tal, apenas direitos inerentes a sua cobrança, como ocorre com o endosso-mandato.

Ressalta-se que o contrato de desconto bancário tipifica-se como a

celebração pela qual, à vista de duplicatas ou títulos comerciais outros que lhe são transferidos via endosso, antecipa a instituição financeira ao seu originário credor, precedentemente ao vencimento do título de crédito descontado, o valor deste, com a dedução dos juros e dos encargos que pratica.

A propósito, leciona Ricardo José Martins, em *Da Duplicata Mercantil*, Ed. Aquarela, 1ª ed., 1988, p. 79:

“No caso de operação de desconto de duplicata na qual ela é negociada diretamente, mediante a antecipação pelo banco do valor respectivo, este, ao receber o título devidamente endossado (endosso pleno), passa a ser titular do crédito, podendo exigí-lo de todos os coobrigados. Esse chamado endosso translático ou endosso pleno é o que transfere a propriedade do título, sem qualquer ressalva, implicando, conseqüentemente, na responsabilidade solidária da pessoa que o endossa”.

Arnaldo Rizzardo, em *Contratos de Crédito Bancário*. São Paulo: RT, 2000, 5ª ed., p. 82, assevera:

“Daí o exato conceito de Orlando Gomes: ‘O contrato por via do qual o banco, deduzindo antecipadamente juros e despesas da operação, empresta à outra parte certa soma em dinheiro, correspondente, de regra, a crédito deste, para com terceiro, ainda não exigível”.

Com efeito, havendo o desconto do título, este que é transferido por endosso translático, tem-se que o estabelecimento de crédito descontário

torna-se proprietário e detentor de todos os direitos oriundos do documento envolvido na operação de desconto.

O endosso constitui-se na transferência da propriedade do título e do crédito para o endossatário, fazendo com que apenas este tenha legitimidade para cobrar os valores declarados na duplicata.

Fábio Ulhoa Coelho, em *Manual de direito comercial*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, acerca do endosso, assinala:

“Conceitua-se, então, endosso como ato cambiário que opera a transferência do crédito representado por título ‘à ordem’. É claro, a alienação do crédito fica, ainda, condicionada à tradição do título, em decorrência do princípio da cartularidade.

[...]

“O alienante do crédito documentado por uma cambial é chamado de endossante ou endossador; o adquirente, de endossatário. Com o endosso, o endossante, evidentemente, deixa de ser credor do título, posição jurídica que passa a ser ocupada pelo endossatário. Também é evidente que somente o credor pode alienar o crédito, e, portanto, somente o credor pode ser endossador” (*op. cit.*, p. 230).

E continua:

“O endosso produz, em regra, dois efeitos: a) transfere a titularidade do crédito representado na letra, do endossante para o endossatário; b) vincula o endossante ao pagamento do título, na qualidade de coobrigado (LU, art. 15)” (*op. cit.*, p. 230).

A instituição financeira agiu dolosamente ao encaminhar as cédulas a protesto. Se o banco recorrente tem legitimidade para cobrar os títulos e levá-los a protesto, por óbvio também estaria legitimado para ser demandado na ação que tem por objetivo a desconstituição do crédito que lhe foi transferido.

Tornando-se a entidade financeira proprietária das cambiais, não poderia doravante tentar eximir-se das responsabilidades que lhe são inerentes, posto que antes de encaminhar os títulos a protesto deveria certificar-se sobre a sua origem.

O Banco Santander Meridional S.A. no apelo sustentou que, “para fazer valer seu direito como endossatário, deve promover o protesto do título” (fl. 120).

Contudo a indispensabilidade do protesto fica suprida pela sentença, que o susta e declara inexistente o débito.

Esta Corte Estadual de Justiça decidiu na mesma Ap. Cív. n. 1996.006316-1, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto, antiga Segunda Câmara Civil, j. 3-3-1997:

“[...] O endossatário, terceiro de boa-fé, não perde o direito de regresso caso o protesto não se concretize por decisão judicial. Tendo ele por finalidade demonstrar que o título não foi pago e nem aceito, é suprido pela sentença, que o susta e declara inexistente a relação cambial (STJ, REsp n. 63.212-9)”.

Situação semelhante encontra-se em julgado da antiga Câmara Civil Especial, na Ap. Cív. n. 44.297,

de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto, j. 6-3-1996. Transcreve-se trecho do v. acórdão:

“É justo impor à sacada, contra a qual foram extraídas as duplicatas indevidamente, as graves consequências do protesto para delas apenas assegurar ao endossatário o direito de regresso?”

“Tenho que a resposta é negativa.

“A instituição financeira que negociou com a emitente deve suportar os riscos do negócio.

“Certo que, para assegurar o direito de regresso, o protesto é necessário. Há julgados no sentido de que o protesto deve ser tirado contra o endossante e não contra aquele que aparece no título como devedor (JC 3/4-189).

“O protesto tem por finalidade demonstrar que o título não foi pago. Não há prova mais eloqüente desse fato do que a sentença declaratória da inexigibilidade do débito e de sustação de protesto. Produz ela os mesmos efeitos do protesto sustado por decisão judicial.

“Essa solução se harmoniza com julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

‘Sustação de protesto de duplicata não aceita e endossada a estabelecimento bancário.

‘Deferimento. Sem o aceite, o sacado não se vincula à relação cambiariforme. O endossatário, a seu turno, não perde o direito de regresso contra a sacadora e avalista, eis que o

protesto não se extrai por obstáculo judicial' (JB 98/386).

“Examinando recurso que guarda similitude com a situação exposta nos autos, decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

‘Apresentando o estabelecimento bancário, a protesto, como endossatário, duplicata que não correspondia à venda de mercadorias, encontrando-se o título sem aceite, há de responder pelo dano causado, fixado, aliás, com muita razoabilidade, se reiteradamente avisado pelo sacado de que se tratava de uma duplicata fria e, ainda mais, tendo chegado a depositar este último o valor que lhe era cobrado, em garantia do *pseudo*. É admissível a sustação de protesto de duplicatas, em casos excepcionais, sob pena de, desvirtuando-se os objetivos da legislação pertinente, possa ela degenerar em abuso, sabendo-se os prejuízos que um protesto descabido pode acarretar ao sacado’ (RTJ 114/1.101)”.

Desse modo, afirma-se que o banco é parte legítima para figurar no pólo passivo da relação processual.

II. O banco sustentou que a sentença fora omissa quanto ao número de duplicatas.

Na contestação, o banco ora apelante asseverou que “Em primeiro plano, salienta-se que não se trata de 7 (sete) títulos, e sim 6 (seis), vez que a Requerente repete duas vezes o mesmo título – fls. 19 e 20, pelo que impugna tal informação desde já” (fl. 42).

Verifica-se pelos instrumentos de protesto que os títulos são os se-

guintes: I) 247.221239-6 (fl. 27); II) 0003045/A (fl. 19); III) 0003021/A (fl. 20); IV) 0003021/B (fl. 21); V) 0003037/D (fl. 22); VI) 0003045/C (fl. 23); VII) 0003045/D (fl. 25).

Portanto, constata-se que são sete os títulos apontados a protesto e não seis, pois os instrumentos de protestos de fls. 19 e 20 indicam títulos diferentes: duplicata n. 0003045/A (fl. 19), 0003021/A (fl. 20) e 0003021/B (fl. 21).

III. As demais matérias, alegadas pelo banco no recurso, serão examinadas na seqüência.

2. Passa-se à análise do recurso da autora

I. A autora apresentou a prova documental dos protestos dos sete títulos 247.221239-6 (fl. 27); 0003045/A (fl. 19); 0003021/A (fl. 20); 0003021/B (fl. 21); 0003037/D (fl. 22); 0003045/C (fl. 23); 0003045/D (fl. 25).

De acordo com o decidido no primeiro grau, e nesse aspecto a sentença atacada operou coisa julgada, posto não ter sido alvo de qualquer insurgência, as duplicatas emitidas pela apelada Lincolub – Comércio de Produtos Automotivos Ltda. e endossadas ao Banco Santander Meridional S.A., que as apresentou a protesto, estavam destituídas de *causa debendi* a autorizar os saques, dada a inexistência de qualquer transação negocial entre as partes.

Os atos notariais foram concretizados, conforme comprovado e diante da sua ilegalidade. Os abalos à imagem, à boa fama e à credibilidade da pessoa jurídica não são justificáveis.

A eventual falta de comprovação de prejuízos com reflexos econômicos nas atividades comerciais ou no seu patrimônio, em decorrência da lavratura do protesto, é circunstância destituída de relevância para a composição dos danos morais, não isentando de responsabilidade aqueles que provocaram o apontamento.

Carlos Alberto Bittar, em *Dano Moral*, 2ª ed., São Paulo: RT, p. 367 a 369, esclarece:

“[...] afirmada constitucionalmente a reparabilidade do dano moral, a jurisprudência está se consolidando no sentido de que o ‘abalo de crédito’ na sua versão atual, independentemente de eventuais prejuízos econômicos que resultariam do protesto indevido de título, comporta igualmente ser reparado como ofensa aos valores extrapatrimoniais que integram a personalidade das pessoas ao seu patrimônio moral.

“A fundamentação é repetitiva: sobrevindo, em razão do ilícito ou indevido protesto de título, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral puro, passível de ser indenizado; o protesto indevido de título de crédito, quando já quitada a dívida, causa injusta agressão à honra, consubstanciada em descrédito na praça, cabendo indenização por dano moral, assegurada pelo art. 5º, X, da Constituição: o ‘abalo de crédito’, no caso, se representa na diminuição ou supressão do conceito de que alguém goza e que aproveita ao bom resultado de suas atividades profissionais, especial-

mente se se desenvolvem no comércio; o protesto indevido de título macula a honra da pessoa, sujeitando-a ainda a sérios constrangimentos e contratempos, inclusive para proceder ao cancelamento dos títulos protestados, o que representaria uma forma de sofrimento psíquico, causando-lhe ainda uma ansiedade que lhe retira a tranqüilidade; em síntese, com o protesto indevido ou ilícito do título de crédito, são molestados direitos inerentes à personalidade, atributos materiais e ideais, expondo a pessoa à degradação de sua reputação, de sua credibilidade, de sua confiança, de seu conceito, de sua idoneidade, de sua pontualidade e de sua seriedade no trato de seus negócios privados”.

A Constituição da República prescreve em seu art. 5º, inciso V:

“É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

E complementa o item X do mesmo art. 5º:

“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”.

Ressalta-se que a pessoa jurídica encontra-se sujeita a sofrer dano moral, conforme Súmula do Superior Tribunal de Justiça 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Indenização. Responsabilidade civil. Dano moral. Protesto cambial indevido. Desnecessidade de provar a existência de dano patrimonial. Verba devida. Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Recurso provido” (in RJTJESP 134/151).

O colendo Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

1) REsp n. 171.084, 4ª Turma, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 5-10-1998:

“Direito civil – Responsabilidade civil – Protesto indevido de título cambial – Dano moral – Prejuízo – Reparação – Pessoa jurídica – Possibilidade – Honra objetiva – Doutrina – Precedentes do Tribunal – Critérios na fixação do dano – Prudente arbítrio do juiz – Recurso desacolhido.

“I – O protesto indevido de título cambial acarreta a responsabilidade de indenizar razoavelmente o dano moral correspondente, que prescinde de prova do prejuízo.

“II – A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva.

“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 empre-

sarial 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”.

2) REsp n. 281.281/RJ, 4ª Turma, rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJU de 8-10-2001:

“Pessoa jurídica — Dano moral — Protesto injustificado de título com conseqüente inscrição em cadastros restritivos de crédito, importa, por si só, em automático prejuízo, gerador de reparação a título de dano moral, pois o bom nome é atributo de fundamental importância para as pessoas físicas e, inclusive, jurídicas, seja pelo que subjetivamente representa, seja pelo seu valor extrínseco para as relações pessoais e comerciais”.

Constata-se que em relação aos danos morais sofridos pelas pessoas jurídicas, aplica-se a teoria da honra objetiva, que consiste em repercussões externas que envolvem o respeito, a admiração, o apreço e a consideração.

Obviamente, a pessoa jurídica não tem capacidade de sentir emoção e dor, não se cogitando ofensa à honra subjetiva.

Contudo, a honra objetiva pode ser afetada, pois as pessoas jurídicas ostentam reputação no ambiente dos negócios, a qual pode restar abalada por atos que afetem o seu bom nome civil ou comercial.

Devida a indenização por danos morais decorrente do protesto indevido de títulos, cumpre estabelecer o *quantum* indenizatório a ser deferido em favor da apelante Ragra – Comércio e Representações Ltda.

II. O valor a ser arbitrado deve atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devendo entrelaçar-se com a situação econômica dos que causaram o dano e a condição da lesada; diante desses aspectos, há de se considerar o conceito que a empresa lesada desfruta no meio social em que opera suas atividades.

Ao mesmo tempo que se impõe ao ofensor uma sanção aplica-se pena de caráter pedagógico, que iniba a reiteração da mesma prática lesiva.

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

1) REsp n. 205.268/SP, 4ª Turma, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 28-6-1999, p. 122:

“Comercial e processual civil – Dano moral – Arbitramento na instância especial – Possibilidade – Precedentes – Protesto indevido – I – 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, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. 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, notada-

mente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso. II – Protestados os títulos no valor de R\$ 666,02, tem-se por excessivo o *quantum* arbitrado, em cem vezes esse valor, sendo razoável a sua redução ao montante de vinte (20) vezes, como fixado em primeiro grau. III – Com a redução da indenização, resta prejudicado o pedido de redução do percentual dos honorários sobre o valor condenatório”.

2) REsp n. 234.481/SP, 3ª Turma, rel. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 7-8-2000, p. 00106:

“Dano moral – Protesto indevido de título já pago – Prova – Pessoa jurídica – Valor da indenização – 1. O protesto indevido de título já pago na própria agência bancária enseja a reparação por dano moral, que prescinde da prova do prejuízo, comprovado o fato que lhe deu origem. 2. A Súmula 227 da Corte encerrou a controvérsia admitindo a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral. 3. Não pode ser considerado excessivo, considerando as circunstâncias da causa, a condenação no pagamento de valor equivalente a vinte vezes o valor do título, o que afasta a intervenção da Corte, diante da razoabilidade da condenação. 4. Recurso especial não conhecido”.

São colacionados precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

1) Apelação Cível n. 2001.018335-8, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos, antiga Quarta Câmara Civil, j. 18-4-2002:

“[...] As pessoas jurídicas são passíveis de sofrer danos morais, estes que se verificam sempre que, por

ato injustificado da lesante, tiverem elas ofendido o seu bom nome, pois o conceito de uma empresa comercial é para esta atributo de fundamental importância, seja pelo que expressa subjetivamente, quer pelo seu valor extrínseco para as suas atividades mercantis. Esses danos morais não se vêem relegados ao plano da inexistência, pelo fato de ter tido a empresa lavrados outros protestos contra si, mormente quando tais protestos são promovidos após aqueles indevidamente autorizados pela credora.

“A indenização pela causação de danos morais deve ser arbitrada com razoabilidade, devendo representar uma reprimenda para a parte obrigada pela indenização, evitando-se, entretanto, que a parte beneficiada obtenha, com ela, um enriquecimento indevido. Os critérios para essa fixação passam pela consideração do grau de culpa da obrigada, pelo porte empresarial das partes, pela natureza e importância das atividades comerciais que desenvolvem, observado, ainda, o valor dos documentos levados a indevido protesto. Apresenta-se coadunante com esses critérios, o estabelecimento do *quantum* reparatório em vinte vezes o valor dos títulos protestados”.

2) Apelação Cível n. 2001.018891-0, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, antiga Quarta Câmara Civil, j. 29-5-2002:

“Danos morais — Protesto de duplicata — Emissão ao arrepio da lei — Não comprovação da causação de prejuízos efetivos — Irrelevância — Reparação devida — Valor indenizató-

rio fixado em múltiplos do salário mínimo — Impossibilidade — Substituição por múltiplos do valor do título indevidamente protestado — Elevação do *quantum* respectivo — Apelo da demandada desprovido — Parcial acolhimento à insurgência da autora.

“O protesto de duplicata mercantil emitida em desconformidade com a lei é indevido, acarretando, àquela que teve contra si o título protestado, danos morais, estribados em abalo de crédito. Desnecessária torna-se, em hipótese tal, a concorrência de eventuais prejuízos econômicos, posto que a reparabilidade, nesse contexto, resulta tão-somente da ofensa aos valores extrapatrimoniais que integram o patrimônio moral da empresa comercial que sofreu o protesto.

“A fixação da indenização por danos morais em múltiplos do salário mínimo é vedada pela Lei n. 6.205/75 e pela Súmula 7 do STJ, além de incidir em ofensa ao art. 7º, IV, da Lei Maior, que reprime a vinculação do salário mínimo para qualquer outra finalidade que não a prevista na lei.

“A reparação de dano puramente moral há que representar, acima de tudo, uma punição didática ao ofensor, sem que se constitua em fonte de enriquecimento sem causa para aquele que sofre as suas seqüelas. E se apresenta como razoável a indenização orçada em 50 (cinquenta) vezes o valor do título indevidamente protestado, quando a lesante é empresa de grande porte empresarial, conhecida em praticamente todo o território nacional, tendo ela obrado com forte grau de culpa ao emitir, contra a lesa-

da, duplicata não autorizada pela lei, levando-a a protesto indevidamente”.

No caso concreto encontram-se duas pessoas jurídicas na condição de responsáveis pela reparação dos danos sofridos pela autora/apelante, as quais, por meio da emissão de duplicatas sem origem, bem como do protesto indevido, tornaram-se responsáveis pelas consequências que se originaram de tais condutas.

Além disso, uma das responsáveis é instituição financeira de atuação nacional, de grande solvabilidade, e de reconhecimento no cenário econômico pátrio.

A outra responsável pelo ressarcimento do dano é a empresa – Lincolub – Comércio de Produtos Automotivos Ltda., a qual se presume deter solvência e liquidez.

Por sua vez, a apelante (autora) Ragra – Comércio e Representações Ltda., com sede na Capital do Estado, sofreu abalo moral, uma vez que são presumíveis os reflexos nocivos derivados dos protestos indevidamente efetuados. Os protestos dos títulos afetam negativamente sua reputação comercial e seu nome na praça.

O contrato social da autora indica que a empresa foi constituída em 18-10-1994 (fls. 84 a 86). O capital social na época era de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) (fl. 85).

A autora — pessoa jurídica — atua no ramo de representação e comércio de lubrificantes, autopeças, acessórios para veículos e produtos para linha automotora desde 1994 (cláusula 2, fl. 84).

O potencial econômico dos demandados, especialmente do Banco Santander Meridional S.A., em contraposição à condição da postulante, está a recomendar que o valor indenizatório seja fixado, observando-se os seguintes parâmetros:

O valor dos títulos corresponde, respectivamente, a 247.221239-6, R\$ 525,03 (fl. 27); 0003045/A, R\$ 648,23 (fl. 19); 0003021/A, R\$ 525,00 (fl. 20); 0003021/B, R\$ 525,03 (fl. 21); 0003037/D, R\$ 783,72 (fl. 22); 0003045/C, R\$ 648,23 (fl. 23); 0003045/D, R\$ 648,23 (fl. 25). A soma dos títulos atinge o valor de R\$ 4.303,47.

A sentença proferida em 3-12-2001 condenou os demandados, a título de dano moral, em 50 (cinquenta) salários mínimos no valor da data da efetiva liquidação (fl. 94).

Desse modo, ajusta-se o *quantum* indenizatório em quantia fixa de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) na data da sentença (3-12-2001), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros de mora até a data da liquidação.

Os juros de mora de 6% ao ano incidem a partir da citação (arts. 219 do CPC e 1.062 do Código Civil de 1916), e a correção monetária pelo INPC a partir do efetivo prejuízo, ou seja, das datas dos protestos.

Ressalta-se que a condenação é solidária a ambos os demandados: Lincolub – Comércio de Produtos Automotivos Ltda. e Banco Santander Meridional S.A. a teor do disposto no art. 1.518 do Código Civil de 1916, que prescreve:

“Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado, e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação.

“Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521”.

Do colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 185.269/SP, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 6-11-2000, p. 199:

“Comercial e civil – Duplicata sem aceite – Protesto – Transação mercantil subjacente desfeita – Comunicação do fato ao banco endossatário – Responsabilidade civil configurada – Recurso conhecido e provido.

“O banco que recebe por endosso, em operação de desconto, duplicata sem causa, responde pela ação de sustação de protesto e deve indenizar o dano dele decorrente, ressalvado seu direito contra a endossante. Recurso conhecido e provido”.

Traz-se à colação precedente na Apelação Cível n. 2002.010209-7, de Pinhalzinho, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 16-6-2003:

“Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Requisitos demonstrados – Preliminar – Denúnciação da lide – Art. 70, III, do CPC – Preclusão – Duplicata sem causa emitida pela empresa-ré – Protesto indevido – Inscrição indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito – Presumida existência do dano moral – Dever de indenizar – Aplicação do art. 159 do Código

Substantivo Civil de 1916 – Banco – Responsabilidade solidária caracterizada – Exegese do art. 1.518 do Código Civil de 1916 – *Quantum* minorado – Inexistência de litigância de má-fé – Recurso da empresa-ré – Não provido – Recurso do banco – Provimento parcial.

“A empresa que emite duplicata fraudulenta, descontando-a junto à instituição bancária, antecipando o recebimento do montante lançado no título, beneficiando-se injustamente à custa do sacado, responde por dano moral, pois respectivo ato representa ofensa à imagem e à credibilidade.

“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.

‘Exceto nas hipóteses de comprovada justa causa, o direito de praticar o ato processual extingue-se automaticamente pelo simples decurso do prazo para o seu exercício. [...]’ (AI n. 9.454 — Rel. Des. Trindade dos Santos).

“Tornando-se a instituição financeira proprietária da cambial, não poderá se eximir das responsabilidades que lhe são inerentes, posto que, antes de descontar a duplicata negociada, deverá verificar a origem do título, cercando-se das cautelas necessárias e exigindo do sacador a apresentação imediata do comprovante de remessa e entrega de mercadoria, ou mesmo sua nota fiscal de compra, sob pena de suportar as conseqüências de sua desídia.

“São responsáveis pelos danos decorrentes do protesto indevido do tí-

tulo, a empresa (emitente/endossante) que fraudou a cambial e o banco/endossatário, que protestou o título sem verificar a efetiva transação.

[...] O valor arbitrado na indenização por dano moral deve ser moderado e equitativo, atendo-se às circunstâncias de cada caso. Contudo, ao fixar o *quantum* ressarcitório respeitar-se-á o seu duplo efeito: ressarcitório e punitivo. A indenização não pode ser irrisória, de modo a estimular a reiteração da prática danosa' (El n. 99.013263-3 – Rel. Des. Wilson do Nascimento).

“Atendida integralmente a pretensão formulada pelo autor, a sucumbência dar-se-á sobre a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um dos requeridos”.

Assim, ao contrário do pretendido pelo banco, não foi a endossante a única responsável pela emissão das duplicatas questionadas, e causadora dos danos. O banco endossatário ostenta sua parcela de culpa, pois enviou os títulos a protesto com o objeti-

vo de resguardar os seus próprios interesses, sem, ao menos, verificar a origem das cártulas, apresentando-se irrelevante o fato de ter agido ou não de boa ou má-fé.

Conclui-se que as razões para essa solidariedade são as seguintes: o Banco Santander Meridional S.A. por encaminhar os títulos sem origem a protesto e a empresa Lincolub, por tê-los sacado indevidamente.

Isso posto, dá-se parcial provimento ao recurso da autora e nega-se provimento ao recurso do banco, mantidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente para o acórdão;
Nelson Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.011815-8, DE PALHOÇA

Relatora: Juíza Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Embargos de terceiro. Cerceamento de defesa. Testemunhas não arroladas na peça inaugural. Inobservância ao rito estatuído pelo art. 1.050 do CPC. Ausência de posterior ênfase na ambição à produção da prova oral. Incidência de resto do princípio da livre persuasão racional. Error in procedendo não configurado. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.011815-8, da comarca de Palhoça, em que é apelante Moenda Móveis, sendo apelada Quadra Comunicações Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I – Relatório

Trata-se de embargos de terceiros aforados por Moenda Móveis contra Quadra Comunicação Ltda.

Noticiou que, por força de ação executiva movida pela embargada contra Encol Indústria de Madeiras e Materiais de Construção Ltda., penhoraram-se bens em cuja posse se imitira, mediante contrato de locação subscrito com Encol Construtora Ltda., pessoa diversa da executada.

Intimada, a embargada respondeu alegando que não foram autenticadas as fotocópias dos documentos juntados pela embargante; que o contrato de locação acostado aos autos é um contrato anômalo, totalmente fora dos padrões de mercado e que não sobrevive a seus próprios termos, demonstrando grotesca simulação destinada unicamente a lesá-la. Aduz que o maquinário em questão não está discriminado ou individualizado no referido contrato e que a data de assinatura deste é de 1º-11-96, enquanto as firmas foram reconhecidas em 20-11-96, exatamente

te quando requereu a penhora dos bens atualmente constritados.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que julgou improcedentes os embargos, mantendo a constrição judicial a que se refere o auto de penhora de fl. 59, dos autos da execução em apenso.

Inconformada, a vencida inter pôs recurso de apelação sustentando o cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide, porque lhe tolheu a produção das provas requeridas na exordial.

Apresentadas as contra-ráguas, ascenderam os autos a esta instância.

II – Voto

A pretensão recursal não merece acolhida.

Com efeito, inexistente o aventado *error in procedendo*.

Ventila a recorrente que o julgamento da lide à revelia da produção de prova testemunhal cerceou-lhe o direito de evidenciar a situação de possuidor dos bens penhorados na Execução n. 045.91.000026-1, movida pelo embargado contra Encol Indústria de Madeiras e Comércio de Materiais de Construção Ltda.

Ambiciona com isso a obtenção de provimento anulatório do veredicto singular e, como corolário, a remessa dos autos à Comarca de origem a fim de obsequiar-se a diligência instrutória.

Forçoso, todavia, concluir-se pelo acerto do proceder levado a cabo pelo Magistrado.

Em se tratando de embargos de terceiro, conforme o escólio de Hamilton de Moraes e Barros, “Manda o Código que o embargante apresente, desde logo, o rol das suas testemunhas. Coaduna-se isso com o rito sumário, do procedimento, e possibilita, de imediato, ao embargado argüir eventuais defeitos das testemunhas e providenciar a contraprova” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, IX vol., 1980, p. 385).

Com efeito, ministra o *caput* do art. 1.050 do CPC que “O embargante, em petição elaborada com observância do disposto no art. 282, fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas”.

Bem de ver, *in casu*, que o embargante não se desincumbiu do mister de arrolar as testemunhas já quando do aforamento da ação, não adequando seu desiderato ao rito processual.

Cinge-se deveras a peça vestibular a protestar pela “produção de todos os meios de prova em direito admitidos”, o que não é suficiente.

Sublinha-se que unicamente essa circunstância já seria o *quantum satis* para a improcedência da pretensão.

Outrossim, como não bastasse, não empreendeu tal tarefa posteriormente. Por ocasião da impugnação à peça de defesa, ensaiou no último parágrafo um requerimento ao desígnio de audiência, a fim de demonstrar a condição fática de possuidor, por intermédio da prova oral. Mas

fê-lo extemporaneamente e de forma assaz volúvel.

Ora, se jamais arrolou testemunhas, ao arrepio do rito processual, limitando-se a aludir voluvelmente à produção da prova oral, aleivosa a alegação de que houve dispensa indevida e, pois, cerceamento de defesa.

Nesse quadro, aliás, pode afirmar-se sem embargo que sequer deixou claro, de forma enfática, que almejava valer-se da modalidade probatória em questão, o que por si só refuta o argumento de que lhe foi negado embora requerido.

Por fim, a pretexto argumentativo, impera-se teçam algumas outras considerações: atualmente, como colário 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 a não permitir à economia sobrepujar a ampla defesa, tampouco a esta servir de subterfúgio a lides infundáveis, mercê de litigantes ímprobos.

Nesse quadro, escorreito afirmar-se que também a dilação probatória subsome-se ao princípio da persuasão racional.

No mesmo diapasão:

“A feitura de prova pericial, à semelhança de outros meios probatórios, subordina-se ao princípio da persuasão racional, competindo ao magistrado indeferi-la se nenhuma ou pouca utilidade tiver para o deslinde do litígio” (Apelação Cível n.

2000.000991-1, de Mafra, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“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).

Do contrário negar-se-ia vigência ao art. 130 do CPC.

Na presente situação, salta aos olhos que o Togado não carecia de quaisquer elementos de convicção, que não os presentes aos autos, a dar suporte à formação de seu convencimento.

Veja-se:

“O contrato de fl. 6 realmente informa que foram locados maquinários à representante legal da embargante, porém, não os especifica, dizendo tão-somente que foram locados maquinários completos/específicos para a fabricação de móveis.

“Observa-se também que o endereço referido no dito contrato é diverso daquele que a embargante cita em sua exordial, da mesma forma é diferente daquele que consta do mandado de penhora de fl. 158 do processo de execução, sendo que o citado na

inicial dos presentes embargos refere-se à Av. Bom Jesus de Nazaré, n. 1.294, no contrato de fl. 6, indica como sendo o de n. 1.291, já o mandado de penhora restou cumprido pelo meirinho, naquele endereço, mas no n. 1.293”.

Insosfismável, pois, que o depoimento das supostas testemunhas – já que jamais se as arrolou – não teria o condão de alterar o desate do litígio. Daí porquanto despicienda.

Por fim, seguindo-se a mesma linha de raciocínio, não seria exorbitância assentar-se a presunção, nesse contexto, da ausência de prejuízo à parte.

Assim, ainda que o Magistrado houvesse procedido irregularmente, o que não o fez, não se declararia a nulidade – *pas de nullité sans grief*.

III – Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, a Câmara nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 9 de outubro de 2003.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente ;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.013119-1, DE IBIRAMA

Relator: Des. Fernando Carioni

Agravo de instrumento – Cautelar de sustação de protesto – Cheques – Propositura dentro do tríduo legal – Veracidade – Sustação dos títulos – Defeito do produto e tentativa de acordo com a vendadora – Prova inexistente – Aplicabilidade do disposto no artigo 333, inciso I, do CPC – Protesto de títulos efetuado fora do prazo legal (artigos 33 e 48 da Lei n. 7.357/85) – Ato ilegal – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido.

Proposta a cautelar dentro do tríduo legal, não há falar em indeferimento da medida.

Não tendo a agravante comprovado, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, o defeito do produto e a tentativa de sua troca, não merece agasalho a tese de ilegalidade do protesto.

O protesto de cheque deve ser efetivado dentro do prazo de sua apresentação para desconto (arts. 33 e 48 da Lei n. 7.357/85), devendo ser considerada a data da emissão do título, independentemente se este for pós-datado (art. 32 da Lei n. 7.357/85), uma vez que se trata de uma ordem de pagamento à vista.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.013119-1, da comarca de Ibirama (1ª Vara), em que é agravante TR – Madeiras, Portas e Compensados Ltda., sendo agravada Quimofram Industrial Química Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pleito suspensivo, interposto por TR – Madeiras, Portas e Compensados Ltda., contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Ibirama que, nos autos da Ação Cautelar de Sustação de Protesto de n. 027.030015843, indeferiu a medida liminar (fl. 23).

Aduz que os títulos em tela são objeto de compra e venda entre as partes – cola para ser utilizada na fabricação de portas. Diz, também, que referido produto, por apresentar excesso de água, não produziu os efeitos almejados na produção das portas, acarretando-lhes sérios prejuízos econômicos, motivo pelo qual sustou o pagamento dos cheques.

Assevera que as inúmeras tentativas de acordo, via telefone, para a reposição da cola defeituosa, restaram frustradas.

Afirma que o Juiz *a quo* não analisou, na ação principal, o seu direito insculpido no art. 36 da Lei n.

7.357/85 e na Lei n. 8.078/90, a preservação da sua idoneidade comercial e que o protesto dos cheques deu-se fora do prazo legal, o que demonstra a ilegalidade do ato praticado pela agravada.

Sustenta que a cautelar de sustação de protesto foi aforada dentro do tríduo legal para pagamento ou sustação do protesto, e que a prova da imprestabilidade da cola inexistente, uma vez que a reclamação foi feita via telefone. Acrescenta, por outro lado, que referido tema deve ser objeto de discussão na ação principal.

Por último, alega estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar e que esta não causa prejuízos à agravada.

Postula o provimento do recurso e a reforma da decisão recorrida, a fim de que sejam sustados os protestos dos cheques.

Negado o pedido de efeito suspensivo (fls. 39 e 40), o agravado, tempestivamente, ofereceu contraminuta (fls. 47 a 53), pugnando pelo desprovisionamento do recurso.

II — Voto

O recurso reúne os pressupostos de admissibilidade, pelo que mereceu ser conhecido.

Insurge-se a recorrente contra a decisão do MM. Juiz de Direito de primeiro grau, que indeferiu liminar em ação cautelar de sustação de protesto proposta contra a agravada.

Para o deferimento de liminar em medida cautelar é indispensável a prova da “probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado

pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético” (Greco, Vicente Filho – Direito Processual Civil em Vigor, 3º vol., São Paulo, Editora Saraiva, p. 155 e 156).

Ressalta-se, inicialmente, que, conforme demonstram os documentos de fls. 9 e 28, a cautelar fora proposta dentro do tríduo legal, ao contrário do afirmado pela decisão agravada.

As alegações da agravante de que sustou o pagamento dos cheques protestados, porquanto o produto adquirido – cola – era de má qualidade, e que restaram infrutíferas as tentativas de acordo com a recorrida para a reposição do referido produto, não merecem guarida.

Segundo o Código Comercial, deveria a recorrente/compradora, no prazo de 10 (dez) dias, após o recebimento da mercadoria, reclamar à vendadora/recorrida eventual defeito na qualidade dos produtos adquiridos (arts. 110 e 111 do Código Comercial), ou, a par do que diz o Código de Defesa do Consumidor, fazer a reclamação no prazo de 30 (trinta) dias em caso de produtos não duráveis e 90 (noventa) dias em caso de produtos (art. 26, incs. I e II, do CDC) duráveis.

Entretanto, não provou a recorrente que assim tenha agido, tampouco que os produtos adquiridos apresentavam defeito.

Ora, o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do direito, incumbe a quem alega, segundo o disposto no art. 333, I, do CPC.

O mestre Moacyr Amaral Santos, sobre a matéria, ensina:

“Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quae non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impõe-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão – ônus da prova” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 17ª ed., Saraiva, 1995, vol. II, p. 343 e 344).

Prosseguindo:

“Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, quem vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit onus probandi*” (*op. cit.*, p. 345).

Mais adiante registra:

“O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação – ensina Carnelutti – é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar – escreve ele – a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas” (*op. cit.*, p. 347).

E conclui:

“A conseqüência é que, não provado pelo autor o fato constitutivo, o réu será absolvido: -- *actore non provente, reus est absolvendus*” (*op. cit.*, p. 347).

Já decidiu este Tribunal na Ap. Cív. n. 2000.001732-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Francisco Oliveira Filho:

“O *onus probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I do art. 333 do CPC.

“A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado; é imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*)”.

Inexistindo prova acerca do defeito do produto, descabida é a afirmação da recorrente de que a agravada deve ressarcir os danos que sofreu, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, imposta pela Lei n. 8.078/90.

A afirmação da agravante de que os protestos são indevidos, porquanto lhe é facultado dar contra-ordem aos cheques, não merece guarida, já que não acostou aos autos a manifestação, por escrito, emitida ao Banco/sacado, dos motivos que a levaram a tomar tal procedimento, conforme exige o art. 36 da Lei n. 7.357/85, nem provou a existência de defeito dos produtos, conforme dito acima.

Frisa-se que o protesto do título, quando observadas as formalidades legais e porque representa um

direito do portador, pode ser tirado contra o devedor, uma vez que este deu causa à realização de tal procedimento, em face do não-cumprimento da obrigação assumida.

No que toca à ilegalidade dos protestos tirados fora do prazo de apresentação do cheque para desconto, razão assiste à recorrente.

Prescrevem os arts. 33 e 48 da Lei n. 7.357/85 que o protesto de cheque deve ser feito dentro do prazo de sua apresentação para desconto ao banco sacado.

Colhe-se da doutrina:

“O protesto do título deve ser feito antes de expirado o prazo para a apresentação do cheque, por lei taxativamente fixado em 30 dias, a contar da data de sua emissão, em se tratando de cheque para ser pago na mesma praça, ou de 60 dias, quando para pagamento em praça diferente” (Fran Martins, *Títulos de Crédito*, vol. II, ed. 11ª, Editora Forense, p. 116).

Frisa-se que a data de pagamento do cheque é aquela em que ele foi apresentado ao sacado, uma vez que, conforme dispõe o art. 32 da Lei n. 7.357/85, referido título é pagável à vista, devendo ser considerada não-escrita qualquer menção em contrário, como “pós-datado”.

Fran Martins, a respeito da emissão de cheque pós-datado leciona:

“Sendo uma ordem de pagamento à vista, vence-se tal ordem no momento em que o cheque é apresentado ao sacado. Se, por acaso, no cheque constar qualquer menção em con-

trário, essa menção é considerada como não escrita, não perdendo, assim, o cheque a sua validade nem podendo o pagamento ser retardado, transformando-se em um título de pagamento a prazo” (Fran Martins, obra acima citada, p. 78).

Esta Câmara, em recente julgado da lavra do Des. Gastaldi Buzzi, asse-ntou:

“Apelação cível – Ação declaratória de nulidade e cancelamento definitivo de protesto – Cheques – Prazo de trinta dias a contar da emissão dos títulos para apontamento ao tabelionato – Extemporaneidade do ato – Apresentação à câmara de compensação – Mora do devedor principal caracterizada – Direito regressivo contra endossante assegurado – Dispensabilidade do protesto – Abusividade manifesta – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido” (Ap. Cív. n. 2001.009376-6, de Itupuranga).

Vê-se, pois, que o cheque somente pode ser protestado dentro do prazo de apresentação para desconto, devendo ser considerado, para efeitos de prazo, a data da emissão do título, independentemente se ele for “pós-datado”.

Constata-se dos documentos juntados aos autos (fls. 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 e 31) que os cheques de ns. 001727, 001766, 001767, 001725, 001726, 001630, 001411 e 001629 foram protestados fora do pra-

zo de apresentação para desconto ao banco sacado, de sorte que referidos protestos são ilegais.

A par disso, restaram demonstrados os requisitos para a concessão da medida. O *fumus boni juris*, em face da ilegalidade do protesto dos títulos acima citados, e o *periculum in mora*, uma vez que tal medida – protesto – se não sustada, podem acarretar sérios prejuízos à recorrente.

Diante do exposto, considerando que a ação cautelar foi proposta dentro do tríduo legal, dá-se parcial provimento ao recurso da agravante, para determinar que sejam sustados os protestos dos títulos de ns. 001727, 001766, 001767, 001725, 001726, 001630, 001411 e 001629, abstendo-se, apenas, os dos cheques ns. 001920 e 001902, os quais foram corretamente protestados no prazo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se do recurso para dar-lhe parcial provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 21 de agosto de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.019934-6, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução. Nota promissória. Embargos rejeitados. Julgamento antecipado. Defesa cerceada. Inocorrência. Demonstrativo do débito atualizado. Exigências legais satisfeitas. Penhora. Bem de família. Não-caracterização. Coação. Argumento repellido.

I — A antecipação do julgamento dos embargos à execução não cerceia o direito do devedor à ampla defesa e ao contraditório pleno, quando, seja pelo valor dos interesses em jogo, seja pela natureza da matéria envolvida, a ouvida de testemunhas somente teria eficiência como prova meramente suplementar à documental, essa que, mesmo que indiciariamente, faz-se ausente dos autos.

II — Detalhando a exposição atualizatória do débito as taxas utilizadas para o atingimento do valor executado, bem como o período de incidência, mostra-se ela adequada à instrumentalização do processo executório, revelando-se irrelevante a sua apresentação no próprio corpo da inicial e não em documento apartado.

III — Gravando o casal o imóvel de que são proprietários com garantia hipotecária, não há condições legais para que, no pleito executório correspondente, tentem liberá-lo da constrição judicial, ao abrigo de uma pretensa impenhorabilidade. De outro lado, destinatária da benesse legal é a família direta dos proprietários, assim considerada aquela formada pelos cônjuges, seus descendentes e ascendentes, e não parentes outros do proprietário e que no imóvel residam com sua própria família.

IV — A coação, como causa nulificadora de título de crédito, decorrente de assunção de débito feito por escritura pública, há que ser cumpridamente provada, com a delineação de todos os pressu-

postos que a integram, não sendo suficientes, para tanto, meras alegações sem o menor respaldo probante. Não bastasse isso, a prova a respeito descabe no restrito âmbito dos embargos à execução, posto estar sua colheita afeta a ação própria, na qual se resguardem, em favor do credor, os princípios constitucionais do pleno contraditório e da ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.019934-6, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Álvaro José Bissaco, sendo apelado Vidal Dionísio Fernandes:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

Por embargos, Álvaro José Bissaco infletiu contra a execução que, com esteio em uma nota promissória no valor de R\$ 30.000,00, vencida em 12-1-2000, cujo pagamento foi garantido, por escritura pública de confissão de dívida, pela hipoteca de um imóvel urbano (fl. 6), foi-lhe endereçada por Vidal Dionísio Fernandes.

Como matéria preliminar, invocou o executado a) a nulidade do título sob execução, uma vez que emitido sob coação, dizendo respeito a promissória em parte a um empréstimo e em parte a juros extorsivos impostos; b) a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, em razão da não-instrução da inicial com demonstrativo especificado da evolução do dé-

bito; e c) a impenhorabilidade do bem constritado, em razão de tratar-se de imóvel em que ele e seu irmão Nilo Marcelino Bissaco desenvolvem atividades comerciais juntos, em sociedades comerciais e familiares, com referido imóvel, além disso, destinando-se à residência de seu irmão.

Admitiu, no mérito, a existência de uma dívida de sua responsabilidade, com a promissória exequenda, entretanto, englobando o capital mutuado, que é de R\$ 23.000,00, decorrente de empréstimos obtidos em novembro de 1998, no valor de R\$ 4.000,00, em dezembro de 1998, na quantia de R\$ 5.000,00, em janeiro de 1999, no importe de R\$ 4.000,00, e, por fim, em fevereiro de 1999, quando obteve ele o empréstimo da quantia de R\$ 10.000,00, valores esses, aos quais acrescidos juros extorsivos, consolidados em uma única operação, resultando, então, a emissão da promissória exequente e da correspondente escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária.

Asseverou, outrossim, ter pago por conta do débito consolidado a quantia de R\$ 1.000,00, valor esse que, no entanto, não foi subtraído do *quantum* exequendo.

Pugnou, então, pela incidência das taxas legais de juros, uma vez

que configurada a prática de agiotagem e do crime de usura.

Impugnados os embargos deduzidos, sobre a peça impugnatória manifestou-se o embargante.

Em sentença antecipada, o MM. Juiz de Direito *a quo* desacolheu os embargos à execução, entendendo não ter havido coação determinante da emissão da promissória e da escritura pública de confissão de dívida carreadas aos autos, sendo, de outro lado, o demonstrativo de débito trazido ao processo de execução suficiente para os fins legais previstos; descartou, ainda, a aventada impenhorabilidade do bem vinculado à garantia hipotecária dada.

No mérito, após refutar a incidência, na hipótese, das disposições do Código de Defesa do Consumidor, considerou não provada a alegada imposição de juros onzenários, aplicando ao embargante os consectários da sucumbência.

Não se conformando com o teor do *decisum* proferido, formulou o executado recurso de apelação, invocando a sua nulidade, em razão da negativa da prestação jurisdicional pleiteada, posto ter-lhe sido cerceado o direito de provas, por não deferidos os meios probatórios oral e pericial tendentes à comprovação do crime de agiotagem e da cobrança de juros extorsivos.

Ao apelo não foi dada resposta.

II — Voto

A negativa de provimento à insurgência pronunciada pelo apelante

é a única solução comportável na hipótese *sub judice*.

Invoca o postulante recursal, por primeiro, nulidade da sentença, por inexistência de demonstrativo do cálculo de débito e pela penhora de bem de família, além da ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, com o que lhe foi ceifada a possibilidade de colher provas oral e pericial, com as quais pretendia demonstrar a cobrança abusiva de juros e a existência de agiotagem.

Na atual sistemática processual civil, a execução por título executivo extrajudicial impõe-se, obrigatoriamente, instruída com o demonstrativo do débito atualizado, tornando-se esse demonstrativo, em assim sendo, documento indispensável à propositura e, em decorrência, ao êxito da executacional.

Como assinalamos:

“Documento indispensável que é à propositura da ação de execução (art. 614, II, CPC), o demonstrativo de atualização do débito deve evidenciar a metodologia utilizada na sua apuração, com identificação das taxas aplicadas. Não atendidas, pelo demonstrativo trazido aos autos, essas exigências, é de mister que seja concedido ao credor o prazo de 10 (dez) dias (art. 616, CPC), para adequá-lo aos parâmetros legais, com o não-atendimento da determinação ensejando o indeferimento da exordial” (Ap. Cív. n. 2001.001440-3, de Tubarão).

Segundo o escólio de Edson Ubaldo:

“O demonstrativo, portanto, deverá conter todos os elementos que permitam ao executado conhecer o método de cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final, para poder, em sendo o caso, embargar” (As Modificações no Processo de Execução. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995, p. 41).

Observa, na mesma diretriz, Roberto Eurico Schmidt Júnior:

“Inseriu-se no artigo a determinação de que o credor apresente demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação. Estabeleceu-se aqui verdadeira condição de procedibilidade da execução.

“Caso não seja apresentado o demonstrativo, é caso de indeferimento da inicial”.

Para averbar na continuidade:

“Mas, o que deve conter o demonstrativo do débito? Temos que se faz necessária a apresentação do valor principal, que é aquele constante do título; a taxa de juros, demonstrada mês a mês, ou *pro rata* dias base; o índice de correção monetária atualizado. Assim, não é suficiente aponte o credor apenas o montante dos juros e da correção: deverá demonstrar, satisfatoriamente, como chegou aos valores pretendidos” (O Novo Processo Civil — Comentários aos Artigos Alterados pelas Leis n. 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94. Curitiba: Juruá Editora. 1995, p. 136).

Proclamou, a respeito, esta Casa de Justiça:

“O demonstrativo do débito atualizado, a partir da vigência da Lei

n. 8.953, de 13.12.94, sendo documento indispensável à propositura da execução, sob pena de indeferimento da inicial, deverá conter todos os elementos que permitam ao executado conhecer o método de cálculo, os índices atualizados, as capitalizações lançadas e o resultado final” (Ap.Cív. n. 1996.005918-0, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

No entanto, *in casu*, encartou o exequente, na própria introital, demonstrativo atualizado do débito (fl. 2), discriminando os índices utilizados para o cálculo, ou seja, o IGP-M de janeiro de 2000, acrescidos juros moratórios de 0,5% ao mês, calculados da data do vencimento do título até 12-2-2000, elevando o valor do débito para R\$ 30.379,14.

Certo que tal demonstrativo foi inserido na própria inicial, o que, todavia, não o invalida, pois, como já enfatizou esta Corte:

“Execucional — Embargos do devedor fundados no descumprimento do disposto na parte final dos arts. 604 e 614, II, do CPC — Alegação de cerceamento de defesa — Inexistência — Julgamento antecipado da lide plenamente justificado — Apelo desprovido.

“Por força da nova sistemática processual restou abolida a liquidação por cálculo do contador e, em substituição, impôs-se, ao credor, o ônus de instruir o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 604 do CPC) ou com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar da execução por quantia certa (art. 614,

II, do CPC). Nada impede, por outro lado, que tais demonstrativos não se revistam de complexidade e assumam a forma de simples tópico da inicial, com o que ficará identicamente satisfeita a exigência contida no dispositivo legal (Antonio Cláudio da Costa Machado, *in* CPC, Saraiva, 1996, p. 614). A *contrario sensu* seria uma forma de se criar entraves à realização do crédito, judicialmente, e uma afronta ao princípio constitucional ao livre acesso à jurisdição. Verificadas as condições do devedor de aduzir a sua defesa, é o quanto basta para o avanço da execucional” (Ap. Cív. n. 1997.011632-2, de Taió, rel. desig. Des. Anselmo Cerello).

Observada pelo apelado, a contento, pois, a disposição do art. 614, II, do CPC, pelo que inagasalhável, no assunto em referência, o reclamo recursal deduzido!

Desprocede, por igual, a alegação de impenhorabilidade do bem constritado, já que dos autos ausenta-se qualquer elemento probante quanto a ser o questionado imóvel o único de propriedade do executado, além do que ele próprio reconhece não ter ali a sua residência, destinando-se à moradia de um irmão seu e respectiva família (fl. 9, autos de embargos).

E a Lei n. 8.009/90 tem por objetivo exclusivo proteger a entidade familiar, assegurando o direito de moradia àqueles que a integram, assim considerada a família, ou seja, mulher, ascendentes e descendentes do proprietário do bem penhorado e não todo e qualquer parente, como irmãos, sobrinhos, cunhados etc.

É por demais claro o próprio diploma de regência – Lei n. 8.009/90 – ao preceituar, em seu art. 1º, que:

“O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei”.

Para deixar claro em seu art. 5º que:

“Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”.

E, conforme enfatizado pelo próprio apelante, não está ele utilizando o bem como “moradia sua e de sua família”, fato esse que, *prima facie*, à míngua de provas que sustentem a versão por ele trazida aos autos, afasta-o da benesse legal da impenhorabilidade.

Ademais, nenhuma prova foi pelo apelante produzida a atestar ser o bem constritado o único de que dispõe ele.

Aliás, o fato de estar ele residindo em outro local gera a presunção de possuir o executado outra propriedade, haja vista não ter sido carreado aos autos nenhum indício probante quanto a residir ele em imóvel locado, como também não foi entranhada no processo nenhuma certidão imobiliária a subsidiar a afirmação de tratar-se o imóvel penhorado do único

bem de propriedade do devedor, ônus esse que, com exclusividade, incumbia-lhe.

Referente ao tópico em questão, valiosa é a lição de Arnaldo Marmit quando observa:

“A Lei n. 8.009/90 apenas estipulou a impenhorabilidade obrigatória de alguns bens, como a casa de moradia e os móveis que a guarnecem. Intencionou assegurar a dignidade do executado e de sua família, como objetivo superior. Nada justifica seja ela distorcida e deturpada.

“Tem aplicação restrita, pena de se adular seu espírito, de se livrar o devedor de qualquer execução, de se implantar a insegurança nas relações jurídicas e de se destruir todo o direito obrigacional.

“Não deve e não pode o referido diploma servir de instrumento para acobertar injustiças, favorecer maus pagadores e prejudicar credores que na atual sistemática já arrostam enormes dificuldades até receberem seus créditos, enfrentando uma verdadeira *via crucis*, com dissabores, decepções, despesas, perda de tempo, etc. A honestidade precisa ser enaltecida e a Justiça não poderá jamais compactuar com privilégios descabíveis, devendo corresponder aos litigantes honestos que batem às suas portas, confiantes de que seus direitos sejam restabelecidos” (Bem de Família: Legal e Convencional, Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995, p. 20).

De forma não discrepante, leciona Humberto Theodoro Júnior:

“A Lei n. 8.009, de 29-3-90, instituiu também a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, por qualquer dívida, salvo apenas as exceções de seus artigos 3º e 4º.

“Para os efeitos dessa impenhorabilidade a Lei n. 8.009 considera residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente (art. 5º). Havendo pluralidade de imóveis utilizados para aquele fim, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5º, parágrafo único)” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 16ª ed., Forense, 1996, p. 197).

Na jurisprudência catarinense, outro não é o rumo dado ao dispositivo legal sob enfoque, como se vê dos acórdãos a seguir:

“Agravo de instrumento. Bem de família. Lei n. 8.009/90. Imóvel único, porém não utilizado como residência permanente do executado, que mora em outro local. Penhorabilidade. Para que o imóvel seja considerado impenhorável, nos termos preconizados pela Lei 8.009/90, não basta ser o único da família, tem que ser também aquele em que ela efetivamente reside” (AI n. 10.320, rel. Des. Paulo Gallotti).

Não bastasse isso, o imóvel em questão foi dado pelo executado, em conjunto com sua mulher, como garantia hipotecária em favor do exequente, com vinculação expressa à cambial exequenda.

E, como já acentuou o Superior Tribunal de Justiça:

“Execução. Dívida garantida por hipoteca de imóvel. Penhora. Bem de família. Lei n. 8.009/90. Recurso inacolhido.

“São penhoráveis, por expressa ressalva contida no art. 3º, V, da Lei 8.009/90, os imóveis dados em garantia hipotecária da dívida exequenda” (REsp n. 34.813/RO, DJU de 2-8-93, p. 14.258, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

É também o entendimento pacificado neste Tribunal, consoante se tem dos acórdãos a seguir ementados:

“A impenhorabilidade decorrente da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, não é plena, consagrando exceções, entre elas a oriunda do art. 3º, item V, permitindo execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido pelo casal ou entidade familiar” (AI n. 6.888, de Biguaçu, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“A impenhorabilidade de que trata a Lei n. 8.009/90 não é oponível se o imóvel foi oferecido em garantia hipotecária (8.009, art. 3º, V)” (Ap. Cív. n. 1996.003713-6, de Porto União, rel. Des. Newton Trisotto).

“Bem de família — Impenhorabilidade inexistente porquanto oferecido pelo casal em garantia — Art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 — CPC, art. 655, § 2º — Recurso desprovido.

“Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre o bem dado em garantia.

“Não há impenhorabilidade de imóvel com base na Lei 8.009/90, se o casal hipotecou o bem, oferecendo-o em garantia, mesmo de terceiro” (AI n. 9.566, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva).

“Execução — Crédito com garantia hipotecária — Imóvel residencial — Penhora sobre o bem objeto da garantia — Alegação de impenhorabilidade por constituir bem de família — Irrelevância frente o disposto no art. 655, § 2º, do CPC, e art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 — Recurso não provido.

“Ao proprietário que grava imóvel residencial como garantia hipotecária a terceiro não cabe invocar a impenhorabilidade do bem, diante da expressa ressalva contida no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90” (AI n. 99.010397-8, de Araranguá, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Inviável, nos termos expostos, reconhecer-se a pretendida impenhorabilidade do bem dado em garantia hipotecária pelo apelante, com expressa anuência de sua cônjuge!

Noutro norte, se foi o apelante coagido a firmar a cártula exequenda, bem como a dar em garantia de dívida bem imóvel de sua propriedade, deveria ele fazer prova escorreita acerca de suas afirmativas a respeito, prova essa ausente, todavia, do caderno processual.

Já gizamos, a respeito:

“A coação, como causa de nulidade de um título de crédito, tem como pressuposto de caracterização uma promessa de ato injusto a ser exercido como reprimenda à desobe-

diência do coagido. A simples ameaça do credor de tomar, contra o devedor, as providências inerentes ao seu crédito, a fim de que ele componha débitos de sua responsabilidade, através da emissão de um novo título, não se constitui na ameaça integradora da coação, não gerando a nulidade do título de crédito assim obtido” (Ap. Cív. n. 99.005721-6, de Blumenau).

Mesmo porque, como já restou assentado:

“Embargos à execução. Alega da coação. Necessidade de arguição e anulação em processo próprio. Recurso improvido.

“A defesa com base em um dos vícios do ato jurídico, no caso, coação, não tem respaldo em sede de embargos à execução ou contestação, necessitando do contraditório e da ampla defesa em sede de ação própria” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.013879-2, rel. Des. Carlos Prudêncio).

É de se descartar, portanto, a nulidade do título sob execução por contaminado o ato de emissão por uma hipotética coação!

Apregoa o insurgente, igualmente, a nulidade da sentença rejeitatória dos embargos deduzidos em face da ocorrência do cerceamento de defesa, uma vez que inviabilizada, diante do julgamento prematuro da lide, a produção das provas pericial, documental e oral por ele pretendidas e que comprovariam suas alegações.

Entretanto, é de clareza meridiana o nosso Código de Processo Civil, ao dispor, em seu art. 740, parágrafo único, que:

“Não se realizará a audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental; caso em que o juiz proferirá sentença no prazo de 10 (dez) dias”.

Nos dizeres de Ernane Fidélis dos Santos, em sendo assim:

“Havendo necessidade, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (art. 740), que será dispensada se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, se a prova for exclusivamente documental (art. 740, parágrafo único)” (Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 2, p. 65).

Destarte:

“Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência” (STJ, REsp n. 1.344-RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 4-12-89).

Ou:

“Julgamento antecipado da lide – Pretendido cerceamento de defesa – Inocorrência – Matéria exclusivamente jurídica — Provas documentais satisfatórias.

“Não há que se falar em cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da causa, se tratando-se de matéria exclusivamente jurídica, caso era de pronto desate, sendo dispensável a produção de outras provas, além das documentais existentes nos autos” (RT 594/133).

Não dissentindo, enfatizou esta Corte:

“O conhecimento direto dos embargos à execução não importa em cerceamento de defesa se para o seu deslinde prescindir-se da produção de prova testemunhal ou pericial, sendo bastante o elenco documental carreado aos autos” (Ap. Cív. n. 44.756, de São José do Cedro, rel. Des. Eder Graf).

“Embargos do devedor — Processo de execução de título extrajudicial.

“Cerceamento de defesa, face o julgamento antecipado da lide, inócurre, por ser absolutamente desnecessária e inútil a produção de prova oral, na fase instrutória do feito, embora requerida em tempo hábil, ante a natureza do título cambial em execução, revestido de todos os requisitos legais, sob pena de converter-se em instrumento de protelação indesejável do processo de execução” (Ap. Cív. n. 21.466, rel. Des. Rubem Córdova).

“Embargos do devedor. Nota promissória. Título formalmente perfeito.

“Descaracterização pretendida. Prova testemunhal. Inviabilidade. Julgamento antecipado. Cerceamento inexistente. Inaceitável qualquer busca acerca da *causa debendi* através de prova testemunhal que não desnatura, é consabido, a certeza e liquidez de cambial formalmente isenta de vício” (Ap. Cív. n. 28.121, rel. Des. Xavier Vieira).

“A prova testemunhal é inútil e procrastinatória quando o título reveste-se dos requisitos formais de liquidez, certeza e exigibilidade” (Ap. Cív. n. 39.500, de Blumenau, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Inócurre, assim, o alegado cerceamento de defesa, uma vez que o convencimento do Julgador monocrático firmou-se à luz da documentação trazida aos autos (nota promissória e escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária), com a solução técnica emprestada ao litígio prescindindo por completo da produção de provas outras que não aquelas já existentes no feito.

Argumenta, mais, o postulante recursal, com o claro intuito de ver abaladas as características de liquidez, certeza e exigibilidade que cercam a promissória sob execução, que referido título traduz a prática de agiotagem por parte do apelado, posto haver-se originado ele, assim como a escritura pública de confissão de dívida e garantia hipotecária que o vincula, de sucessivos empréstimos por si tomados com o exequente, sobre cujos valores, solidificados na promissória questionada, foram aplicados juros onzenários.

Contudo, as alegações assim deduzidas não têm a subsidiá-las nenhum indício probante, por mais frágil que seja, não havendo vislumbre de irregularidades a macular a cártula trazida ao processo de execução.

E, como é primário no plano jurídico, a promissória, emitida com obediência de todas as formalidades legais extrínsecas, reveste-se das condições de liquidez, certeza e, em consequência, de exigibilidade.

Como título cambiário que é, a promissória vale por si só, mercê da literalidade e autonomia que lhe são emprestadas pela lei, pelo que não há

como condicionar-se a sua exigibilidade à prova, pelo credor, da causa do débito nela representado.

Ao devedor, faz-se certo, permite-se a discussão da causa motivadora da emissão da cambial, liberando-se ele do cumprimento da obrigação assumida, caso logre demonstrar a ilicitude ou a ausência da *causa debendi*.

Porém, o ônus exclusivo a respeito é do emitente, uma vez que, *ex vi legis*, a presunção de legitimidade milita em favor do credor, em decorrência da simples perfeição formal do título de crédito. E a prova a respeito impõe-se inequívoca, firme e precisa, não se prestando a tanto meras e improvas conjecturas.

Neste Pretório, já se fixou o entendimento de que:

“Processual — Audiência de instrução e julgamento — Ausência de uma das partes, após indeferido seu pedido de adiamento — Comparecimento a ato judicial em outro Estado, ocorrido três dias antes, que não lhe impedia de acudir à audiência previamente designada — Aplicação correta da pena de confesso — Art. 343, § 1º, CPC — Cerceamento de prova inocorrente.

“Nota promissória — Embargos do devedor — Autonomia, liquidez e certeza imanentes à cártula, somente ilididas diante de prova hábil a cargo do devedor — Embargos improcedentes — Apelo desprovido.

“Para subtrair-se à obrigação derivada da liquidez, certeza e exigibilidade de ordinário presentes no título de crédito, não basta ao devedor ale-

gar ilicitude na origem do quirógrafo. A prova para ilidir essa obrigação lhe compete e deve emergir robusta e convincente, sob pena de serem inexitosos seus embargos” (Ap. Cív. n. 1997.010964-4, de Rio do Sul, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Apelação cível. Embargos à execução. Notas promissórias. Discussão acerca da *causa debendi*. Simples conjecturas que não possuem o condão de elidir a autonomia, certeza e liquidez dos títulos. Recurso desprovido.

‘Se o devedor não demonstrar, através de elementos concludentes, a inexistência de causa da nota promissória, o credor, em contrapartida, não está obrigado a comprovar a origem do crédito nela representado porque o título encerra, pela sua natureza, um direito abstrato, apto, no seu vencimento, a tornar-se de pronto exigível. De todo aqui, a embargada, conquanto não estivesse obrigada a tanto, demonstrou, de modo plausível, os fatos que deram origem legítima ao crédito’ (Dr. Newton Janke)” (Ap. Cív. n. 1998.008237-4, de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).

Da mesma forma, assinalamos:

“Título essencialmente cambiário que é, a nota promissória, traz como ínsita a veracidade dos dados nela consignados, entre os quais a soma nela grifada como sendo a representativa do débito do emitente; a este, a lei propicia o direito de discutir a origem do título, bem como comprovar a não-correspondência da soma consignada com a realidade da dívida de sua responsabilidade, desde que

por elementos probantes hábeis, sob pena de prevalecer a literalidade e a autonomia que cercam a promissória” (Ap. Cív. n. 1998.016539-3, de Içara).

Debate o apelante, por derradeiro, a questão da cobrança, pelo exequente, de juros excessivos, grifando que os cálculos por este apresentados evidenciam a imposição, a tal título, de taxas elevadíssimas.

Em se tratando unicamente de juros moratórios, como na hipótese, inexistente convenção expressa em contrário, a taxa aplicável é a anual de 6%, já que a admissibilidade do dobro dessa taxa perpassa pela existência de ajuste expresso entre as partes.

Como já expusemos:

“Respalhada a executiva em notas promissórias, inexistente convenção a respeito da taxa de juros moratórios a serem aplicados, estes juros contam-se à taxa legal de 6% (seis por cento) ao ano, como resulta claro da dicção do art. 1.062 do Código Civil. Esses juros, havendo data de vencimento prefixada para o cumprimento da obrigação, contam-se, não a partir da data da propositura da ação de execução, mas sim das datas aprezadas para os vencimentos das cártulas” (Ap. Cív. n. 1997.006015-7, de Criciúma).

Destaca, a propósito, Washington de Barros Monteiro:

“Os juros moratórios podem ser legais ou convencionais. Permite o Código que as partes convençam a taxa dos juros moratórios até 12% anuais. Se, porém, não houver convenção, ela será de 6% ao ano” (Cur-

so de Direito Civil, 28ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 4, p. 338).

In casu, consoante evidencia o cálculo de fl. 2, o apelado, ao elaborar a planilha de evolução do débito inserido na inicial, ateu-se à incidência de juros moratórios de 0,5% ao mês, computando-os a partir da data de vencimento do título exequente até a da propositura da ação.

Muito embora não tenham sido convencionados esses juros de mora, incidem eles sempre que haja atraso no cumprimento da obrigação, ou, então, na devolução do capital mutuado.

Assim:

“Nota promissória. Juros moratórios. Ausência de convenção a respeito. Aplicação do art. 1.062 do CC.

“Em se tratando de nota promissória, os juros moratórios, ausente cláusula específica a respeito, regem-se pelo disposto no art. 1.062 do Código Civil, restando limitado à taxa anual de 6%” (Ap. Cív. n. 1998.015842/7, de Balneário Camboriú, relator o signatário).

No caso vertente, insistimos, não tendo sido convencionado o percentual dos juros de mora, correta a aplicação do percentual mensal de 0,5%, como feito pelo recorrido.

Nesse contexto, inexistente comprovação acerca de eventual taxa extorsiva de juros aplicada pelo credor, e tendo este provado a realidade do seu crédito, pelo próprio título que baliza o feito executivo deflagrado, inalbergável resulta o apelo deduzido!

III — Decisão

Nega-se, pois, provimento ao recurso assacado pelo executado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Fernando Carioni e Gastaldi Buzzi.

Florianópolis, 4 de setembro de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.000733-4, DA CAPITAL**Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ação cautelar inominada — Extinção sem julgamento de mérito, em razão de intempestividade do ajuizamento da lide principal — Inocorrência — Contagem do prazo peremptório de trinta dias a partir da efetivação da medida liminar — Desconstituição do processo afastada — Matéria eminentemente de direito — Julgamento per saltum — Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC — Pretensão cautelar dirigida ao restabelecimento dos sócios minoritários no exercício de função profissional coincidente com a atividade econômica da sociedade empresária até o deslinde de ação principal de dissolução parcial da pessoa jurídica e apuração de haveres — Pedido dirigido contra o ente personalizado e os sócios — Ilegitimidade passiva ad causam dos últimos — Efeitos de eventual sentença de procedência que sujeitam apenas à pessoa jurídica — Exclusão dos quotistas — Incidência do art. 267, VI, do CPC — Mérito — Exclusão dos empreendedores minoritários extrajudicialmente mediante deliberação do capital social majoritário — Inexistência de direito ao restabelecimento de funções de gerência e laborais preexistentes à alteração contratual — Fumus boni iuris ausente — 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 — Recurso provido e, no mérito, julgado improcedente o pedido inicial.

A efetivação da providência cautelar corresponde à sua implementação no plano fático por meio de uma limitação à liberdade de agir do requerido após sua regular cientificação a respeito da existência do provimento jurisdicional impositivo de uma deter-

minada conduta. Mesmo que a execução integral da medida liminar compreenda outros atos executórios tendentes ao seu cumprimento total, será o primeiro ato restritivo voltado à realização da ordem judicial que marcará a abertura do prazo para levar a juízo a lide principal e somente após regular comunicação dos requerentes quanto à implementação da cautela.

Todavia, no caso sub judice, a eficácia e real concretização dessa restrição aos direitos dos acionados somente ocorreu ao advento da segunda deliberação dada pelo juiz, determinando o cumprimento da liminar de depósito mensal do numerário em favor dos sócios minoritários, pois o primeiro despacho dado nesse mesmo sentido foi comando judicial em branco, uma vez que os requeridos não se sentiram restringidos ou intimidados, porque o juízo, naquela ordem inicial, omitira a inclusão de prazo e de sanção específica para a implementação da liminar, só o fazendo a posteriori, tornando efetiva e concreta a restrição imposta ao réu.

Assim, tanto quanto a morosidade do judiciário não pode ser imposta à parte, também não há computar o prazo para o intento da ação a partir de um marco inútil e concretamente ineficiente, uma vez que sequer o próprio réu sentiu-se intimidado ou restringido nos seus direitos, ante a liminar expedida sem poder de coerção ou caráter apenatório, devendo ser contado o prazo para o deflagre da ação principal do segundo comando, que exatamente ratificou e retificou o primeiro, dissolvendo as nebulosas e dissipando dúvidas, originadas da própria atuação jurisdicional.

Enquanto nas liminares auto-executórias a efetivação e concretização da medida se confundem, tal não ocorre naqueles casos em que a ordem judicial há de ser cumprida pelo requerido, in persona ou ante sua agilização, pois a implementação dá-se ao advento da mera ciência de uma determinação que impõe restrições, todavia, desde que, de modo efetivo, a realização da cautela não se aperfeiçoe totalmente.

Afastada a causa de extinção do processo, diante da tempestividade da ação principal, cuja petição inicial foi protocolada no prazo do art. 806 do CPC, impõe à Câmara, ao reconhecer esse erro in procedendo concernente à extinção do procedimento cautelar,

deliberar imediatamente sobre o mérito da lide, conforme determina a regra do art. 515, § 3º, do CPC, já que autorizado o julgamento per saltum nos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito quando a causa versar sobre matéria exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

De regra, a regular formação da pessoa jurídica confere-lhe uma personalidade distinta da de seus sócios, atribuindo-lhe uma autonomia patrimonial e independência funcional, na medida em que a própria sociedade empresária será a titular de suas obrigações negociais, processuais e daquelas que acarretam responsabilidade patrimonial (universitas distat a singulis — art. 20 do CC/16).

Os possíveis obstáculos colocados ao cumprimento do mandamento jurisdicional, derivados de uma alteração do contrato social, serão causa de uma obrigação pecuniária atribuída à pessoa jurídica, na proporção da responsabilidade a ela atribuída pelo descumprimento da medida liminar e eventual sentença de procedência do pedido cautelar, mas não fonte de obrigação direta dos sócios pela não realização dessa providência. O dano decorrente da conduta dos sócios, se for caso, acarretará uma responsabilidade em face da própria sociedade em sede de ação regressiva.

O processo cautelar preparatório assegura uma prevenção ao direito controvertido, ponderada a plausibilidade do interesse posto em juízo e à vista de um iminente perigo de dano irreparável, mostrando-se adequado o sacrifício do certo em favor do razoável, de modo a autorizar um provimento jurisdicional acautelatório dessa relevante pretensão a ser dirimida na lide principal, e que, acaso fosse necessária uma cognição exauriente sobre sua viabilidade, poderia tornar inútil qualquer atuação jurisdicional posterior.

A qualidade de sócio não confere ao quotista o direito de exercer sua atividade profissional na sociedade após sua exclusão do quadro societário. Alterado o contrato social e retirados os empreendedores minoritários por deliberação da maioria do capital social, uma vez inexistente previsão contratual no sentido que tal procedimento imprescindisse de unanimidade, o desligamento dos

sócios é automático, sendo desnecessária, de princípio, a intervenção judicial.

Mesmo existente litígio respeitante à apuração de haveres em favor dos sócios excluídos, tal discussão não confere direito ao restabelecimento da função laborativa anteriormente desenvolvida pelo quotista na atividade empresarial da sociedade requerida ou, ainda, o recebimento de pro labore anteriormente auferido em função do exercício da gerência.

Em foco, encontra-se em jogo a disponibilidade da sociedade empresária resolver sobre a quem conferirá o exercício da atividade por ela desenvolvida. Cuidando-se de um estabelecimento de ensino, é discricionário à pessoa jurídica escolher, entre os profissionais habilitados, quais deles desempenharão trabalho específico relativo ao exercício de sua atividade econômica. A simples qualidade de sócio, salvo disposição expressa no contrato social, não confere direito ao quotista de exercer seu ofício profissional em contrariedade com os interesses da própria sociedade empresária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.000733-4, da comarca da Capital (6ª Vara), em que são apelantes Paulo Ramalho Matta Júnior e outro, sendo apelados Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda. e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, afastando a extinção do processo, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, excluir da lide os sócios-requeridos, na forma do art. 267, VI, do CPC; e, no mérito, julgar improcedente o pedido inicial da medida cautelar inominada em relação à sociedade-requerida, condenando os requerentes ao pagamento das despesas

processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), consoante o disposto nos arts. 20, § 4º, e 269, I, ambos do CPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante a 6ª Vara Cível da comarca da Capital, Paulo Ramalho Matta Junior e Gilson Angelício da Silveira ajuizaram ação cautelar inominada contra Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda., Lucas Zancheta Ribeiro, Jairo Celso de Palma e Marisa Teresinha Costa, alegando que a qualidade de sócios obrigaria a primeira requerida a admiti-los como prestadores de serviços na sociedade, devendo ser mantida essa situação até o deslinde de futura ação de dissolução da sociedade e apuração de haveres.

Para tanto, aduziram que: a) constituíram juntamente com as demais pessoas físicas demandadas uma sociedade para “prestação de serviço pré-vestibular, aulas particulares, assessoria didático pedagógica e venda de material didático”; b) em razão do ministério de aulas exclusivo na sociedade, desligaram-se dessa atividade em outros estabelecimentos similares; c) seu rendimento era unicamente derivado da prestação de serviços à primeira requerida, auferindo um valor mensal de R\$ 4.000,00; d) em 15-4-02, houve a comunicação dos requerentes quanto à intenção dos demandados de excluí-los da sociedade, da proposta de pagamento de R\$ 50.000,00, parcelados em trinta e seis vezes para aquisição das cotas sociais de cada um dos postulantes, bem como a vedação de sua participação em qualquer evento escolar ou ministério de aulas no estabelecimento empresarial; e) após, houve a cessação do pagamento auferido mensalmente, a fim de obrigar os demandantes a ceder sua participação societária; f) o *fumus boni iuris* está na afronta ao seu direito de exercício profissional, enquanto o *periculum in mora* repousa na privação de proventos para sua subsistência.

Ao final, postularam a concessão de liminar para que fosse garantido “o regular exercício de suas atividades profissionais, ministrando suas aulas regularmente no ‘Colégio Tendência’, e sendo, conseqüentemente, mantidas suas remunerações até o julgamento final das ações principais apontadas” (fl. 6), bem como sua confirmação quando do julgamento de

mérito, arbitrado o ônus da sucumbência correspondente.

A liminar foi deferida, conferindo aos requerentes a manutenção mensal da última remuneração percebida, dispensada qualquer contraprestação mediante atividade docente no estabelecimento empresarial (fls. 98 e 99).

Citados os requeridos (fls. 101v. e 103v.) e arbitrada multa cominatória diária no valor de R\$ 500,00, para o caso de descumprimento da liminar (fl. 112), houve a apresentação de duas contestações.

A primeira, oposta por Jairo Celso de Palma e Marisa Teresinha Costa (fls. 114 a 160), pugnou pela improcedência do pedido inicial e pela revogação da liminar, sustentando: a) preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* das pessoas físicas; b) não há direito à percepção de pró-labore, pois desde a data de averbação da alteração contratual, que excluiu os postulantes na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, não mais possuem direito à retribuição por qualquer atividade desempenhada na sociedade, a não ser indenização por sua participação societária; c) a exclusão realizou-se segundo a previsão do contrato social, mediante prévia identificação dos dissidentes; e, ainda, d) a sociedade não pode pagar pró-labore a quem não mais integra seu quadro societário.

A segunda, por Tendência Assessoria Didático Pedagógica Ltda. e Lucas Zancheta Ribeiro, reproduzindo iguais argumentos da anterior resposta (fls. 142 a 160).

A seguir, sobreveio cópia de dois agravos de instrumento interpostos contra a decisão que concedera a liminar (fls. 162 a 182/185 a 206). Mantido o provimento preambular (fl. 210), e acoplados aos autos comprovantes de depósito judicial das verbas concedidas *initio litis* (fls. 214 e 215), sobreveio réplica dos requerentes (fls. 228 a 234).

Após, ascendeu aos autos petição dos requeridos arguindo a ausência da ação principal no prazo legal (fls. 236 a 240). Certidão da escriturã judicial no mesmo sentido (fl. 242).

Conclusos os autos, o Juízo de origem julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, ante a ausência da ação principal, conforme o disposto nos arts. 267, IV e 808, I, ambos do CPC (fls. 244 a 247).

Inconformados, a tempo e modo, apelaram os requerentes, aduzindo: a) o prazo decadencial para ajuizamento da lide conta-se a partir da efetivação da medida, que somente ocorrera em 26-7-02; b) a necessidade da concessão de efeito suspensivo em virtude da liminar conferir uma verba alimentar aos recorrentes; e, ainda, c) o provimento do recurso para anular a sentença proferida e dar-se continuidade à cautelar no juízo de origem.

Recebido o apelo em ambos os efeitos na data de 13-8-02 (fl. 25), sobreveio petição dos apelantes, pretendendo o seguimento do recurso com efeito suspensivo, conforme anterior pretensão dirigida a esse mesmo objetivo, via mandado de segurança, e

que fora liminarmente rejeitada neste Órgão *ad quem* (fls. 257 a 260).

Ato contínuo, ascendeu cópia de decisão exarada no bojo do Agravo de Instrumento n. 2002.010120-1, da Capital, interposto por Jairo Celso de Palma e Marisa Teresinha Costa, pela qual se obsteu o seguimento do recurso dirigido a desconstituir a liminar exarada na cautelar, uma vez ausente peça obrigatória (fls. 264 e 265).

Em seguida, cópia de novo agravo de instrumento, interposto por Têndência Assessoria Didático Pedagógica Ltda., voltado à reforma da decisão que recebera o apelo no efeito suspensivo (fls. 267 a 282), tendo o Juízo de origem retificado sua decisão preambular de admissão do apelo, recebendo-o apenas no efeito devolutivo (fl. 283).

Cientificados da restrição dos efeitos conferidos inicialmente ao recurso, peticionaram os apelantes-requerentes pela efetivação da liminar, ante a concessão de efeito ativo ao Agravo de Instrumento n. 2002.021712-9/0000-00, voltado à suspensão do *decisum* recorrido (fls. 287 e 288).

Indeferido o pleito dos recorrentes, ascendeu outra cópia de agravo de instrumento, interposto pelos demandados Jairo Celso de Palma, Marisa Terezinha Costa e Lucas Zancheta Ribeiro, dirigido à reforma da decisão que recebera a apelação em efeito suspensivo (fls. 291 a 306).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 307 a 312), sobreveio petição informando a interposição de agravo de

instrumento contra a decisão que restringiu os efeitos do apelo apenas em devolutivo (fls. 314 a 323), bem como cópia do comando que concedeu efeito ativo para suspender a sentença apelada (fls. 332 a 334).

Os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal.

Posteriormente, quando já estava o feito neste egrégio Tribunal, os apelantes pleitearam a extração de carta de sentença para o fim de executar a liminar, e que, segundo alegavam, não estava sendo cumprida pelos apelados-demandados (fls. 340 e 341).

Deferido o pleito pelo relator originário, Des. Cercato Padilha, vieram os autos conclusos a este signatário. Em seguida, por decisão monocrática, declinei do julgamento do apelo em razão de prévia deliberação em sede de agravo de instrumento relativo a essa matéria e mesmas partes, realizado pela Primeira Câmara de Direito Civil (fl. 345).

Em sessão, a colenda Primeira Câmara Civil não conheceu do recurso, determinando sua remessa a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 351 a 353).

É o relatório.

II — Voto

O recurso é conhecido e provido para afastar a extinção do processo cautelar em razão do ajuizamento intempestivo da lide principal, sendo de plano julgado improcedente o pedido inicial, a teor do art. 515, § 3º, do CPC.

A discussão aviada no apelo diz respeito à extinção de procedimento cautelar preparatório quando não ajuizada no prazo decadencial de trinta dias a ação principal correspondente.

Na espécie, após os sócios-apelados, titulares do capital social majoritário, deliberarem pela exclusão dos quotistas-apelantes, mediante arquivamento de alteração do contrato social, os últimos propuseram demanda cautelar preparatória de ação de dissolução judicial da sociedade com apuração de haveres e pedido liminar voltada ao restabelecimento de suas atividades laborais no estabelecimento empresarial-apelado e ao recebimento do pagamento de verba pecuniária a título de *pro labore*.

Deferida parcialmente a medida liminar em 2-5-02, determinou-se aos demandados o depósito mensal dos valores correspondentes ao último pagamento efetuado a cada um dos autores, mas sem qualquer contraprestação por parte destes, em favor da sociedade. O Juízo de origem, posteriormente, extinguiu a demanda preparatória porque não instaurada a ação principal no prazo decadencial de trinta dias após a efetivação da medida cautelar, considerada a data inicial da contagem do prazo aquela da juntada dos respectivos mandados de citação e cientificação da concessão da liminar (fls. 244 a 247).

Por sua vez, os recorrentes sustentaram o cumprimento parcial da liminar mediante o depósito de valores inferiores ao devido (26-6-02), devendo, se fosse o caso, somente dessa

data principiar o prazo peremptório para propositura da lide principal, de modo a não subsistir o decreto extintivo.

Nesse contexto, a controvérsia recursal cinge-se à averiguação do termo inicial para propositura da ação principal em sede de procedimento cautelar em que se defere a medida liminar, bem como se eventual intempestividade na propositura daquela acarretaria a extinção do processo cautelar, além da cessação de sua eficácia.

Regulamentando o assunto, o art. 806 do CPC estabelece a necessidade do ajuizamento da ação principal “no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”. Por efetivação da medida liminar, tem-se a sua realização por intermédio de uma restrição ao direito do requerido.

Com efeito, a efetivação da providência cautelar corresponderá à sua implementação no plano fático por meio de uma limitação à liberdade de agir do requerido após sua regular cientificação a respeito da existência do provimento jurisdicional impositivo de uma determinada conduta. Mesmo que a execução integral da medida liminar compreenda outros atos executórios tendentes ao seu cumprimento total, será o primeiro ato restritivo voltado à realização da ordem judicial que marcará a abertura do prazo para levar a juízo a lide principal.

Nessa ordem de idéias, de regra, em se tratando de medida cautelar que impôs uma obrigação de fazer relativa ao depósito de verbas pecu-

niárias em favor dos postulantes (sem contraprestação), o prazo peremptório para propositura da demanda principal iniciaria a partir do cumprimento do primeiro mandado judicial de cientificação para realização da providência deferida liminarmente, e sua respectiva juntada aos autos, mesmo que pendente divergência entre os litigantes sobre realização do provimento no plano material, pois a partir desse instante a cautela deferida *inaudita et altera pars* restringiu a liberdade de agir dos requeridos, mediante imposição da prática de um determinado ato.

J. J. Calmon de Passos, em comentário à extensão da expressão “efetivação da medida”, sublinha:

“O que é efetivação da medida? É sua execução. Vale dizer, é a tradução em fato do preceito contido na decisão que a deferiu. É o depósito do bem, ou a ciência da pessoa que deve praticar determinado ato ou fica inibida de realizá-lo etc. Este momento se documenta com a certidão do oficial de justiça no mandado expedido em decorrência da decisão, ou ato equivalente. Assim se documenta ele e pode ser processualmente considerado” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X — tomo I — arts. 796 a 812. São Paulo: RT, 1984, p. 213).

Luiz Fux assinala:

“Tratando-se de *medida* que implique a prática de *vários atos de efetivação*, conta-se o prazo, desde o primeiro ato de execução do provimento, não importando que a medida compreenda outros, efetuados em dias subse-

qüentes, ou a data da juntada aos autos do mandado. A exegese do dispositivo inspira-se na razão de que o prazo conta-se do momento em que surge uma restrição ao direito da parte contrária; por isso, se houve concessão de medida liminar, é a partir de sua efetivação que correm os 30 (trinta) dias.

“O início do prazo, exige, outrossim, ciência da parte a quem prejudica a concessão do provimento liminar: Assim, ‘em se tratando de medida liminar concedida em ação cautelar preparatória para que o promovido se abstenha da prática de determinados atos, a sua efetivação, para fins de contagem do prazo de que cuida o art. 806 do CPC, se dá quando o réu toma ciência da sua prolação’ [...]. Como se afirma em corriqueiro linguajar forense, ‘a contagem desse prazo não começa do despacho do juiz concedendo a liminar, mas do cumprimento desse despacho’” (*in* Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.264 e 1.265).

Com esse entendimento, muda-se o que deve ser mudado, vale registrar:

“Existindo restrição ao direito do réu, desde o primeiro ato de execução, deste conta-se o prazo, não importando que a medida compreenda outros, efetuados em dias subseqüentes. Releva, para fluência do prazo, o momento em que efetivada a medida e não aquele em que se juntou aos autos o mandado” (RSTJ n. 20/403 — Negrão, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor, 35ª ed., São Paulo: Saraiva,

2003, p. 821 — nota n. 5 do art. 806, lado esquerdo).

Nesse passo, cumpre frisar a distinção entre a efetivação da medida liminar e o percebimento material do benefício pretendido com essa providência cautelar. A primeira denota sua implementação e representa o marco inicial para o ajuizamento da lide principal. O segundo, o exaurimento do provimento jurisdicional cautelar, ou seja, a manifestação fática da pretensão concedida liminarmente que pode ou não ocorrer na vida real.

Enquanto no bojo de um provimento judicial executivo *lato sensu* a efetivação da medida é concomitante com sua própria execução no plano da realidade (*v.g.* concessão de uma cautela liminar para derrubada de um muro e sua realização por oficial de justiça via mandado pessoal), no curso de uma providência liminar determinativa de uma conduta ou abstenção (mandamental), a sua realização será a simples cientificação desse fazer ou não fazer, pois dessa ciência já haverá restrição à liberdade de agir do demandado, mesmo que ele não cumpra a obrigação judicial que lhe fora imposta (crime de desobediência). Em verdade, o descumprimento da ordem não desfigura a efetivação da medida liminar, somente sujeitando o rebelado a outras providências dirigidas à sua coerção para cumprimento da cautela (art. 461 do CPC).

Dessa forma, mesmo que ao tempo da primeira intimação dos demandados para realização da liminar eles não a tenham realizado, conduzindo à fixação de multa cominatória

para coagi-los ao cumprimento do mandamento jurisdicional, de princípio, a implementação da liminar teria-se dado ao tempo dessa cientificação, não configurando os atos posteriores, dirigidos à sua realização material, uma representação da efetivação propriamente dita e termo inicial para contagem do prazo para instauração da lide principal.

Da realidade dos autos, colhe-se que os mandados de citação e intimação dos requeridos após o interlocutório inicial que concedera a liminar— sem prazo para o seu cumprimento — (fls. 103 a 105) foram juntados em 15-5-02, enquanto que os primeiros depósitos judiciais realizaram-se em 26-6-02, ou seja, apenas após a cientificação dos demandados para realização da ordem, via novo mandado judicial, aperfeiçoado em 24-6-02, do qual constava advertência para perfazimento da medida liminar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena do pagamento de multa cominatória diária de R\$ 500,00 (fl. 216v.).

Em que pese, à época, persistir controvérsia sobre o aperfeiçoamento integral da liminar, o prazo para o ajuizamento da ação principal iniciaria da juntada dos mandados de intimação para seu cumprimento, e que foram colacionados em 14-5-02 e 15-5-02 (certidão de fl. 100v.), enquanto que a implementação deu-se em 13-5-02.

Logo, se fosse contado o prazo da colação do primeiro mandado de intimação da liminar, a ação principal teria sido ajuizada intempestivamente, uma vez que instaurada em 26-7-02,

ou seja, a setenta e dois dias além da efetivação da medida cautelar (art. 806 do CPC).

Contudo, no presente caso, o destempo da demanda principal deve ser relevado, contando-se o trintídio apenas do término do prazo de quarenta e oito horas, conferido no mandado de intimação relativo à multa cominatória posteriormente arbitrada em função do descumprimento da liminar.

Na espécie, não era simples a averiguação do momento da efetivação da medida, ante o teor do primeiro provimento jurisdicional proferido em face da ausência de prazo específico para a sua implementação e também da omissão de previsão de uma multa, explicitando um reflexo direto ao patrimônio ou à própria pessoa dos demandados em caso de descumprimento. É bem verdade que, na ausência de lapso temporal específico para realização da cautela, ele seria de 5 (cinco) dias, a teor do prescrito no art. 185 do CPC, enquanto que, na falta de referência a outra consequência, implicitamente estaria evidenciada uma coerção penal derivada da desobediência do comando judicial.

Todavia, a concessão de um provimento jurisdicional liminar em branco, sem a cominação de uma sanção material na livre disposição patrimonial/pessoal dos demandados, torna extremamente tênue a fronteira entre o que seria a *efetivação da medida liminar*, como já definido alhures, e a sua própria *concretização no plano fático*, mesmo que de forma indireta.

Em outras palavras, no caso *sub judice*, a eficácia e real concretiza-

ção desta restrição aos direitos dos acionados somente ocorreu ao advento da segunda deliberação dada pelo juiz, determinando o cumprimento da liminar de depósito mensal do numerário em favor dos sócios minoritários, pois o primeiro despacho dado nesse mesmo sentido foi *comando judicial em branco*, uma vez que os requeridos não se sentiram restringidos ou intimidados, porque o Juízo, naquela ordem inicial, omitira a inclusão de prazo e de sanção específica para a implementação da liminar, o que só fez *a posteriori*, tornando efetiva e concreta a restrição imposta ao réu.

Assim, tanto quanto a morosidade do judiciário não pode ser imposta à parte, também não há computar o prazo para o intento da ação a partir de um marco inútil e concretamente ineficiente, uma vez que sequer o próprio réu sentiu-se intimidado ou restringido, nos seus direitos, ante a liminar expedida, sem poder de coerção ou caráter apenatório, devendo ser contado o marco para o deflagre da ação principal do segundo comando, que exatamente ratificou e retificou o primeiro, dissolvendo as nebulosas e dissipando dúvidas originadas da própria atuação jurisdicional.

Diante da perplexidade que essa modalidade de tutela causa, é escusável a compreensão levada a efeito pelos demandantes quando relevaram para o ajuizamento da lide principal apenas a data em que efetivado o primeiro depósito relativo à verba conferida liminarmente, e que apenas teve implementação no prazo concedido no segundo mandado, quando im-

posta uma obrigação de pagar multa cominatória (R\$ 500,00 ao dia), caso os requeridos recalcitrassem em não adimplir a ordem judicial anteriormente imposta após quarenta e oito horas da intimação.

Nessa ordem de idéias, o estado de incerteza concernente à efetivação da medida, uma vez não realizada pelos demandados e não adotada, *ab initio*, qualquer *astreinte* dirigida à coerção moral/patrimonial dos réus para cumprimento da medida, abre espaço para uma relativização da contagem do trintídio legal para averiguação do implemento do prazo peremptório de instauração da lide principal, mormente quando duvidoso o exato momento da concretização da providência jurisdicional no plano fático.

Por conclusão, enquanto nas liminares auto-executórias a efetivação e concretização da medida se confundem, tal não ocorre naqueles casos em que a ordem judicial há de ser cumprida pelo requerido, *in persona* ou ante sua agilização, pois a implementação dá-se ao advento da mera ciência de uma determinação que impõe restrições, todavia, desde que de modo efetivo a realização da cautela não se aperfeiçoe totalmente.

Com esse mesmo entendimento, a então Quarta Câmara Civil, em acórdão da relatoria do eminente Des. Trindade dos Santos, assim decidiu:

“Cautelar. Exibição de documentos. Liminar não executada. Extinção, em face de não atendimento ao art. 806 do CPC. *Decisum* desconstituído. Apelo, para tanto, agasalhado. Nos moldes do art. 806 do CPC, con-

cedida a cautelar em procedimento preparatório, a ação principal deverá ser promovida no interregno de 30 dias após a execução da medida. *Concedida a exibição de documentos liminarmente, mas não tendo havido a sua execução, restrição alguma foi imposta ao direito da parte adversa, pelo que não se justifica a extinção da ação acautelatória*” (grifou-se) (Ap. Cív. n. 2000.005951-0, de Tijucas, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assim, o termo *a quo* é aquele relativo ao primeiro depósito judicial (26-6-02), ocorrido no prazo de quarenta e oito horas concedido no mandado de advertência da imposição da multa cominatória, enquanto o ajuizamento da ação de dissolução e apuração de haveres, segundo o SAJ — Sistema de Automação do Judiciário — realizou-se em 26-7-02, portanto, no prazo de trinta dias conferido no art. 806 do CPC.

Muito embora não exista transcurso automático de prazos processuais, impondo sua instrumentalização nos autos mediante a colação do respectivo mandado para início de sua contagem, na espécie, torna-se irrelevante essa observação, na medida em que o depósito dos valores foi judicial e deu-se em data anterior à junta da da certidão do oficial de justiça, devendo desse marco principiar o trintídio para ajuizamento da lide principal, já que cumpre ao demandante fiscalizar a realização da cautela (STJ-EResp n. 74716/PB, rel. Min. Waldemar Zveiter. Segunda Seção. j. 29-9-00, por maioria).

Mudado o que deve ser mudado, vale a lição de Humberto Theodoro Júnior, observado para hipótese que o efeito da juntada do respectivo mandado antecipou-se ante a realização da medida nos próprios autos, via depósito judicial:

“Na verdade, os atos processuais cumpridos fora da sede do juízo configuram *atos complexos*, cujo aperfeiçoamento só se perfaz quando se opera sua documentação no bojo dos autos. Destarte, a intimação por mandado começa quando é expedida a ordem judicial de comunicação processual e somente se consuma quando o último ato da diligência se realiza, ou seja, quando o escrivão, pelo termo da juntada, certifica nos autos o retorno do mandado cumprido pelo oficial de justiça” (*in* Curso de processo civil: processo de execução e cautelar. 22ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 279).

Ademais, mesmo que a demanda principal fosse intempestiva, em se tratando de ação cautelar restritiva de direito em que deferido um provimento liminar, o não ajuizamento da lide principal no prazo de 30 (trinta) dias após a efetivação da medida acarretaria apenas a cessação de sua eficácia, cumprindo ao juízo deliberar sobre o mérito do litígio cautelar posto em discussão judicial.

Além disso, em que pese o tratamento até então dispensado ao presente litígio denotar uma tutela cautelar, inclusive sendo examinado nesta instância por esse prisma, não haveria óbice em classificar o pleito inicial como tutela específica, independente-

mente de eventual pretensão dirigida à dissolução da sociedade e apuração de haveres, de modo a dispensar o ajuizamento de uma lide principal (art. 461 do CPC).

Não obstante esse último fundamento, afastada a causa de extinção do processo, diante da tempestividade da ação principal, cuja petição inicial foi protocolada no prazo do art. 806 do CPC, impõe à Câmara, ao reconhecer esse *error in procedendo*, concernente à extinção do procedimento cautelar, deliberar imediatamente sobre o mérito da lide, conforme determina a regra do art. 515, § 3º, do CPC, já que autorizado o julgamento *per saltum* nos casos de extinção do processo sem apreciação do mérito quando a causa versar sobre matéria exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

In casu, trata-se de ação cautelar dirigida à readmissão dos postulantes no exercício docente no estabelecimento de ensino da sociedade empresária demandada, bem como ao percebimento das verbas relativas a esse mister enquanto não efetivada a dissolução judicial e apuração de haveres decorrentes da exclusão dos requerentes do quadro societário.

Os requerentes dizem-se titulares desse direito na medida em que se filiaram a uma atividade empresarial, na qualidade de sócios, por ocasião de sua qualificação profissional como professores e no efetivo exercício da docência. Logo, o único mercado de trabalho disponível seria o da própria sociedade empresária requeri-

da, uma vez inacessíveis os demais estabelecimentos de ensino, ante a indisposição de outros colégios admiti-los para o ministério de aulas enquanto sócios de um concorrente direto.

Preliminar ao mérito do litígio, os requeridos Jairo Celso de Palma, Marisa Teresinha Costa e Lucas Zanchetta Ribeiro, na qualidade de sócios do estabelecimento empresarial requerido, aduziram ilegitimidade passiva *ad causam*, já que apenas a sociedade deveria figurar no pólo passivo da demanda.

No caso concreto, a legitimidade passiva *ad causam* da sociedade empresária decorre de sua sujeição direta aos efeitos de um provimento positivo da pretensão exposta na inicial, já que da procedência do pedido, para restabelecimento do exercício da atividade docente dos requerentes em seu estabelecimento de ensino e pagamento de verba pecuniária respectiva, necessariamente advirá a obrigação dos sócios-gerentes, representando a pessoa jurídica, de aperfeiçoar o comando judicial.

Por outro vértice, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, os demais quotistas são parte ilegítima para figurar no pólo passivo, uma vez que eventual sujeição da sociedade aos ditames da coisa julgada não lhes atribui nenhuma responsabilidade direta.

Eventual possibilidade de o contrato social, por deliberação dos sócios, criar embaraço ao cumprimento da ordem judicial não faz necessária a inclusão deles no pólo passivo da lide,

já que não estarão pessoalmente submetidos aos efeitos da decisão, e, sim, a pessoa jurídica de que são quotistas, que, acaso não cumpra a medida judicial, suportará o prejuízo decorrente dessa conduta antijurídica (art. 20 do CC/16).

Os possíveis obstáculos colocados ao cumprimento do mandamento jurisdicional, derivados de uma alteração do contrato social, serão causa de uma obrigação pecuniária atribuída à pessoa jurídica, na proporção da responsabilidade a ela atribuída pelo descumprimento da medida liminar e de eventual sentença de procedência do pedido cautelar, mas não fonte de obrigação direta dos sócios pela não realização dessa providência ou não remuneração dos requerentes. O dano decorrente da conduta dos sócios, se for o caso, no máximo, acarretar-lhes-á uma responsabilidade em face da própria sociedade, em sede de ação regressiva.

Aqui não se cuida de litígio voltado à dissolução judicial da sociedade em que é predominante o entendimento no sentido de que o pedido de desfazimento parcial ou total do ente personalizado deve ser dirigido contra os demais sócios e não em relação à própria sociedade, mas sim de pretensão voltada a uma conduta positiva da entidade empresarial, representada por sócio-gerente ou dirigente, e que, em caso de descumprimento, origina responsabilidade da pessoa jurídica, mediante oneração de seu patrimônio, excluída qualquer decorrência direta sobre os quotistas do ente personalizado.

Portanto, a condição de ação respeitante à legitimidade passiva *ad causam* deve ser aferida segundo a possibilidade abstrata daquele que for chamado a juízo sujeitar-se aos efeitos diretos decorrentes da sentença.

Arruda Alvim esclarece, anotando:

“O problema da legitimação *ad causam* é explicável como sendo a atribuição, por lei ou pelo sistema, do direito de ação, ao autor, bem como, de outro lado, a igual e passível sujeição do réu aos efeitos jurídico-materiais, decorrentes da sentença, que haja por bem julgar a ação. A legitimação *ad causam*, desta forma, está diretamente ligada à circunstância de os legitimados *ad causam* deverem ser os que suportarão os efeitos oriundos da sentença, sejam-lhes estes favoráveis, ou não. Legitimados *ad causam* são os que hão de ser validamente atingidos pelos efeitos da sentença e atingidos pela coisa julgada” (*in* Tratado de direito processual civil. 2ª ed., vol. 1 — arts. 1º a 6º. São Paulo: RT, 1990, p. 350).

Assim, somente aqueles diretamente expostos aos ditames da coisa julgada é que devem figurar na relação processual. Na lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“Da definição da sociedade empresarial como pessoa jurídica derivam conseqüências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado [...]. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações [...]. Quanto à titularidade proces-

sual, a personalização da sociedade empresária importa a definição da sua legitimidade para demandar e ser demandada em juízo. Nos processos relacionados às suas obrigações, a parte legítima para mover ou responder a ação é a própria pessoa jurídica da sociedade, e não os seus sócios” (*in* Curso de direito comercial. 2ª ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14).

De regra, a regular formação da pessoa jurídica confere-lhe uma personalidade distinta da de seus sócios, atribuindo-lhe uma autonomia patrimonial e independência funcional, na medida em que a própria sociedade empresária será a titular de suas obrigações negociais, processuais e daquelas que acarretam responsabilidade patrimonial (*universitas distat a singulis* — art. 20 do CC/16).

Logo, os quotistas devem ser excluídos do pólo passivo da demanda cautelar, remanescendo o litígio entre os requerentes e a sociedade empresária, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Passado esse ponto, a controvérsia de mérito está disposta na exclusão dos sócios minoritários, e a sua pretensão dirigida ao reestabelecimento preventivo de atividade docente no estabelecimento empresarial, bem como a manutenção de suas remunerações até o advento de deliberação judicial sobre o pedido de dissolução parcial da sociedade e de apuração de haveres em favor dos postulantes, em sede de ação principal.

Com efeito, a aparência do direito alegado pelos demandantes não se mostra presente a ponto de

conferir-lhes uma tutela cautelar para forçar a apelada-requerida a reestabelecer suas contratações para prestação de serviço profissional na sociedade empresária, mediante remuneração dessa atividade no estabelecimento empresarial.

Na espécie, consta do contrato social e das sucessivas alterações que o segundo requerente, Gilson Angelício da Silveira, somente ingressou na sociedade a partir da primeira alteração do contrato social — em 25.11.1999 — na qualidade de sócio-gerente (cláusula décima — fl.16) percebendo 25% do capital, representado por 6.250 cotas, que contabilizavam igual valor monetário. No mesmo ato convencionou-se o pagamento de *pro labore*, aos sócios-gerentes, em quantia a ser estipulada pela maioria absoluta do capital social (cláusula 11ª — fl.16).

Na terceira alteração do contrato social ingressou no quadro societário o requerente Paulo Ramalho Matta Júnior, sem a qualidade de sócio-gerente, distribuindo-se 5.000 (cinco mil) cotas entre 5 (cinco) sócios, totalizando um capital social de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), representado por 25.000 (vinte e cinco mil) cotas.

Em 1º-11-01, houve a quarta alteração contratual, mantendo-se os requerentes no quadro societário, substituído o sócio Jairo Celso Palma pelo quotista Lucas Zanchetta Ribeiro (fl. 27 — cláusula 1ª) na gerência da sociedade empresária, devendo ele e o segundo requerente, conjuntamente, praticar os atos de administração da

sociedade empresária (cláusula 9ª — fl. 29).

Na data de 23-4-02 sobreveio a “primeira alteração da consolidação”, em que os sócios Jairo Celso de Palma, Marisa Teresinha Costa e Lucas Zanchetta Ribeiro, representando 60% do capital social, produziram alteração do contrato social excluindo os requerentes Gilson Angelício da Silveira e Paulo Ramalho Matta Júnior do quadro de quotistas, constando os seguintes argumentos:

“Cláusula primeira — Os sócios Gilson Angelício da Silveira e Paulo Ramalho Matta Júnior, por conclusão dos sócios representantes da maioria do capital social, acima discriminados, e em função do desaparecimento do *affectio societatis* que mantinham com os mesmos, em decorrência de desinteligências havidas entre as partes, as quais estavam prejudicando a subsistência da própria sociedade, são, desta forma, excluídos do quadro social”.

“Cláusula segunda: Para efeitos de legalidade do presente ato, discrimina-se a conduta dos sócios excluídos que ocasionaram a desintegração do *affectio societatis* com os demais sócios: — restrições bancárias sofridas pela sociedade em função de inscrição do nome dos sócios excluídos em sistemas de proteção ao crédito (SPC e/ou Serasa); discussões constantes havidas em assembleias gerais ordinárias; distanciamento dos sócios excluídos da atividade principal da sociedade; dificuldades sofridas pela sociedade na aprovação de projetos de expansão do número de alu-

nos, por discordância dos sócios excluídos, impedindo o crescimento; falta de aplicação dos sócios no exercício de suas funções, entre outros motivos” (p. 138 e 139).

Da exclusão dos sócios minoritários adveio a presente ação, voltada ao reestabelecimento preventivo dos requerentes-apelantes à atividade docente no estabelecimento empresarial, bem como a manutenção de suas remunerações até definitiva deliberação judicial sobre o pedido de dissolução parcial da sociedade e apuração de haveres em favor dos postulantes.

Nesse contexto, a solução do litígio cautelar está na definição da extensão dos direitos conferidos ao sócio em virtude da simples qualidade de quotista, do exercício de atividade de gerência, ou, ainda, do empreendimento de uma prática profissional na sociedade, representando uma relação empregatícia com o ente personificado.

In casu, o demandante Gilson Angelício da Silveira detinha, até sua exclusão, a qualidade de sócio-gerente, enquanto o requerente Paulo Ramalho Matta Júnior era apenas um quotista da sociedade empresária sem exercer ato de gerência.

Com efeito, na formação de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, seja pelo ingresso originário ou ulterior no quadro societário, de regra, atribui-se ao quotista o direito de participar do resultado social, fiscalizar a gestão da empresa, contribuir para as deliberações sociais e retirar-se da sociedade. Todavia, o

principal direito é aquele dirigido ao rateio do lucro advindo da atividade societária, de modo a remunerar o capital investido para constituição da sociedade empresária (cf. Coelho, *op. cit.*, p. 412).

Por sua vez, o sócio dirigente escolhido mediante deliberação no contrato social suplanta uma verba denominada *pro labore*, relativa à remuneração devida em razão do desempenho de uma atividade voltada à gerência da empresa. Logo, o *pro labore* corresponde à gestão diretiva da sociedade empresária, atribuindo ao sócio responsável pela administração do empreendimento uma contraprestação pecuniária em virtude do desempenho dessa função. Contudo, essa verba não se confunde com os dividendos distribuídos a partir do lucro auferido com a atividade empresarial.

Já o sócio empregado não possui, em razão dessa condição, nenhum outro direito que não aqueles conferidos aos demais quotistas de modo genérico no contrato social. Desempenhada uma função empregatícia na sociedade, que não a de gerência especificada no contrato social, o sócio deverá perceber uma remuneração concernente à atividade desenvolvida, sem que isso represente um *pro labore*, mas apenas uma contraprestação devida da atividade laborativa, como também deveria ser retribuída se realizada por terceiros.

Fábio Ulhoa Coelho leciona a respeito, dizendo:

“No plano conceitual, os lucros remuneram o capital investido na sociedade. Todos os sócios, empreendedores ou investidores, têm direito ao

seu recebimento, nos limites da política de distribuição contratada entre eles. Já o *pro labore*, ainda no plano dos conceitos, remunera o trabalho de direção da empresa. Seu pagamento, assim, deve beneficiar apenas os empreendedores, que dedicaram tempo à gestão dos negócios sociais. No plano jurídico, a distinção assume contornos exclusivamente formais, e se afasta da pureza conceitual. Quer dizer, os lucros, quando distribuídos, são devidos a todos os sócios; o *pro labore*, ao sócio ou sócios que, pelo contrato social, tiverem direito ao seu recebimento. Em decorrência da rigidez formal da regra, o sócio investidor, que não trabalha na gestão da empresa, mas que é nomeado, no contrato social, como titular de direito a *pro labore*, deve receber o pagamento. Em contrapartida, o empreendedor que exerce a gerência, mas não é lembrado, no contrato social, como titular do direito ao *pro labore*, não o pode receber” (*op. cit.*, p. 414 e 415).

No parágrafo adiante conclui:

“Os lucros remuneram o investimento, e o *pro labore* a contribuição ao gerenciamento da empresa. Quando deliberada a distribuição dos lucros, todos os sócios têm direito ao recebimento de sua parte. Já o *pro labore* só é devido ao sócio, ou sócios, com direitos ao seu recebimento mencionado no contrato social” (*op. cit.*, p. 415).

Mesmo existente litígio respeitante à apuração de haveres em favor dos sócios excluídos, tal discussão não confere direito ao reestabelecimento da função laborativa anterior-

mente desenvolvida pelo quotista na atividade empresarial da sociedade requerida ou, ainda, o percebimento de *pro labore* anteriormente auferido em função do exercício da gerência.

Sobre esse assunto, também dissertou Fábio Ulhoa Coelho, valendo ainda seu escólio quando observa:

“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. Pois então, durante esse prazo, o sócio, em relação ao qual a sociedade foi dissolvida, ou o sucessor do sócio morto, tem quais direitos perante a sociedade? Pode reclamar sua parte nos lucros, continuar recebendo *pro labore*, intervir nas decisões sociais etc.” (*op. cit.*, p. 451).

“A referência ao objeto do litígio — desaparecimento do vínculo societário ou o valor do crédito, por restituição ou reembolso — é, por outro lado, essencial para definir os direitos que os demandantes titularizam uns perante os outros, enquanto corre o processo [...] se a ação versa sobre a ocorrência ou não da dissolução parcial, enquanto não decidida a controvérsia, permanecem válidos e eficazes os termos do contrato social. Isso significa que o sócio continua tendo direito ao recebimento de lucros (se distribuídos estes) e *pro labore* (se contemplado com o seu pagamento, no contrato social), bem como de participar das deliberações sociais e fiscalizar a gestão

da empresa. [...] Já, na hipótese de estar superada a questão do desfazimento do vínculo, e litigando as partes apenas sobre os critérios de definição do *crédito* do antigo sócio, ou seu sucessor, o correto é considerar que não existe mais a participação. Aqui, enquanto transcorre o processo [...] não titulariza mais direitos de sócio: não recebe participação nos lucros, *pro labore*, juros sobre o capital, nem pode influir nas decisões sociais ou fiscalizar a gerência” (*op. cit.*, p. 452 e 453).

Nessa medida, a qualidade de sócio não confere ao quotista o direito de exercer sua atividade profissional na sociedade após sua exclusão do quadro societário. Alterado o contrato social e retirados os empreendedores minoritários do quadro societário por deliberação da maioria do capital social, uma vez inexistente previsão contratual no sentido que tal procedimento imprescindisse de unanimidade, o desligamento dos sócios é automático, dispensando, de princípio, a intervenção judicial.

Além disso, a autonomia da vontade é princípio basilar da relação negocial. Dela deriva a liberdade de as partes determinarem os efeitos contratuais à relação contratual, desde que não contrariem norma cogente, bem como a faculdade de cada um dos contraentes regular seus próprios interesses, mediante o aperfeiçoamento de um contrato e, conseqüentemente, desvincular-se desse ajuste segundo seu regular desfazimento, ou de forma irregular, sujeitando-se nessa

hipótese às conseqüências dessa conduta não apropriada.

Nessa ordem de idéias, os contratos de prestação de serviço de caráter continuado e prazo indeterminado colocam à mercê de qualquer dos contraentes um direito potestativo de unilateralmente desligarem-se da relação obrigacional, extinguindo o vínculo jurídico até então existente e que antes era de seu interesse e doravante não o é mais. Nesses mesmos negócios jurídicos, mas de prazo certo, implementado o termo previsto no ajuste ou utilizado procedimento específico nele previsto para sua extinção, é igualmente possível o desfazimento do negócio mediante denúncia unilateral do pactuado, sem prejuízo da apuração de eventual indenização por perdas e danos, acaso devida.

Logo, seja em sede de uma relação negocial civil, em que ninguém é obrigado a contratar, seja no bojo de um vínculo empregatício trabalhista, não se pode coagir uma das partes negociantes a manter uma relação jurídica contrária a seus interesses, quando ela dispôs de uma legítima faculdade contratual para desligar-se do pactuado.

Em foco, encontra-se em jogo a disponibilidade de a sociedade empresária resolver sobre a quem conferirá o exercício da atividade por ela desenvolvida. Cuidando-se de um estabelecimento de ensino, é discricionário à pessoa jurídica escolher, entre os profissionais habilitados, quais deles desempenharão trabalho específico relativo ao exercício de sua atividade econômica. A simples qualidade

de sócio, salvo disposição expressa no contrato social, não confere direito ao quotista de exercer seu ofício profissional em contrariedade com os interesses da própria sociedade empresária.

Essa é a máxima expressão da titularidade obrigacional derivada da personificação da pessoa jurídica, na medida em que a ela, e não aos sócios, confere-se o direito de estabelecer os vínculos contratuais ou extracontratuais “originados da exploração da atividade econômica” concernente à contratação com “fornecedores, consumidores, empregados, locador, físico, etc.” (Coelho, *op. cit.*, p. 14).

Fernando Noronha, ao discorrer sobre os direitos potestativos, enfatiza:

“Potestativos são os direitos que permitem a uma pessoa a simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse. [...] o exercício do direito do titular depende exclusivamente do seu arbítrio, este tem um poder verdadeiramente absoluto [...]. Nestes direitos subjetivos, as pessoas que ocupam a posição passiva não podem fazer nada para impedir se produzam as mudanças jurídicas que são conseqüência da manifestação de vontade do titular.

“[...] No direito do Trabalho, típico direito potestativo é o do patrão de dispensar um empregado (CLT, art. 482). [...] No âmbito do Direito das Obrigações, são significativos direitos

potestativos o de resolução de contrato por inadimplemento da contraparte (art. 475, o de revogar procuração (art. 682, I), o direito de retrovenda (art. 505), o de revogação de doações por ingratidão do donatário (arts. 555 e s.), o de escolha da prestação nas obrigações genéricas (art. 244) e alternativas (art. 252), o de *denúncia de contratos celebrados por tempo indeterminado* [...].

“Devido ao fato de o direito potestativo atribuir ao respectivo titular o poder, por manifestação unilateral de sua vontade, alterar situações jurídicas de que participam outras pessoas, ele só pode existir onde seja previsto pelo próprio ordenamento jurídico, ou onde ele houve sido estipulado em contrato, atendidos os limites da liberdade contratual” (grifou-se) (*in* Direitos das obrigações. Fundamentos do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 56 a 58).

Portanto, a coerção judicial da apelada-requerida a admitir os apelantes-requerentes no exercício de docência no estabelecimento empresarial, mediante remuneração mensal, não se apresenta razoável, na medida em que o direito do qual se dizem titulares os pretendentes da cautela não lhes confere uma tutela para obrigar o acatamento dessa prestação de serviço, nem mesmo quando preparatória de eventual ação principal voltada à apuração de haveres em favor deles.

O processo cautelar preparatório assegura uma prevenção ao direito controvertido, ponderada a plausibilidade do interesse posto em juízo e à

vista de um iminente perigo de dano irreparável, mostrando-se adequado o sacrifício do certo em favor do razoável, de modo a autorizar um provimento jurisdicional acautelatório dessa relevante pretensão a ser dirimida na lide principal, e que, acaso fosse necessária uma cognição exauriente sobre sua viabilidade, poderia tornar inútil qualquer atuação jurisdicional posterior.

Dado esse contexto, a extinção do contrato mediante denúncia unilateral de uma das partes independe da vontade da outra. É direito potestativo de quaisquer dos contraentes desligar-se da obrigação pactuada, na forma como contratada, e respeitadas as normas de regência (art. 473, CC). Se o proceder do outro contratante ocorreu-se regular, ou irregularmente, a discussão sobre as conseqüências dessa conduta deverá ser travada no procedimento jurisdicional adequado à solução dessa contenda, voltado à definição dos reflexos de uma conduta contratual ilegítima.

Em verdade, a manutenção do contrato, a não ser por impedir uma sobreposição de incerto e futuro prejuízo aos apelantes, em razão de plausível indisposição de concorrentes em admiti-los no âmbito de sua qualificação profissional (docência), já que anteriormente integrantes do quadro societário de pessoa jurídica voltada a essa mesma atividade (concorrência direta), não conduz a qualquer acautelamento de um direito que influencie no deslinde da pretensão disposta na demanda principal, de maneira que o juízo devesse impor à sociedade em-

presária a criação/manutenção dos requerentes no seu quadro de funcionários, admitindo a prestação de serviço contra sua vontade (*nemo ad factum cogi potest*).

A só existência do perigo de dano, ante a insubsistência alimentar dos requerentes, diante da ausência de mercado de trabalho, não conduz a proteção dessa situação de periclitacão mediante um provimento desarticulado de um plausível direito aparente dos demandantes.

Por fim, cumpre destacar, na linha de precedentes da Câmara, a possibilidade de o Juízo de origem, no bojo da ação principal de dissolução e apuração de haveres, ao constatar a prestação de trabalho remunerado pelos requerentes quando excluídos do quadro societário, arbitrar uma verba alimentar a título de antecipação do ressarcimento do valor patrimonial do direito de reembolso em relação às cotas sociais de que eram titulares, impedindo o estado de perigo relativo à subsistência dos postulantes.

Nesse sentido, essa colenda Câmara decidiu:

“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 da tutela. Possibilidade. Direito à percepção de pró-labore. Descabimento no caso. Substituição por uma renda mensal. Forma de fixação.

“[...] IV — Em ação de dissolução parcial de sociedade empresarial, só faz-se cabível a fixação de pró-labore em favor dos sócios pretendidos de exclusão quando houver previsão a respeito no respectivo contrato social. Isso porque, no plano conceitual, o pró-labore destina-se, única e exclusivamente, a remunerar os serviços de direção do empreendimento empresarial. Desta forma, não cabe a fixação de tal verba em favor dos sócios excluídos, quando não exerciam eles cargos diretivos na sociedade.

“IV — *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*” (Agravado de Instrumento n. 2001.016893-6, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso, dar-lhe provimento e, na forma do art. 515, § 3º, do CPC, excluir da lide cautelar os sócios-requeridos, por ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo quanto a eles o processo, sem julgamento de

mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC; e julgar improcedente o pedido inicial em relação à sociedade-requerida, condenando os requerentes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), consoante os arts. 20, § 4º, e 269, I, ambos do CPC.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, afastando a extinção do processo, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, excluir da lide os sócios-requeridos, na forma do art. 267, VI, do CPC; e, no mérito, julgar improcedente o pedido inicial da medi-

da cautelar inominada em relação à sociedade-requerida, condenando os requerentes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), consoante o disposto nos arts. 20, § 4º, e 269, I, ambos do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2003.

Trindade dos Santos,
Presidente, com voto;
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi,
Relator.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.007205-8, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Volnei Carlin

Direito do consumidor – Julgamento antecipado da lide – Artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil – Cerceamento de defesa – Inocorrência.

Inacolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa se os fatos relevantes para a solução do conflito já estão suficientemente provados, e o magistrado, já tendo formado seu convencimento, reputa desnecessária a realização de audiência, principalmente quando o intuito da produção de prova oral é demonstrar fatos que poderiam ter sido facilmente comprovados mediante prova documental.

Prova documental – Contestação genérica.

Se a demandada, detentora da documentação apta a individualizar as especificidades dos acionantes, apresenta contestação genérica, e sendo os aspectos gerais suficientes para a condenação, afasta-se a alegação preliminar de que as provas apresentadas nos autos teriam sido desconsideradas pelo togado monocrático.

Código de Defesa do Consumidor – Decadência – Vício do serviço – Prática abusiva – Código Civil – Prescrição vintenária – Norma mais benéfica.

Não se tratando de vício do serviço, mas sim de prática abusiva que ensejou cobrança indevida, e não havendo, no Código de Defesa do Consumidor, prazo específico para a propositura de ação de repetição de indébito, é de se aplicar, subsidiariamente, o prazo prescricional de 20 (vinte) anos, determinado no artigo 177, caput, do Código Civil de 1916. Ademais, imprescindível salientar que quando o dispositivo da lei consumerista mostrar-se mais gravoso do que preceito do Código Civil, o primeiro, sempre que possível, deve incidir, já que aplicável a norma mais benéfica ao consumidor.

Repetição de indébito – Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Mensalidades – Carga horária de disciplinas – Créditos cobrados e não lecionados – Autonomia universitária – Inteligência do artigo 207 da Carta Magna – Proteção ao consumidor – Artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil – Relação de consumo – Prática abusiva – Artigo 6º, inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

Não se deve afastar a aplicação da norma constitucional que trata da autonomia universitária. No entanto, impõe-se concluir que

atuar com autonomia não significa atingir direitos dos consumidores consagrados em mesmo grau hierárquico.

Provada a cobrança de valores indevidos dos autores que, ao cursarem as disciplinas dos 5º (quinto) e 6º (sexto) períodos, pagaram quantum superior ao número de créditos que foram efetivamente lecionados, resta configurada a prática abusiva, consoante o disposto no artigo 6º, inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

Restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente – Artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de cobrança extrajudicial e de típica relação de consumo, e não tendo a fornecedora do serviço provado hipótese de engano justificável, mostra-se devida a repetição em dobro da quantia indevida.

Juros legais – Correção monetária – Termo inicial.

Incabível a aplicação dos juros legais a partir da data da cobrança indevida, computando-se a partir da data da citação, consoante o disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil, ficando aquele termo inicial reservado, apenas, para a incidência da correção monetária.

Honorários advocatícios – Valor da condenação – Artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

A verba honorária, atendendo ao disposto no artigo 20, § 3º, do CPC, deve ser fixada com base no quantum condenatório e não no valor da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.007205-8, da comarca de Biguaçu, em que são simultaneamente apelantes e apelados Fundação Universidade do Vale do Itajaí e Ivo Silveira Neto e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unâni-

me, rejeitar as preliminares; desprover o recurso da Fundação Universidade do Vale do Itajaí; e prover parcialmente o apelo dos autores, para que sejam restituídas em dobro as quantias pagas a mais, para que o termo inicial da correção monetária seja fixado na data da cobrança indevida e para que os honorários advocatícios sejam calculados sobre o valor da condenação.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Biguaçu, Ivo Silveira Neto e outros ajuizaram ação de repetição de indébito contra Fundação Universidade do Vale do Itajaí, mantenedora da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, aduzindo que foram acadêmicos do Curso de Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, *Campus IV*, e que pagaram 5 (cinco) créditos referentes a cada uma das disciplinas do 5º (quinto) e do 6º (sexto) períodos, apesar de terem sido ministrados apenas 4 (quatro) créditos por matéria. Pedem, então, restituição, em dobro, dos valores pagos a mais.

Sentenciando às fls. 222 a 231, o Togado julgou parcialmente procedente o pedido formulado, condenando a ré ao pagamento de R\$ 873,60 (oitocentos e setenta e três reais e sessenta centavos) para cada autor, perfazendo o total de R\$ 10.843,20 (dez mil, quatrocentos e oitenta e três reais e vinte centavos), com juros de mora e correção do índice inflacionário, calculados a partir de junho de 2001, data de interposição da ação, bem como ao pagamento das custas e honorários advocatícios, sendo estes calculados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, que foi corrigido pelo pleito impugnatório.

Inconformada com o *decisum*, a acionada interpôs recurso de apelação (fls. 234 a 243), alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide; a não-apreciação de provas apresen-

tadas nos autos, sem que fossem consideradas as situações diferenciadas dos doze autores, e, ainda, a extinção do processo pela decadência. No mérito, defendeu que com base no princípio da autonomia universitária, consagrado constitucionalmente, possui liberdade para tratar da distribuição das aulas e do cumprimento de horários.

Do mesmo modo, irresignaram-se os autores, asseverando que por ter o Magistrado *a quo* interpretado de forma equivocada o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, a sentença deve ser parcialmente reformada para que sejam restituídas em dobro as quantias indevidamente cobradas, devendo o termo inicial dos juros e da correção ser fixado na data dos pagamentos e, ainda, requerem a alteração da verba honorária, tendo em vista a violação do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, para que incida o percentual arbitrado sobre o valor total da condenação. (fls. 257 a 259).

Contra-razões da ré às fls. 266 a 268.

O representante do *Parquet* opinou pelo conhecimento dos recursos, dando provimento ao dos autores para determinar a devolução em dobro dos valores cobrados em excesso, acrescidos de correção monetária e juros, incidindo os honorários advocatícios sobre o valor total da condenação. E, vislumbrando a possibilidade de reexame, entendeu adequada a diminuição do percentual remuneratório da verba honorária para 10% (dez por

cento) sobre o valor da condenação (fls. 277 a 286).

II – Voto

Os autores intentam, mediante a presente demanda, obter a restituição de valores que pagaram a mais durante o período em que freqüentaram a 5ª (quinta) e a 6ª (sexta) fase do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, uma vez que alegam que foram compelidos ao adimplemento de 5 (cinco) créditos, apesar de terem sido ministrados apenas 4 (quatro) créditos por disciplina.

Em respeito à lógica processual posta, cumpre examinar, *ab initio*, as prefaciais suscitadas.

A fundação apelante argüiu as preliminares de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide; desconsideração das provas apresentadas nos autos referentes aos doze autores, detentores de situações diferenciadas; e a decadência do suposto direito pleiteado.

Inicialmente, no que concerne ao cerceamento de defesa, que teria sido provocado pelo julgamento antecipado da lide, observa-se que o Magistrado reputou suficiente, para a formação de seu convencimento, o exame das provas documentais apresentadas nos autos. Ademais, é certo que a produção de provas orais em audiência, mediante a ouvida de testemunhas e do depoimento pessoal das partes, que segundo a demandada teria o intuito de demonstrar que as aulas foram corretamente distribuídas e que os horários foram cumpridos, já

que estes teriam sido complementados por trabalhos, pesquisas ou mesmo por meio de prorrogação do semestre letivo, mostra-se desnecessária, pois tais fatos poderiam ter sido facilmente demonstrados por prova documental. Dessa forma, inadmissível falar-se em cerceamento de defesa e em violação do princípio da ampla defesa, uma vez que claramente configurada a hipótese do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

“Cerceamento de defesa – Julgamento antecipado da lide – Prova documental. Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação de audiência” (Ap. Cív. n. 46.478, de Campos Novos, rel. Des. Vanderlei Romer, in DJSC n. 9.257, de 19-6-1995, p. 9).

“Processual civil. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Preliminar rechaçada.

“Suficiente o conjunto probatório para o deslinde *da quaestio juris*, viável é a aplicação do art. 330, inc. I, do Estatuto Processual Civil, não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa” (Ap. Cív. n. 51.485 (88.089414-0), da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 3-5-2000).

“Processual civil. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

“O julgamento antecipado não é mera faculdade concedida ao juiz, mas verdadeiro imperativo quando caracterizadas as situações previstas no art. 330 do CPC, não se justificando, em obediência aos princípios da celeridade

dade e da economia processual, a produção de provas sem repercussão para o desfecho da lide” (Ap. Cív. n. 2001.019558-5, de Criciúma, rel. Des. Newton Janke, j. 4-3-2002).

“Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa não caracterizado. Questões de direito e de fato suficientemente provadas.

‘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’ (STF, RTJ 115/798, rel. Min. Francisco Rezek)” (Ap. Cív. n. 1998.016053-7, de Concórdia, rel. Des. Newton Janke, j. 13-6-2002).

Prosseguindo-se no estudo das preliminares argüidas, analisa-se a argumentação da recorrente de que o Juiz singular teria desconsiderado as provas apresentadas nos autos, referentes aos doze autores, por não ter atentado para a situação peculiar de cada um deles.

Importante destacar que apesar de a instituição de ensino exigir uma investigação individualizada das relações dos estudantes com a universidade, em sua contestação defende-se genericamente, sem indicar quais seriam as particularidades dos acionantes, mesmo que seja a detentora de toda a documentação necessária para efetuar tal intento. Além disso, a prova documental apresentada nos autos (fls. 61 a 198) pela ré, a despeito de ser abundante não se encontra

adequadamente sistematizada, mostrando-se, por conseguinte, insuficiente para identificar as especificidades exigidas, o que, entretanto, não impediu que tivessem a importante finalidade de formar o convencimento do Magistrado que, inclusive, “através de uma simples análise da documentação acostada aos autos” (fl. 227), constatou que os autores pagaram por créditos não lecionados.

Assim, diante da omissão da contestante e da possibilidade de deslinde da *quaestio* mediante os aspectos gerais apresentados, já que todos os autores, consoante documentos de fls. 10 a 43, que atestam a matrícula destes no ente universitário e o pagamento de mensalidades, compartilhavam da condição de alunos graduados pela Universidade do Vale do Itajaí e que, portanto, necessariamente, freqüentaram as fases em que se identificou o problema objeto da lide, havendo fortes subsídios para a condenação, impossível acolher-se a preliminar ora analisada.

Por fim, desenvolve-se o estudo acerca da decadência que, consoante assertiva da ré, teria fulminado o direito dos autores.

Alerta-se, inicialmente, que a legislação consumerista, norteadada pelos princípios da confiança, transparência, boa-fé e equilíbrio contratual, destaca-se por seus aspectos inovadores e representa as irradiações da previsão do legislador constituinte, que elevou a proteção do consumidor ao *status* de direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e tra-

tou-a, ainda, como princípio geral da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, inibindo os reflexos negativos das relações padronizadas e massificadas que marcam os dias atuais, atenuando a desvantagem do consumidor perante o fornecedor de serviços e produtos.

O Código de Defesa do Consumidor cuidou dos prazos de decadência e prescrição, respectivamente, em seus artigos 26 e 27, referindo-se ao lapso temporal para reclamação pelo vício do produto ou do serviço e para a propositura da pretensão de reparação de danos, no caso de acidente de consumo.

A argüição da preliminar de decadência fundamenta-se no artigo 26, inciso II, da Lei n. 8.078/90, mediante a alegação de que os autores teriam decaído de seu direito noventa dias após o fornecimento do serviço.

Entretanto, a presente demanda não deve ser solucionada pelos ditames reguladores do vício do serviço, já que prática abusiva ocorreu em razão de cobrança indevida. E, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura de ação de repetição de indébito no estatuto consumerista, é de se aplicar, subsidiariamente, o prazo determinado pelo Código Civil de 1916, qual seja, a prescrição vintenária para as ações pessoais, prevista no artigo 177, *caput*.

Ressalta-se, ainda, que tendo sido o Código de Defesa do Consumidor elaborado com o intuito de proteger o consumidor, que até então não era devidamente protegido pela legislação existente, despropositado inter-

pretá-lo para prejudicar o destinatário final do serviço, ou então as suas premissas restariam gravemente atingidas. Sendo assim, mesmo que já afastada a aplicação do prazo decadencial do vício do produto por inadequação ao presente caso, salienta-se que, quando o dispositivo da lei consumerista mostrar-se mais gravoso do que o preceito do Código Civil, este, sempre que possível, deverá incidir, já que aplicável a norma mais benéfica aos consumidores.

Cláudia Lima Marques esclarece:

“Nestes mais de dez anos de prática do CDC, discute-se se esta lei protetiva pode ser usada ‘contra’ os interesses do consumidor, assim, por exemplo, aplicando o juiz o prazo mais exíguo de prescrição ou decadência, se é maior o da lei geral ou direito civil comum. Relembre-se aqui que o art. 7º, do próprio CDC, considera este código um conjunto aberto de normas, incluindo aquelas outras normas ‘que assegurem direitos aos consumidores’, presentes em leis especiais, gerais ou em Tratados ratificados pelo Brasil, como incluídas no CDC. O espírito da lei seria tutelar, aplicando o magistrado a norma mais favorável ao consumidor (*favor debilis*), no caso concreto, por expressa autorização da lei especial tutelar, o CDC. Assim ensina o Min. Ari Pargendler: ‘[...] não se pode esquecer, que essa legislação [o CDC] veio em benefício do consumidor e deve, sempre que possível, ser interpretada de forma a beneficiar-lhe. Não me parece lógico, nem jurídico que casos

como o dos autos, que envolvem a integridade física e moral da pessoa, possam, sem norma expressa nesse sentido, revogar o Código Civil, muito mais elástico em relação aos prazos do que a nova legislação [...] violação ao artigo 177 do Código Civil. Em relação ao art. 7º do Código do Consumidor, ausente o prequestionamento [...]” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 748 e 749).

E a autora, ainda, afirma:

“Interessante observar que o antes mencionado ‘diálogo das fontes’ (Jayme) deve também existir entre o CDC e o Código Civil de 1916, por exemplo, ou em matéria de prescrição e decadência, uma vez que o Código Civil Brasileiro (o de 1916 e o novo Código Civil aprovado em 2002) deve servir de base subsidiária para a aplicação do CDC e pode conter ‘direitos’ do consumidor incluídos no CDC expressamente pelo art. 7º desta Lei n. 8.078/90. Observa-se na prática que a jurisprudência estadual tem utilizado as normas do Código Civil, somente se mais positivas para o consumidor, em interpretação conforme da Constituição e dos arts. 7º e 47 do próprio CDC.

[...]

“Neste sentido, cabe destacar a linha jurisprudencial que valoriza o vocábulo ‘direitos’ do art. 7º do CDC e só aplica o próprio sistema de ‘direitos’ do CDC (no caso, equiparação da vítima do art. 17 e prescrição do art. 26 do CDC), se for mais favorável ao

consumidor” (Marques, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 540 e 541).

Desse modo, seja por não se tratar de reclamação por vício de serviço, seja por não haver previsão de prazo prescricional no Código de Defesa do Consumidor para a repetição de indébito, deve-se aplicar a prescrição vintenária disposta no artigo 177, *ca-put*, do Código Civil de 1916, legislação que deve ser aplicada subsidiariamente, mormente por se tratar, *in casu*, da norma mais benéfica.

Afastadas as preliminares argüidas segue para o exame do *meritum causae*, individualizando-se, para tanto, os argumentos recursais da entidade ré e dos autores.

Do recurso da ré

Assevera a demandada que, com base no princípio constitucional da autonomia universitária, previsto no artigo 207 da Carta Magna, possui liberdade para organizar o quadro de aulas, determinar o cumprimento de horários e realizar as atividades que entender adequadas para o melhor aproveitamento acadêmico.

Adverte-se que não se afasta a aplicação da invocada norma, há, no entanto, outro princípio constitucional que deve igualmente incidir na relação jurídica que ora se apresenta, qual seja a proteção do consumidor. Ponderando-se ambos os preceitos constitucionais, impõe-se concluir que atuar com autonomia não significa atingir direitos consagrados no mesmo grau hierárquico.

Novamente, Cláudia Lima Marques:

“A Constituição Federal de 1988 ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil estabelece em seu art. 5º, XXXII, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia de vontade (art. 170, V).

“Ao garantir aos consumidores a sua defesa pelo Estado criou a constituição uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo, em última análise uma interpretação relativada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou estaríamos ignorando o texto constitucional” (*op. cit.*, p. 577 e 578).

Não há dúvidas que os autores e a instituição de ensino celebraram relação de consumo. Os primeiros, na qualidade de consumidor, prevista no *caput* do art. 2º da Lei n. 8.078/90, uma vez que destinatários finais do serviço prestado pela ré que, por sua vez, ocupou a condição de fornecedora, consoante o artigo 3º, § 2º, do mesmo diploma legal, nos seguintes termos:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[...]

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade de 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”.

Estando caracterizada a relação de consumo, os princípios protetivos da Lei n. 8.078/90 devem ser aplicados em sua integralidade. Inicialmente, destaca-se, então, o artigo 6º, inciso IV:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

“IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Depreende-se dos autos, que no programa do curso de Direito, da Universidade do Vale do Itajaí, o 5º (quinto) e o 6º (sexto) períodos contam, respectivamente, com as seguintes disciplinas (fl. 44):

5º período:

Direito Civil III

Direito Comercial I
 Direito Penal III
 Teoria Geral do Processo I

6º período:

Direito Civil IV
 Direito Comercial II
 Direito Penal IV
 Teoria Geral do Processo II

No documento de fl. 46 observa-se que para cada uma dessas disciplinas há a previsão de 5 (cinco) créditos.

No entanto, dos diários de classe apresentados pela própria acionada (fls. 67 a 198), infere-se que a carga horária das disciplinas é sempre correspondente a apenas 4 (quatro) créditos, cada um deles correspondendo a 50 (cinquenta) minutos de aula.

Vê-se, por exemplo:

5º período:

fl. 67 – Direito Comercial I – 97.1 – Quarta-feira – horário: 8h às 11h30min;

fl. 75 – Direito Civil III – 96.2 – Segunda-feira – 8 às 11h30min;

fl. 81 – Direito Comercial I – 96.2 – Quarta-feira – 8 às 11h30min;

fl. 87 – Direito Civil III – 97.2 – Segunda-feira – 20h50min às 22h30min e Quinta-feira 20h50min às 22h30min;

fl. 91 – Direito Comercial I – 97.2 – Terça-feira – 19 às 20h40min e Quarta-feira 19 às 20h40min;

fl. 94 – Teoria Geral do Processo I – 97.2 – Segunda-feira – 19 às 20h40min e Quinta-feira 19 às 20h40min;

fl. 97 – Direito Penal III – 97.2 – Terça-feira – 19 às 20h40min e Quarta-feira 19 às 20h40min;

6º período:

fl. 112 – Direito Penal IV – 97.2 – Quarta-feira – 8 às 9h40min e 9h50min às 11h30min;

fl. 121 – Direito Penal IV – 97.2 – Segunda – 20h50min às 22h30min e Quinta-feira 19 às 20h40min;

fl. 148 – Teoria Geral do Processo II – Quinta-feira – 19 às 22h30min;

fl. 157 – Direito Civil IV – Quarta-feira – 19 às 22h30min;

fl. 160 – Direito Comercial II – Segunda-feira – 19 às 22h30min;

fl. 172 – Teoria Geral do Processo II – Quarta-feira – 19 às 22h30min;

fl. 193 – Direito Civil IV – Terça – 8 às 9h40min e Quinta-feira 9h50min às 11h30min.

Desse modo, perfeitamente demonstrada a cobrança de valores a mais dos estudantes, já que os autores pagaram para cursar as disciplinas das fases citadas, e não obstante tenha sido indicado que cada uma das matérias seria lecionada em cinco créditos semanais, foram, na verdade, ministrados tão-somente quatro créditos, caracterizando, por conseguinte, a prática abusiva, conforme disposto no artigo 6º, inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

Por fim, repisa-se que o princípio da autonomia universitária não pode ser utilizado como justificativa para violar outros direitos constitucionalmente garantidos, *in casu*, a proteção ao consumidor, cabendo, por conseguinte, a devolução dos valores re-

cebidos sem que ofertada a devida contraprestação. E, tendo os demandantes efetuado o pagamento na crença de que as aulas seriam lecionadas, foram preenchidos os requisitos dos artigos 964 e 965 do Código Civil de 1916, aplicáveis subsidiariamente, sob pena de acobertar-se o enriquecimento indevido da entidade de ensino.

Inacolhe-se, por conseguinte, o recurso da ré.

Do recurso dos autores

Os acionantes requerem a reforma da sentença, pugnando pela devolução em dobro das quantias cobradas indevidamente e pela fixação do termo inicial dos juros e da correção monetária nas datas dos respectivos pagamentos. Do mesmo modo, intentam a alteração da verba honorária, tendo em vista a violação do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, para que o percentual fixado incida sobre o valor total da condenação.

No que pertine à devolução em dobro das quantias cobradas indevidamente, conclui-se que é caso da previsão do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor que, guiado pelo espírito de atenuar a fragilidade do consumidor e harmonizar as relações de mercado, estabelece uma verdadeira sanção ao fornecedor que, sem incorrer em hipótese de engano justificável, cobra extrajudicialmente quantia indevida.

Eis a redação do art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90:

“Art 42 [...]

“Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Invoca-se o ensinamento da doutrina:

“Tratando-se, portanto, de contrato entre consumidor e fornecedor, duas hipóteses podem ser pensadas. Se ocorre a cobrança de quantia indevida, o fornecedor não fica só obrigado a restituir o que cobrou em demais, como seria normal através da aplicação do art. 964 do Código Civil, como também fica obrigado legalmente a restituir o dobro, corrigido monetariamente, para evitar qualquer danos ao consumidor e, em última análise, para evitar a negligência no cálculo do valor a ser cobrado do consumidor. *A restituição em dobro serve, assim, como uma espécie de multa, de sanção legal. Mas pode ser ilidida se o fornecedor provar que o engano foi justificável. O ônus da prova cabe ao fornecedor e esta será uma prova muito difícil, pois no sistema do CDC o fornecedor deve, como profissional, dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado por computador, troca do nome nas correspondências etc.*

[...]

“Estes pequenos erros de cobrança só podem ser combatidos com maior eficiência e só haverá a maior diligência e perícia exigida dos fornecedores pelo CDC, se a jurisprudên-

cia entender o art. 42 como uma sanção exemplar (*exemplary damages*), que – certo – beneficia um, mas que leva a mudança prática no mercado” (grifou-se) (Marques, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 1.051 e 1.052).

Importante esclarecer que a regra inculpada no artigo 42, parágrafo único, não é mera repetição do artigo 1.531 do Código Civil de 1916, havendo distinções importantes, que são apontadas por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim:

“A pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por dois limites objetivos. Em primeiro lugar, sua aplicação só é possível nos casos de *cobrança extrajudicial*. Em segundo lugar, a cobrança tem por origem uma *dívida de consumo*. Sem que estejam preenchidos esses dois requisitos, aplica-se o sistema geral do Código Civil.

[...]

“Observe-se que, no sistema do Código Civil, a sanção só tem lugar quando a cobrança é judicial, ou seja, pune-se aquele que movimentava a máquina do Judiciário injustificadamente.

“Não é esse o caso do Código de Defesa do Consumidor. Usa-se aqui o verbo *cobrar*, enquanto o Código Civil refere-se a *demandar*. Por conseguinte, a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida.

“O Código de Defesa do Consumidor enxerga o problema em estágio anterior àquele do Código Civil. Por isso mesmo, impõe requisito inexisten-

te neste. Note-se que, diversamente do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, efetivamente, *pago* indevidamente. Não basta a simples cobrança. No art. 1.531, é suficiente a simples demanda” (Benjamim, Antônio Herman de Vasconcelos. *In*: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, p. 336).

Ainda:

“No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé, como a culpa (*imprudência, negligência e imperícia*) dão ensejo à punição.

“O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

“A prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao cobrar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança descertada do credor” (grifou-se) (Benjamim, Antônio Herman de Vasconcelos, *op. cit.*, p. 337).

Conclui-se, desse modo, que estão presentes todos os requisitos para que os autores percebam em dobro o *quantum* por eles pago indevidamente, uma vez que se trata de cobrança extrajudicial e de típica relação de consumo. Ademais, a ré em nenhum momento justificou o seu engano, tendo, diversamente, em sua con-

testação, afirmado que efetivamente foram lecionados os créditos cobrados, não provando, porém, que o serviço tenha sido prestado integralmente.

Destacam-se as seguintes decisões:

“Ação de repetição de indébito – Universidade particular – Pagamento de aulas não lecionadas – Pedido de devolução em dobro – Pleito parcialmente procedente para condenar a instituição de ensino a devolver apenas os valores pagos a mais – Recursos interpostos por ambas as partes – Não conhecimento do apelo da ré em razão de sua intempestividade – Conhecimento e provimento do recurso dos autores para condenar a requerida ao pagamento do dobro do valor a ser restituído – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

“1. ‘A tempestiva interposição é uma das condições de admissibilidade do recurso. Protocolizado após o decurso do prazo legal, dele não se pode conhecer’ (Ap. Cív. n. 1996.006264-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

“2. ‘A relação mantida entre alunos e instituição de ensino é de consumo, na modalidade de prestação de serviços, de forma que, havendo pagamento indevido, sem justificativa plausível da instituição, incide o parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.038/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a mais’ (Ap. Cív. n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio)” (Ap. Cív. n. 2001.019480-5, de Biguaçu, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 25-6-2002).

“Direito do consumidor. Ação de repetição de indébito. Prestação de serviços educacionais. Incompatibilidade entre as mensalidades exigidas e a carga horária ministrada. Pagamento indevido comprovado. Dever de reembolso das quantias exigidas a mais.

“Não demonstrada a correspondente prestação dos serviços educacionais, pois a carga horária efetivamente ministrada pela instituição de ensino não atingiu o número de horas-aula previamente contratado pelos alunos, em que pese efetuado o pagamento estipulado nas mensalidades, exsurge o dever do estabelecimento ressarcir as quantias indevidamente exigidas.

“Prestação de serviços educacionais. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Dever de ressarcir em dobro as quantias indevidamente cobradas. Recurso adesivo provido.

“A relação mantida entre alunos e instituição de ensino é de consumo, na modalidade de prestação de serviços, de forma que, havendo pagamento indevido, sem justificativa plausível da instituição, incide o parágrafo único do artigo 42 da Lei n. 8.078/90, impondo-se a devolução em dobro das quantias exigidas a mais” (Ap. Cív. n. 2000.018418-7, de Biguaçu, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 2-10-2001).

“Repetição de indébito. Cobrança indevida. Engano injustificado. Devolução em dobro. Inteligência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral. Pressupostos de-

monstrados. *Quantum* da verba reparatória. Critérios de fixação. Definição pelo juiz. Margem de discricionariedade. Ausência de normas jurídicas particulares. Recurso às regras de experiência comum. Inteligência do art. 335 do Código de Processo Civil. Honorários advocatícios. Valor do pedido constante da inicial meramente estimativo. Sucumbência parcial inexistente.

“A cobrança indevida de valores, no regime do Código de Defesa do Consumidor, permite a repetição dos valores em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC).

“O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, embora exclua a responsabilidade objetiva predominante nesse Estatuto, por aceitar o engano justificável, não exclui a responsabilidade subjetiva. A locução ‘salvo engano justificado’, do art. 42, parágrafo único, *in fine*, torna a excludente de culpa matéria de defesa. Não realizada por quem cobrou indevidamente, a culpa se presume” (Ap. Cív. n. 1999.014591-3, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 1º-11-2001).

No entanto, apesar de se impor o reconhecimento do direito ao pagamento em dobro, acolhendo-se a insurgência dos autores, por outro lado, incabível a aplicação dos juros legais a partir do respectivo pagamento, ficando esse termo inicial reservado apenas para a incidência da correção monetária. Isso porque, na presente demanda, os juros legais são devidos a partir da constituição do devedor em mora, o que, nos termos do artigo 219

do Código de Processo Civil, ocorreu a partir da citação válida.

Eis a redação do artigo 219, *caput*, do Código de Processo Civil:

“Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição”.

Silvio Rodrigues explana:

“Outro problema relevante é o de se fixar o momento em que começam a correr os juros de mora. Em rigor, eles são devidos desde que se dê o retardamento culposo, pois, como diz o próprio art. 1.064, a fluência dos juros moratórios independe da alegação de prejuízo. Ora, nas obrigações a termo, a mora se caracteriza pelo mero advento do vencimento, pois *dies interpellat pro homine*; e, nas obrigações sem termo fixado, a mora se caracteriza pela citação, pois esta, entre os seus vários efeitos, tem o de constituir o devedor em mora (CPC, art. 219)” (Direito Civil – parte geral das obrigações, vol. 2, 23ª ed., atual., 1995, p. 292).

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

“Processual civil. Embargos de declaração (art. 535 do CPC). Reconhecimento da alegada ‘omissão’. Ausência de fundamentação. Juros moratórios. Citação (CC, art. 1.062 c/c art. 1.536, § 2º). Lei n. 4.414/64.

[...]

“Não se cogitando de ‘evento danoso, em caso de responsabilidade

extracontratual' (de que trata a Súmula 54 – STJ), nem de repetição de indébito fiscal, os juros moratórios são naturalmente os legais de 6% (seis por cento) ao ano (CC, art. 1.062), contados a partir da citação inicial (CC, § 2º do art. 1.536). 4. Embargos acolhidos. Acórdão parcialmente anulado" (EDAC/MG n. 01550259, rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, TRF 1ª R., j. 30-6-1998, DJU 3-8-1998, p. 318).

Já no que se refere à correção monetária:

"Correção monetária — Incidência a partir do evento lesivo — Proteção que se impõe quanto a eventual locupletamento ilícito.

"A correção monetária, na repetição de indébito, tem sua incidência a partir da data de cada recolhimento indevido, evitando penalização daquele que pagou indevidamente" (Ap. Civ. n. 1997.015253-1, de Joinville, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 17-8-2000).

O Magistrado singular determinou a incidência dos juros de mora e a correção do índice inflacionário a partir de junho de 2001, data de interposição da ação. Porém, deve ser reformada a sentença para que a correção monetária flua a partir da cobrança indevida. Embora o adequado termo inicial para os juros legais moratórios seja a data da citação inicial, diante do princípio do *no reformatio in pejus*, deve ele ser mantido no momento da propositura da *actio*.

Por fim, no que tange ao inconformismo referente aos honorários advocatícios, que foram fixados sobre o valor da causa, nos termos do art. 20,

§ 3º, do Código de Processo Civil, é de ser provido o recurso para que a base de cálculo da verba honorária corresponda ao valor da condenação.

E, não havendo irresignação da demandada no que concerne aos honorários, e sendo incabível a remessa, já que a Fundação Universidade do Vale do Itajaí, dotada de personalidade jurídica de direito privado, não se enquadra nas hipóteses de reexame previstas no artigo 475 do CPC, impossível acolher, nesse ponto, o parecer do representante ministerial de segundo grau (fls. 277 a 286) que determina o cálculo da verba honorária sobre o valor da condenação, mas que, entretanto, opina pela sua redução, por meio da remessa, para 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Ex positis, afasta-se as preliminares, inacolhe-se a irresignação da demandada e dá-se provimento parcial ao recurso dos autores.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por votação unânime, rejeitar as preliminares; desprover o recurso da Fundação Universidade do Vale do Itajaí; e prover parcialmente o apelo dos autores, para que sejam restituídas em dobro as quantias pagas a mais, para que o termo inicial da correção monetária seja fixado na data da cobrança indevida e para que os honorários advocatícios sejam calculados sobre o valor da condenação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Vanderlei Romer e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 4 de setembro de 2003.

Volnei Carlin,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.020855-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Desapropriação indireta. Obrigação de indenizar o particular pela perda da propriedade inescusável. Princípio constitucional da justa indenização. Quantum. Perícia. Correição. Valorização do imóvel. Abatimento do percentual correspondente na sentença. Inadmissibilidade, in casu. Reforma.

1. Operada a desapropriação com a conseqüente perda do bem para o Poder Público, nasce para o anterior proprietário o direito de ser ressarcido em justa indenização. É direito garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXIV.

2. A eventual valorização da área remanescente poderá, quando muito e uma vez quantificada, ser abatida do quantum indenizatório. Mas desde que haja valorização direta, sem cobrança de contribuição de melhoria. De efeito, “beneficiados a todos a valorização decorrente de obra ou serviço público, só a cobrança de contribuição de melhoria, medida que alcançaria, sem exceção, os proprietários da zona valorizada, seria o meio adequado a ser utilizado pelo Poder Público para ressarcimento das despesas realizadas” (José Carlos de Moraes Salles).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.020855-0, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda), em que são apelantes José Córdova Filho e outro, sendo apelado Departamento Nacional de Infra-Estrutura — Deinfra:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover o recurso e prover parcialmente a remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuidam os autos de ação de desapropriação c/c imissão de posse pro-

posta pelo Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC, atualmente Departamento Nacional de Infra-Estrutura – Deinfra, contra José Córdova Filho e outro.

O pedido exordial foi julgado procedente, restando o *quantum* indenizatório fixado de acordo “com aquele obtido pelo segundo perito do Juízo, reduzido de 1/3, cujo valor materializar-se-á em liquidação de sentença, havendo de ser atualizado monetariamente e acrescido apenas de juros moratórios de 6% ao ano, a partir do trânsito em julgado da sentença, abatidos os valores já recebidos pelos réus, atualizados”. Os honorários advocatícios foram estabelecidos em 10% do valor da diferença entre a indenização apurada ao final. Finalmente, o MM. Juiz *a quo* sujeitou a autarquia ao pagamento das custas.

Houve a interposição de embargos de declaração, que acabaram por ser rejeitados.

Ao depois, os réus desferiram recurso de apelação.

Inicialmente, salientaram que, por força do veredicto objurgado, o montante apurado no laudo pericial foi reduzido em 1/3, ao pálio de que eles não fazem jus à valorização do imóvel, que resultou da execução da obra pública existente ao longo da via. E, neste ponto, disseram, é que reside seu inconformismo. Aduziram a injustiça de se atribuir somente ao expropriado, em casos tais, o ônus de responder pelo desconto, haja vista que, pela natureza da obra pública, todos os imóveis da região foram valorizados. Demais disso, alicerçados em prece-

dentos jurisprudenciais, ponderaram que a valoração em tela pode ser objeto de contribuição de melhoria.

Após estas e outras considerações que, por amor à brevidade, passam a fazer parte integrante desta suma, clamaram pela reforma da *sententia* para que a indenização seja integral.

Contra-razões e parecer ministerial pelo improvimento.

É o relatório.

II — Voto

Cuida-se de ação de desapropriação, fundada no Decreto Estadual n. 4.794/94, que determinou o apossamento administrativo do imóvel pertencente aos ora apelantes, para o fim, nos termos da inicial, “de executar obras e serviços de duplicação, conservação, restauração, manutenção, de melhoramentos, de operações e de monitoramento, bem como as jazidas de materiais a serem utilizados para tais obras e serviços mesmo situados fora da faixa de domínio da Rodovia SC/401 – Entroncamento c/a SC/404 – Canasvieiras (19,7 Km)”.

O feito tramitou regularmente, com a apuração do *quantum* da indenização por *expert* nomeado pelo Juízo em laudo de avaliação escoreito e que não padece de qualquer reparo.

Sob este aspecto, importa observar que a peça em questão prima pela lucidez e contém exaustiva análise dos elementos necessários à correta fixação da “justa indenização”, assegurada constitucionalmente àquele que se vê privado de seus bens por força da atuação estatal.

É circunstância que merece menção, diante do duplo grau obrigatório a que está submetido o veredicto.

Volvendo atenção ao recurso interposto pelos proprietários da *res*, tem-se que o prolator da r. sentença deduziu 1/3 do valor fixado no laudo, fração esta que corresponderia à valorização da propriedade em virtude da obra pública.

Peço *venia* para divergir diametralmente de tal entendimento.

A respeito da matéria, que efetivamente reclama uma melhor reflexão, assim me pronunciei no julgamento da Apelação Cível n. 2003.017248-3:

“Operada a desapropriação com a conseqüente perda do bem para o Poder Público, nasce para o anterior proprietário o direito de ser ressarcido em justa indenização. Com efeito, a Constituição Federal garante ao expropriado, em seu art. 5º, inciso XXIV, a justa indenização em dinheiro, e, por esta, entende-se o valor real do imóvel, de modo a ressarcir-lo integralmente do desfalque patrimonial sofrido.

“A eventual valorização da área remanescente poderá, quando muito e uma vez quantificada, ser abatida do montante indenizatório. Mas mesmo este entendimento não se constitui em regra absoluta. Não pode, e não deve ser generalizado. Precedente da lavra do Des. Newton Trisotto observa com pertinência que “impõe-se avaliar as características do imóvel da obra pública realizada. Se a valorização é direta e não há cobrança de con-

tribuição de melhoria, o acréscimo no valor da área remanescente deve ser considerado” (Ap. Cív. n. 1997.015469-0).

Deveras esclarecedor a respeito é o escólio de José Carlos de Moraes Salles:

“No que concerne à valorização trazida ao remanescente pela desapropriação, há que se distinguir a imediata e a especial (específica e individual para o proprietário do bem expropriado) da geral, ou seja, a que beneficia a todos os proprietários da zona em que a obra pública é levada a efeito.

“No primeiro caso, a jurisprudência tem entendimento que a mais-valia do remanescente deve ser descontada do *quantum* devido a título de indenização ao expropriado, por beneficiá-lo diretamente. No segundo, nossos Tribunais têm considerado injusto carrear-se só ao expropriado esse desconto, porque, beneficiando a todos a valorização decorrente da obra ou serviço público, só a cobrança de contribuição de melhoria, medida que alcançaria, sem exceção, os proprietários da zona valorizada, seria o meio adequado a ser utilizado pelo Poder Público para ressarcimento das despesas realizadas.

‘Portanto, se pretendesse o Estado exigir a compensação pela valorização das áreas remanescentes, o custo da obra poderia ter sido rateado pelos beneficiados sob a forma de contribuição de melhoria, o que não ocorreu, descabendo o desconto propugnado pelo DAER’ (*in* A Desapropriação À Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 4ª edição, RT, p. 554).

“Na hipótese em apreço, não há elemento cabal de que a valorização tenha sido imediata e específica. Dito de outra forma, que a desapropriação efetivamente contribuiu para aumentar apenas o *valor dos imóveis da autora*. Ao contrário, a implantação de rodovias enseja quase sempre uma valorização geral das terras a ela lindeiras. Em suma, conclusão perfeitamente lógica é de que não foi apenas a gleba dos apelantes beneficiada pela construção da via asfáltica.

“Houvesse ocorrido a valorização específica, repita-se, poder-se-ia apenas admitir a redução do montante da indenização.

“Enfim, pelas características do caso concreto, entendo que ele comporta sufrágio ao posicionamento explicitado no julgado a seguir colacionado: ‘É irrelevante, no caso, se a propriedade foi ou não valorizada pela construção da rodovia, porque, se houve, a sua recuperação só pode ser através da contribuição de melhoria que contempla todos os proprietários beneficiados e não somente os atingidos pelas desapropriações neste sentido são as decisões desta egrégia Corte no REsp n. 2.448/PR, julgamento de 24-10-90; e do Colendo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 78.506-SP, 73/892; 85.183-RJ; 80/271 e 109.585-BA, DJU de 27-2-87’ (REsp n. 9.127, rel. min. Garcia Vieira).

“Ainda:

‘O incremento da valorização do imóvel resultante das obras realizadas pelo expropriante não pode ser considerado na estimativa do *quan-*

tum indenizatório’ (TJRJ, ACV 1743, rel. Des. Amaury Arruda de Souza).

‘A indenização busca recompor integralmente o patrimônio do expropriado, em vista do desfalque sofrido, descabendo apenas a mera atualização monetária do depósito feito ante o descompasso entre o valor do acervo e a indexação da moeda. Não há como pretender-se a compensação entre o valor que o Poder Público deve pagar e a valorização do imóvel desapropriado, em razão da obra feita’ (TJRS, AC n. 597168665, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis).

“O Supremo Tribunal Federal decidiu que a ‘*plus valia* não pode ser desconsiderada, na apuração do valor do imóvel desapropriado, pois é recuperável através da contribuição de melhoria’. Assim deverá o valor da indenização incidir, também, sobre a valorização do bem, decorrente de obras públicas edificadas no local em que se situa” (*apud* AG 434916, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“Ação de desapropriação indireta. Aplicação do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21-6-1941. Não caberá redução da indenização, pela valorização da área remanescente, quando a valorização não ocorrer, especificamente, em relação a essa área” (RE n. 65.095, rel. Min. Eloy da Rocha).

“Posto isto, deve a autarquia indenizar os apelados dos valores constantes do laudo pericial, sem qualquer redução a título de valorização operada pela obra pública realizada”.

Enfim, incabível na espécie abater do montante indenizatório eventual valorização do imóvel. Judi-

cioso julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com inteira aplicação à espécie, pondera que “não se justifica que os expropriados suportem encargo que não é exigido dos demais proprietários beneficiados com a valorização da área de abrangência a construção de rodovia” (Ap. Cív. n. 1997.04.63511-7/SC).

E em sede de reexame, ressalta que o Departamento Estadual de Infra-Estrutura — Deinfra, a teor do art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina (LC n. 156/97, com alterações da LC n. 161/97), responde por apenas 50% das custas.

Diante de todo o exposto, o voto é pelo provimento *in totum* do re-

curso dos réus e provimento parcial da remessa para os fins explicitados.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, prover o recurso e prover parcialmente a remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nicenor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2004.

Volnei Carlin,

Presidente com voto;

Vanderlei Romer,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.005501-9, DE BLUMENAU

Relator designado: Juiz Newton Janke

Processo civil. Art. 302 do CPC. Princípio do ônus da impugnação especificada.

“Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, por exemplo, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia (presunção de veracidade — CPC 319)” (Nelson Nery Júnior).

Indenização. Furto de veículo em estabelecimento de ensino. Gratuidade e ausência de controle de entrada e saída de veículos do estacionamento. Ausência de contrato de depósito e do dever de guarda.

Para efeitos de responsabilidade civil, o estacionamento gratuito, sem vigilância ou controle da entrada e saída de veículos é um contrato unilateral, em que a exemplo do que se dá no contrato de

transporte gratuito, o contratante a quem o ajuste não aproveita só responde por dolo ou culpa grave.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.005501-9, da comarca de Blumenau, em que é apelante José Jacques Zeitoune, sendo apelada Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de apelação interposta por José Jacques Zeitoune contra sentença que, em ação de indenização ajuizada contra a Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb, julgou improcedente o pedido inicial, ao fundamento da inexistência de provas da ocorrência do furto do veículo de sua propriedade na área de estacionamento daquela entidade.

Buscando reverter a decisão desfavorável, após condenar o julgamento da lide independentemente do retorno da carta precatória de inquirição de uma testemunha, proclama que o conjunto probatório é convincente em retratar a ocorrência do furto dentro das dependências da universidade, esta que sequer contestou tal fato.

Findou por reclamar a reforma da sentença, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Ao contra-arrazoar, a apelada objetou que, mesmo comprovada a

ocorrência do furto, inexistente qualquer nexos causal a lhe carrear a responsabilidade indenizatória, quer porque não exerce nenhum controle sobre o acesso ao estacionamento dos alunos da instituição, quer porque também não é feita nenhuma cobrança pela utilização do estacionamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, divergindo do parecer do Ministério Público de primeiro grau, alviou pelo provimento parcial do recurso, com a condenação da apelada ao pagamento do valor do veículo, acrescido dos consectários legais.

É o relatório.

2. O apelante pretende o recebimento de indenização por danos materiais e também morais pelo furto do veículo de sua propriedade, ocorrido no período noturno do dia 3-5-94, numa área de estacionamento da ré, onde sua esposa freqüenta um curso de graduação.

De início, urge repelir a reclamação do apelante contra o fato de a sentença ter sido proferida antes do retorno de carta precatória expedida para a inquirição de uma testemunha. A uma, porque o termo de audiência de fls. 85 e 86 registra que, na verdade, o apelante desistiu do testigo faltante; a duas, porque, ainda que assim não fosse, a nulidade deveria ter sido argüida ao ensejo das alegações finais, em atenção ao que ordena o art. 245 do Código de Processo Civil.

No que pertine ao mérito da controvérsia, o relato da inicial expõe que a esposa do apelante estava utilizando o veículo naquele dia, estacionando-o nas proximidades de dois prédios da universidade. Ao sair da aula em companhia de uma colega, não mais encontrou o bem.

Como bem observado pelo Juiz sentenciante, há alguma imprecisão quanto aos fatos subseqüentes ao furto.

Em contraposição ao Boletim de Ocorrência n. 702/94, firmado pelo próprio apelante em 4-5-94 às 8h30min, a esposa do apelante declarou que “sua colega foi quem tratou de comunicar os fatos à delegacia de polícia para efeitos de ocorrência, já que encontrava-se muito nervosa” (fl. 89). Essa versão foi confirmada pelo apelante (fl. 93) e pela própria acompanhante de sua mulher, a testemunha Laís, ao dizer que “foi quem inclusive chegou a comunicar os fatos narrados na exordial, à autoridade policial, sendo que inclusive estava acompanhada da esposa do autor” (fl. 91). Mais adiante, afirmou que “não se recorda em que semestre estava por ocasião do furto; da mesma forma, não se recorda do mês e ano em que ocorreu o furto” (fl. 91).

A despeito disso, certo é que a ré, ao contestar, não impugnou o fato jurídico lançado, e isso impõe reconhecer, como incontroversa, a sua existência, por inteligência do art. 302, *caput*, do CPC.

A respeito do princípio do ônus da impugnação especificada, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria

de Andrade Nery que “no processo civil é proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral. Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, por exemplo, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia (presunção de veracidade — CPC 319)” (*in* Código de Processo Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 659).

Nesse caso, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “havendo prova suficiente do alegado e não contestado adequadamente, torna-se incontroverso” (REsp n. 175.817/SC, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 15-3-1999, p. 269).

Sob esse fundamento, portanto, a insurgência não colhe êxito.

Em que pese admitir-se comprovada a ocorrência do furto do veículo nas dependências da apelada, a pretensão do apelante não tem suporte fático a lhe garantir o direito de que se supõe titular.

Com efeito, a prova amealhada confirma a gratuidade do estacionamento e a ausência de qualquer controle de entrada e saída de veículos, seja pela entrega de cartões de controle, pela existência de cancelas ou de vigilantes no local. Aliás, esse tipo de controle seria verdadeiramente impraticável se se levar em conta o incontável número de alunos que aflui ou deixa as áreas de estacionamento nos horários de início e de término das aulas.

As fotos trazidas à colação pelo apelante retratam as cancelas real-

mente existentes nos estacionamentos privativos dos professores e funcionários da instituição, com saída para a Rua Antônio da Veiga. Por outro lado, como confirma a testemunha Laís, “normalmente quando saíam ao término do curso, saíam pela Rua São Paulo” (fl. 91), via perpendicular àquela retratada nas fotos, único local de acesso ao estacionamento onde estava o veículo furtado.

É fato público e notório que na cidade de Blumenau, não só os estudantes, mas qualquer outra pessoa, têm irrestrito acesso ao *campus* universitário da Furb, a qualquer momento, pelo acesso existente na Rua São Paulo.

Aos estabelecimentos de ensino, ainda quando prestem serviços remunerados, não pode ser aplicada mecânica ou comodamente a mesma solução jurisprudencial que se dá para furtos de veículos em estacionamentos de supermercados e casas comerciais assemelhadas.

Nesses casos, a jurisprudência parte da premissa (bastante questionável, por sinal) de que o estacionamento funcionaria como um fator de atração da clientela e assim o preço do estacionamento estaria embutido nas mercadorias vendidas ao consumidor.

Não se pode negar, a toda evidência, que, para qualquer tipo de atividade, a existência de estacionamento pode ser um fator de atração de clientela.

No caso específico de hospitais e estabelecimentos de ensino, entretanto, esse fator não é decisivo. Quem se matricula num estabelecimento de

ensino, tal como o da apelada, avalia primordialmente a qualidade dos serviços que receberá, o seu renome, do mesmo modo o que o motiva a procurar um advogado é a sua competência profissional, e não porque o seu escritório também disponibiliza um estacionamento para os clientes.

Dizer que nos preços cobrados por um hospital ou por uma escola já se encontra embutido o valor do estacionamento não passa de uma conjectura desgarrada de indicações objetivas, já que a maioria das pessoas que frequenta tais estabelecimentos sequer possui um veículo automotor.

O trato dessa questão não deve ser orientado por uma ótica mercantilista a levar à conclusão de que aquele que oferece estacionamento tem ou visa, com isso, a lucro. No mais das vezes, a existência de estacionamento é obrigatória, decorrendo de exigência da legislação municipal; em outras tantas vezes é uma comodidade que pessoas ou estabelecimentos colocam à disposição de seus clientes ou usuários pelo simples fato de possuírem uma área disponível. Por que não permitir que o cliente estacione numa área desocupada em vez de deixar o seu veículo sujeito aos azares das ruas?

Parece, pois, desarrazoado que alguém seja punido civilmente por ter praticado uma mera liberalidade ou uma simples gentileza. De fato, se a ré não colocasse à disposição as suas áreas livres (e nada lhe obriga a fazê-lo), centenas e centenas de estudantes seriam obrigados a deixar seus veículos nas ruas, prejudicando

o trânsito, ou recorrer a estacionamentos pagos, percorrendo a pé longos trechos até alcançar os blocos das salas de aula espalhados pelo *campus*.

Em casos dessa natureza, o estabelecimento somente deve ser responsabilizado civilmente se agir com culpa grave ou dolo, tal qual se dá no contrato de transporte gratuito.

Não cabe aqui cogitar da existência de um contrato atípico de guarda.

E, na ausência de tradição da coisa, mesmo ficta, não se pode, nem remotamente, cogitar da existência do contrato de depósito. No contrato de depósito, alguém recebe coisa móvel para guardá-la e restituí-la em certo prazo. O depósito é, pois, contrato real; vale dizer, “para se tornar perfeito e acabado, não basta o consentimento das partes, é necessária a efetiva entrega da coisa ao depositário, a menos que já esteja em sua posse” (*in* Orlando Gomes, *Contratos*, 7ª ed., Forense, p. 413).

Em arremate: para efeitos de responsabilidade civil, o estacionamento gratuito, sem vigilância ou controle da entrada e saída de veículos, é um contrato unilateral, em que, a exemplo do que se dá no contrato de transporte gratuito, o contratante a quem o ajuste não aproveita só responde por dolo ou culpa grave, o que não restou demonstrado.

Corroboração com esse entendimento o seguinte precedente:

“Responsabilidade civil – Ação de reparação de danos – Furto de veículo em terreno de universidade particular – Inexistência de contrato – Des-

caracterização da responsabilidade contratual – Estacionamento gratuito – Serviço não acrescido nas mensalidades – Falta de comprovação de vigilância dos automóveis pela instituição – Ônus que compete ao autor (art. 333, I, do CPC) – Afastamento da responsabilidade extracontratual ou de relação de fato que responsabilize a apelada a indenizar os prejuízos decorrentes da subtração” (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.002875-5, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 11-5-99).

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por maioria, negar provimento ao recurso, vencido o Des. Volnei Carlin.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 12 de setembro de 2003.

Volnei Carlin,

Presidente, com voto vencido;

Newton Janke,

Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin:

Ementa aditiva (art. 148, § 3º, do Regimento Interno, publ. DJSC n. 10.033, de 14-8-98).

Ação de indenização — Furto de veículo em estacionamento de instituição de ensino — Furb — Responsabilidade civil objetiva — Gratuidade

aparente — Serviço de vigilância — Indenização.

A responsabilidade civil das fundações de direito público é objetiva. Assim, presente o dano e estabelecida a relação de causalidade com a ação/omissão da instituição, inarredável o dever de indenizar.

A partir do momento em que a Universidade oferece a seus alunos, professores e funcionários a comodidade de um estacionamento, ainda que gratuito, assume a responsabilidade pela segurança dos veículos lá guardados e o dever de indenizar na hipótese de furto do automóvel, mormente quando se verifica existirem guaritas instaladas nas saídas.

José Jacques Zeitouné aforou ação indenizatória contra a Fundação Universidade Regional de Blumenau — Furb, objetivando ser ressarcido dos danos morais e materiais referentes ao furto de veículo de sua propriedade, ocorrido no estacionamento da ré.

Julgado improcedente o pedido, o autor apelou pretendendo a reforma do *decisum*.

Com efeito, das teses suscitadas pelo recorrente, houve consenso no que diz respeito à produção de prova nos autos, ou seja, restou incontroverso que a apelada não logrou êxito em comprovar que o veículo não estava estacionado no seu pátio e que nem mesmo rebateu essa afirmação feita pelo apelante. Logo, conclui-se como verdadeiro os fatos e provas apresentados pelo recorrente.

A divergência deu-se tão-somente no tocante à obrigação da Furb

de indenizar José Jacques Zeitouné pelo furto do veículo ocorrido nas dependências da instituição de ensino.

Com efeito, a responsabilidade da Furb, por ser uma fundação de direito público, é objetiva e está prevista no § 6º, do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil:

“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 no caso de dolo ou culpa”.

Assim, dispensável qualquer discussão a respeito da modalidade de culpa, pois presente o dano e estabelecida a relação de causalidade com a omissão da recorrida, inarredável o dever de indenizar da Furb.

Outrossim não há perscrutar se era ou não cobrada alguma taxa adicional pelo uso do estacionamento da Fundação. Isso porque no momento em que a Universidade oferece a seus alunos, professores e funcionários a comodidade de um estacionamento, ainda que gratuito, assume a responsabilidade pela segurança dos veículos lá guardados, mormente quando se verifica existirem guaritas instaladas nas saídas (fls. 28, 29, 48 e 49).

Destaca-se que o questionamento dessa matéria não é novo nesse Tribunal, existindo julgados muito semelhantes ao aqui decidido:

“Apelação cível — Ação de indenização — Furto de veículo em estacionamento de instituição privada

de ensino — Gratuidade aparente — Litigância de má-fé — Inocorrência — Recurso desprovido.

“A responsabilidade da recorrente por furto de veículo ocorrido em seu estacionamento não pode ser afastada pelo fato de ser gratuito o uso do local. É o conjunto de circunstâncias em que se opera o estacionamento que irá definir o dever de indenizar. Assim, se o local conta com vigilância, se a área é demarcada e se o estacionamento é essencial para o sucesso do estabelecimento de ensino existe o dever de reparar o dano [...]” (Ap. Cív. n. 1999.008649-6, de Itajaí, rel. Des. Rui Fortes, j. em 7-3-2003 de 2003).

“Responsabilidade civil objetiva — Instituição de ensino — Universidade — Furb — Furto de veículo em estacionamento — Serviço de vigilância — Indenização.

“1. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis ‘pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’ (CF, art. 37, § 6º). E, ‘para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexu 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 culpabili-

de da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização’ (Hely Lopes Meirelles; REsp n. 38.666, Min. Garcia Vieira, *in* RSTJ 58/396).

“2. Comprovado que o veículo do autor foi furtado no estacionamento mantido pela instituição de ensino para atender aos seus servidores, alunos e professores, e que nele havia serviço de vigilância, responde pela reparação do dano, ainda que gratuito o serviço” (Ap. Cív. n. 2001.002874-9, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto, j. 6-5-2002).

“Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de universidade particular. Indenização devida. Recurso improvido.

‘Possuindo a universidade estacionamento para estudantes e funcionários do estabelecimento, evidente seu dever de vigilância e custódia sobre os automóveis ali estacionados. Assim, depositado o veículo, ainda que gratuito o estacionamento (na verdade gratuidade aparente, eis que embutido na mensalidade), exsurge a obrigação de indenizar. Trata-se de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*’ (*in* Apelação Cível n. 49.674, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio, publ. no DJE de 13-8-96).

“Existe, em tais casos, contrato implícito de depósito, que torna o estabelecimento responsável pela guarda e segurança do veículo” (Ap. Cív. n. 2000.012149-5, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 28-8-2001).

Portanto, o pedido do apelante referente aos danos materiais, no entender deste Relator, deveria ser julgado procedente, reformando-se a sentença nesse aspecto para condenar a Furb ao pagamento da indenização pleiteada na exordial de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais — fl. 2), quantia que demonstrou valer seu automóvel por meio dos periódicos de fl. 24, acrescida de correção monetária contada a partir do evento danoso e juros de mora a incidir após a data da citação.

Por outro lado, as alegações relativas aos danos morais não se mostraram convincentes.

Como bem salientou o Procurador de Justiça (fls. 141 e 142), “a simples perda de veículo automotor, bem de consumo simples, salvo situação especialíssima, não pode ensejar ressarcimento por danos morais [...] Aceitável seria o reconhecimento de dano

moral no desaparecimento de veículo de colecionador mas não em veículo de linha, com mais de 15 (quinze) anos de uso, que foi adquirido para um fim específico, sem haver qualquer liame entre o bem e a estrutura emocional do apelante”.

Logo, o apelo nesse particular não merece provimento.

Por todo o exposto, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de que o recurso do apelante fosse parcialmente provido para julgar procedente o pedido de indenização por danos materiais, reformar a sentença para condenar a apelada ao pagamento de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais) com seus acréscimos legais e determinar o rateio das custas processuais e honorários advocatícios na forma do art. 21 do Código de Processo Civil.

Volnei Carlin

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2001.021492-0, DE CURITIBANOS

Relatora: Juíza Sônia Maria Schmitz

Substituição tributária. ICMS. Base de cálculo. Margem de valor agregado. Ausência de regulamentação.

Determinadas disposições do Decreto n. 3.017/89 foram expressamente recepcionadas pelo Decreto n. 1.790/97, afastando a pecha de inexistência de norma reguladora sobre os critérios de aferição da margem de valor agregado na apuração do ICMS, no regime de substituição tributária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Manda-

do de Segurança n. 2001.021492-0, da comarca de Curitiba, em que é ape-

lante Dall'Oglio Comércio de Bebidas Ltda. e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Dall'Oglio Comércio de Bebidas Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor/Coordenador de Administração Tributária e do Gerente Regional de Fiscalização e Arrecadação da Usefi, que estão a exigir-lhe o recolhimento antecipado do ICMS, pelo regime de substituição tributária, sem que tenham definido a margem do valor agregado, consoante previsão do § 4º do art. 8º da Lei Complementar n. 87/96. Argumentou que atua no comércio varejista de bebidas na condição de revendedora autorizada da marca Schincariol e que, na oportunidade da aquisição da mercadoria, o fabricante calcula o valor do ICMS na revenda, repassando-o diretamente ao Fisco. Reforçando a ilegitimidade da postura adotada, desde que o cálculo não observa o preço do mercado para a fixação da margem de valor agregado, postulou a concessão da ordem, a fim de possibilitar a apuração normal do ICMS pela conta gráfica sobre os preços das operações que venha a realizar.

Dirimida a pertinência subjetiva e assentada a competência, a autoridade remanescente foi notificada e

prestou informações conjuntamente com o Estado de Santa Catarina, argüindo preliminarmente a ilegitimidade ativa da impetrante, uma vez que o ICMS é exigido do fabricante de bebidas. No mérito, sustentaram a legalidade do recolhimento antecipado do imposto, pela empresa fabricante, cumpridos que foram todos os requisitos do art. 41 da Lei n. 10.297, de 26-12-96, tendo sido firmado o termo de compromisso n. 001/98, de 25-3-98.

Em seguida, os autos foram ao Ministério Público que se manifestou pela rejeição da ordem, sobrevindo a r. sentença que denega a segurança.

Irresignada, apelou a impetrante, argumentando, em suma, que sua insurgência limita-se tão-somente à margem de valor agregado aplicada pelo Fisco que não observa as condições estabelecidas na legislação que regula a espécie, do que decorre a impossibilidade da adoção da sistemática de cobrança do ICMS pela substituição tributária.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou pelo desprovimento do recurso interposto.

É o relatório.

II — Voto

A apelante sustenta, em síntese, a irregularidade do regime de substituição tributária devido à falta de regulamentação da margem de valor agregado, incluída na base de cálculo do ICMS, argüindo que a Lei n. 10.297/96 revogou as disposições da Lei Estadual n. 7.547/89 e, conseqüen-

temente, o Decreto n. 3.017/89 (Regulamento do ICMS), razão pela qual a arrecadação do imposto deve observar a regra contida no artigo 41, inciso II, alínea c, e § 3º e alíneas, da Lei Estadual n. 10.297/96 (fl. 156).

As razões do apelo, todavia, não convencem.

A alegação de que a Fazenda Estadual estaria utilizando-se de legislação revogada para regulamentar o regime de substituição tributária imerece prosperar, pois se é certo que a Lei n. 10.297/96 revogou as disposições do Decreto n. 3.017/89, não menos irrepreensível é que foram mantidos em vigência determinados Anexos deste, entre os quais o sétimo, que dispunha exatamente acerca da substituição tributária.

A questão foi analisada com perspicácia pelo Des. Anselmo Cerello no julgamento da ACMS n. 1999.001651-0, merecendo destaque, por aplicável à espécie, a adoção do seguinte excerto:

“A Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 6º, §§ 1º e 2º, remeteu a competência para atribuição de substituição tributária à lei estadual, *in verbis*:

‘Art. 6º — Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

‘§ 1º — A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subse-

qüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

‘§ 2º — A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias ou serviços previstos em lei de cada Estado’.

“O art. 8º, por sua vez, define a base de cálculo para fins de substituição tributária, aferindo os parâmetros para as operações subseqüentes:

‘Art. 8º — A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

‘II — em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

‘a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

‘b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

‘c) margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes [...].

‘§ 4º — A margem que se refere a alínea c do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elemen-

tos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei [...].

“Nesse norte apresenta-se a Lei Estadual n. 10.297/96, onde no art. 41, § 3º, definiu a fórmula de cálculo da margem de valor agregado relativo às operações de substituição tributária:

‘Art. 41. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: [...].

‘II — em relação às operações ou prestações subseqüentes, o somatório das parcelas seguintes:

‘a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

‘b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

‘c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativo às operações ou prestações subseqüentes [...].

‘§ 3º — A margem que se refere a alínea c do inciso II, do *caput* será estabelecida com base nos preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada

dos preços coletados, observados ainda os seguintes critérios:

‘I — a pesquisa de preços deverá ser feita, no mínimo, nos dez municípios de maior participação na Receita do Estado;

‘II — deverá ser ouvido o setor interessado, inclusive quanto à metodologia utilizada;

‘III — outros critérios definidos em conjunto pelos Estados e Distrito Federal’.

“Embora não tenham sido publicados os Anexos do Novo Regulamento, especialmente o Anexo 3, que trata da Substituição Tributária (art. 79, III, do Decreto n. 1.790/97), que consignarão, segundo os critérios definidos pela lei, a margem de valor agregado a ser aplicado à base de cálculo dos produtos submetidos à substituição tributária, o Decreto n. 1.790, de 29-4-97, que aprovou o novo regulamento do ICMS, manteve a vigência dos Anexos III a XIV, do RICMS, aprovado pelo Decreto n. 3.017, de 28-2-89.

“Por sua vez, dispõe o Anexo VII:

‘Art. 1º — O ICMS devido pelas saídas, promovidas por comerciantes varejistas ou atacadistas, das mercadorias a seguir indicadas com a correspondente classificação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias — NBM/sh, será recolhido, antecipadamente, pelo estabelecimento que as houver produzido, na condição de substituto tributário, na forma do inciso IX do artigo 27, IX, da Lei n. 7.547, de 29-1-89:

‘I — refrigerantes, água mineral ou potável e gelo [...]

‘II — sorvete [...]

‘III — cerveja [...]

‘IV — chope [...]

‘V — cimento [...]’.

“Diante desta verificação do disposto nos diplomas legais referentes ao ICMS, pode-se aduzir que a sua exigibilidade, sob o regime de substituição tributária, possui amparo legal, razão pela qual não há que se falar em ato ilegal e abusivo, conforme aduz o apelante” (ACMS n. 1999.001651-0, j. 16-12-1999).

Por amostragem, menciona-se, ainda, os precedentes: EDACMS n. 1999.001541-6, rel. Des. Eder Graf, j. 29-6-1999; ACMS n. 1999.011386-8, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 26-10-1999 e ACMS n. 1998.009865-3, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. 2-12-1999.

Ademais, conforme destacou o representante do Ministério Público no primeiro grau em judicioso parecer, por meio do Termo de Compromisso n. 001/98 (fls. 97 a 116), firmado entre o Estado de Santa Catarina e diversos fabricantes de bebidas, restou atribuída ao Sindicato Nacional de Cerveja a responsabilidade pela pesquisa do preço de venda ao consumidor final, pelo que se afasta qualquer arbitrariedade do órgão arrecadador. Ademais, o simples fato de a empresa Primo Schincariol — Indústria de Cerveja e Refrigerante S.A., fornecedora da apelante, não haver aderido ao acordo, não lhe retira a validade (fl. 124), até porque nenhum vício foi apontado a tal convenção.

Inferese-se, daí, que inexistente a ausência de norma regulamentadora dos critérios de aferição da margem de valor agregado, uma vez que até o advento do Dec. n. 2.820/98 continuavam em vigor as disposições do Decreto n. 3.017/89, especificamente no que concerne à determinação da base de cálculo contida no art. 3º de seu Anexo VII. Após a edição do Decreto n. 2.820/98, os critérios utilizáveis realmente passaram a ser os do art. 41, inc. II, c, e § 3º, da Lei Estadual n. 10.297/96, os quais, conforme se depreende do referido Termo de Compromisso, vêm sendo observados pelo Fisco Estadual.

Ante o exposto, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara, por maioria de votos, decidiu negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 15 de maio de 2003.

Volnei Carlin,

Presidente, com voto vencido;

Sônia Maria Schmitz,

Relatora.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin:

Ementa aditiva

Mandado de segurança — Tributário — Incidência do ICMS — Co-

mércio de bebidas — Substituição tributária — Legalidade — Precedentes.

A substituição é uma das modalidades de sujeição passiva indireta, prevista pela Constituição da República. Surge em face de pessoa diversa daquela que está em direta relação econômica com a situação tributada e objetiva evitar a sonegação de impostos, quando a comercialização de produtos envolve um número bastante grande de comerciantes, pois facilita a fiscalização de operações mercantis por parte do Estado.

Nessa hipótese, o sujeito passivo se desdobra em substituto e substituído, sendo que o primeiro é quem tem o dever legal, independente do fato gerador, de recolher o tributo de forma antecipada, segundo decisões emanadas dos tribunais superiores.

ICMS — Base de cálculo efetivada sobre o valor real das operações de saída dos produtos comercializados — Possibilidade.

In casu, o recolhimento do ICMS sobre o efetivo fato gerador é o valor real das operações de saída dos produtos da apelada e não sobre o valor estimado de venda, fixado previamente pelo Estado.

Sustenta o apelante, em suma, que há impossibilidade da adoção da sistemática de cobrança do ICMS por meio da substituição tributária, uma vez que a aferição da base de cálculo está sendo efetuada de maneira equivocada e com fulcro em legislação revogada (fls. 155 a 175).

No que tange ao regime de substituição tributária, verifica-se que é uma das modalidades de sujeição

passiva indireta, prevista pelo Código Tributário Nacional. Surge em face de pessoa diversa daquela que está em direta relação econômica com a situação tributada e objetiva evitar a sonegação de impostos, quando a comercialização de produtos envolve um número bastante grande de comerciantes, pois facilita a fiscalização de operações mercantis por parte do Estado.

Nessa situação, o sujeito passivo se desdobra em substituto e substituído. Por outras palavras, é o substituto quem, antecipadamente, recolhe o tributo em lugar do substituído. Segundo se infere na Constituição da República, sua legalidade é fato incontroverso:

“Art. 150 (*omissis*)

“§ 7º. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

Também é a orientação jurisprudencial:

“Tributário — ICMS — Recolhimento antecipado — Substituição tributária para a frente — Legalidade — Constitucionalidade.

‘O regime de recolhimento do ICMS antecipado por substituto tributário não pratica ofensa ao princípio da legalidade, da capacidade contributiva e da não cumulatividade do tributo. Não caracteriza, também, vinculação

do substituto tributário com o fato gerador.

‘A Emenda Constitucional n. 3/93 veio a reafirmar a sistemática da antecipação do recolhimento do tributo instituída por Convênio’ (REsp n. 82.279, Min. José Delgado; RE n. 202.715, Min. Ilmar Galvão) (ACMS n. 1997.010502-9, de Porto União, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 1º-3-2001).

Colaciona-se ainda:

“Embargos — Execução fiscal — ICMS — recolhimento antecipado — Regime de substituição tributária — Derivados do petróleo — Legalidade e constitucionalidade reconhecida pelo STJ e pelo STF — Recurso desprovido.

“Primeiramente, cumpre esclarecer que ‘o regime de substituição tributária, por antecipação de ICMS, não agride o ordenamento jurídico’ (ROMS n. 10.575/ES, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 8-5-00).

“O recolhimento antecipado do ICMS, pelo substituto tributário, não caracteriza pagamento do imposto antes da ocorrência do fato gerador, uma vez que o momento de incidência da lei para gerar a obrigação tributária não se confunde com o ato de recolhimento do tributo” (Apelação Cível n. 2000.023781-7, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 22-4-02).

E ainda: MS n. 1988.089064-9 (9.677), da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 9 de maio de 2001; Ap. Cív. n. 1998.015984-9, de Lages, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 11 de maio de 2000; Ap. Cív. n. 1988.084244-3 (49.564), da Capital, rel. Des. Vander-

lei Romer, 1º de março de 2000, dentre outros.

In casu, não se discute diretamente a legalidade da cobrança do ICMS sob o regime de substituição tributária. A controvérsia é o recolhimento do tributo sobre o efetivo fato gerador: valor real das operações de saída dos produtos da apelada e não sobre o valor estimado de venda, fixado previamente pelo Estado.

Salienta-se que, conforme o *decisum* singular, a apelada não foi autorizada a deixar de recolher o ICMS sem se submeter ao regime da substituição tributária, nem mesmo lhe foi possibilitado pagar o referido tributo com base em preços finais da mercadoria, ou seja, com a incidência de uma justa base de cálculo.

Na substituição tributária, a base de cálculo é aplicada sobre um valor presumido da mercadoria. Após a Lei Complementar n. 87/96, foram estabelecidas normas gerais sobre a base de cálculo. Veja-se:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

“4º. A margem a que se refere a alínea c do inciso II do *caput* será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei”.

Dessa forma, a referida Lei Complementar delegou à Lei Estadual n. 10.297/96, mais especificamente em seu artigo 41, § 3º, o poder de ditar os critérios para se fixar a margem de valor agregado a ser cobrada na base de cálculo presumida:

“Art. 41. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

“§ 3º. A margem a que se refere a alínea c do inciso II do *caput* será estabelecida com base nos preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, observados ainda os seguintes critérios:

“I — a pesquisa de preços deverá ser feita, no mínimo, nos dez municípios de maior participação na receita do Estado;

“II — deverá ser ouvido o setor interessado, inclusive quanto à metodologia utilizada;

“III — outros critérios definidos em conjunto pelos Estados e Distrito Federal”.

Portanto, existem alguns requisitos que ensejam a estipulação da margem do valor agregado a ser cobrado no caso de substituição tributária. Sobre esses requisitos, extrai-se do corpo do acórdão da ACMS n. 1999.005255-9, de Lages, j. em

10-6-2002, cujo relator foi o Des. Luiz Cézár Medeiros:

“a) o estabelecimento de uma metodologia de cálculo dessa margem a ser elaborada pelo Fisco com base em critérios definidos pela Fazenda Estadual, e por outros critérios definidos em conjunto pelos Estados e Distrito Federal, por intermédio de convênio, caso haja; b) oitiva de representantes do setor interessado quanto à metodologia a ser utilizada, possibilitando sugestões e impugnações; c) realização de pesquisas dos preços usualmente praticados pelo mercado nos dez municípios de maior participação na receita do Estado, no mínimo, podendo ser realizada por amostragem ou por intermédio do método estatístico de amostragem combinado com informações e elementos fornecidos por entidades representativas do setor de bebidas, adotando-se a média ponderada entre os dados coletados; d) estabelecer procedimentos que possibilitem aos interessados impugnar os cálculos realizados, a pesquisa efetuada e os valores encontrados”.

Entretanto, o Fisco continua utilizando as margens estabelecidas no Decreto Estadual n. 3.017/89, ou, mais precisamente, no § 2º do artigo 3º do seu Anexo VII, que assim previa:

“A base de cálculo do imposto nas operações e prestações de que trata este Anexo é o preço de venda a varejo da mercadoria, máximo ou único, fixado pela autoridade competente, ou constante da tabela de preços

acordados pelas entidades representativas do setor.

“§ 1º — Tratando-se dos produtos relacionados no inciso X do art. 1º, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária:

“I — será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante da tabela estabelecida pelo órgão competente ou, na falta desta, pelo fabricante, acrescido do valor do frete e do IPI;

“II — inclui o valor dos acréscimos colocados pelo estabelecimento responsável pelo pagamento do imposto.

“§ 2º — Na falta do valor referido no *caput* ou no § 1º, a base de cálculo do imposto é o valor da operação praticada pelo substituto com o comércio varejista, neste preço incluídos os valores correspondentes a fretes e carretos, o IPI e outros encargos transferíveis ao varejista, acrescido do seguinte percentual:

“I — nas saídas de refrigerantes e cervejas, inclusive chopes (Convênios ICM 15/84, 22/85 e 37/85. Protocolos ICM ns. 09/84, 16/84, 08/85, 01/86, 07/87, 08/88 e ICMS n. 16/89):

“a) 40% (quarenta por cento) quando se tratar de refrigerantes em garrafas com capacidade igual ou superior a 600ml;

“b) 100% (cem por cento) nos casos de ‘pré-mix’ e ‘pós-mix’;

“c) 115% (cento e quinze por cento) no caso de chope;

“d) 70% (setenta por cento) nos demais casos”.

A presunção do valor da base de cálculo para fins de substituição tributária, nos casos de distribuidora de bebidas, baseava-se no valor da operação praticada pelo substituto com o comércio varejista, incluídos os valores correspondentes a fretes e carretos, o IPI e outros encargos transferíveis ao varejista, acrescido dos percentuais ditados no inciso I do § 2º do artigo acima descrito.

A intenção da Fazenda Estadual, no sentido de ser garantida a aplicabilidade da legislação anterior, não merece guarida, haja vista que o Fisco não pode exigir um tributo, *in hypothese*, o ICMS, com base em valores fixados unilateralmente, conforme é a determinação da Lei Complementar n. 87/96 e Lei Estadual n. 10.297/96.

Equívocada, portanto, a pretensão da apelada de que a base de cálculo na substituição tributária seja fixada por pauta de valores mínimos, disciplinada pelo Decreto n. 3.017/89. Nesse mesmo norte, cita-se o descrito no já referido acórdão da ACMS n. 1999.005255-9, de Lages:

“O Estado de Santa Catarina, para defender a utilização do Decreto n. 3.017/89, filia-se à tese adotada em julgados deste Tribunal de Justiça no sentido de que os dispositivos constantes no Anexo Único da Lei n. 7.547/89 continuam em plena vigência, até que seja devidamente regulamentada a Lei n. 10.297/96, já que com ela não se conflita. Entretanto, equivoca-se a Fazenda Estadual quando entende que o disposto no § 2º do artigo 3º do Anexo VII do referi-

do Decreto não diverge do conteúdo da Lei Estadual em vigor.

“Conforme exposto alhures, o processo de fixação da margem do valor agregado deve oportunizar a participação do contribuinte, o que não foi observado na fixação dos percentuais previstos no § 2º do artigo 3º do Anexo VII do Decreto n. 3.017/89, conflitando, assim, com o disposto na Lei n. 10.297/96.

“Procede, portanto, a irresignação da empresa impetrante, já que não poderia haver exigência fiscal baseada nos percentuais unilateralmente fixados pela Fazenda, quando já vigente nova ordem legal estabelecendo novo procedimento para a aferição da margem do valor agregado — Lei Complementar n. 87/96 e Lei Estadual n. 10.297/96”.

Traz-se à baila a jurisprudência aplicável:

“Tributário — ICMS — Substituição tributária — Fixação da margem de lucro — Critérios — Lei Complementar n. 87/96 e Lei Estadual n. 10.297/96 — Impossibilidade de o Fisco utilizar os percentuais fixados em decreto que regulamentava lei já revogada.

“Com o advento da Lei Complementar n. 87/96 e a subsequente edição da Lei Estadual n. 10.297/96, é vedado ao Fisco, para efeito de substituição tributária, aplicar percentuais de margem de lucro fixados unilateralmente, como aqueles previstos no revogado Decreto Estadual n. 3.017/89 (§ 2º do art. 3º do Anexo VII). As normas constantes deste edito conflitam com os critérios estabelecidos nas nor-

mas de regência em vigor” (ACMS n. 1998.002219-3, de Itajaí, rel. designado Des. Luiz César Medeiros, j. em 23-9-2002).

Ressalta-se, ainda, que o ICMS é uma espécie de tributo cujo lançamento se dá por homologação, ficando o contribuinte sujeito à fiscalização por parte da Fazenda Pública, durante cinco anos, a teor do art. 150 do CTN:

“Art. 150 — O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

“§ 4º — Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Fica assegurada, portanto, ao Fisco, a possibilidade de verificação e de controle da regularidade dos respectivos lançamentos, por parte dos substituídos.

Pelas razões acima expostas, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido do provimento do recurso e da concessão da ordem para que o ICMS seja recolhido tendo como base de cálculo o valor apurado em conta gráfica.

Volnei Carlin

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022018-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Ação declaratória – Desapropriação de imóvel por interesse social – Pedido reconhecido por sentença da caducidade do decreto municipal – Prazo do art. 3º da Lei n. 4.132/62 – Anuência do município – Interesse de agir inexistente – Ato compositivo da lide confirmado.

Ex vi do art. 3º do Código Processual Civil, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

No plano da ação declaratória, ensina Celso Agrícola Barbi que “o interesse de agir é fundamental para se admitir ou não a propositura da ação. Nessas ações [...] a necessidade da sentença surgirá quando houver uma incerteza objetiva, jurídica, atual, e que cause dano ao autor” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, p. 29).

Na espécie, dispõe o art. 3º da Lei n. 4.132, de 10-9-62, que “o expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado”.

Irrelevante é a dúvida meramente subjetiva existente no espírito da irresignada e não no plano do direito. Inexiste utili-

dade/necessidade na entrega de prestação jurisdicional declaratória para simplesmente comprovar aos possíveis investidores ou mesmo para que se permita a averbação ou transcrição do registro público do referido imóvel, visto que, diante da inércia da municipalidade durante o prazo legal de dois anos, o ato administrativo em questão não possui mais eficácia.

Ademais, todos os imóveis localizados no Município de São José estão sujeitos à desapropriação por interesse social por parte da Municipalidade. Assim, na hipótese, uma vez decorrido o lapso temporal de 2 anos prescrito no art. 3º da Lei n. 4.132/62, o ente público poderá exercer seu poder expropriante, novamente, sobre o mesmo imóvel. Ainda, ressalta-se que a própria sentença a quo, por si só, atende o interesse/necessidade da autora, pois ao concluir pela inexistência de interesse processual, manifestou, por via adversa, a declaração da caducidade pleiteada. E mais: nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Da mesma forma, ausente qualquer litígio entre as partes que necessite de tutela do Poder Judiciário.

Por fim, salienta-se que a “falta de interesse de agir, dito no anterior Código de Processo Civil interesse legítimo, é falta de necessidade de tutela jurídica. O Estado prometeu tutela jurídica aos que dela precisem; não aos que dela não precisam. Tal verificação prévia se lhe impunha, para evitar gastos inúteis, asseveramento dos serviços judiciários e incômodos às pessoas que teriam de entrar na relação jurídica processual ou seriam chamadas a angularizá-las” (Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 124).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022018-0, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante D’Avila Administração e Participações Ltda., sendo apelado município de São José:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

D’Avila Administração e Participações Ltda., por seu advogado, ajuizou ação declaratória contra o município de São José, pretendendo o reconhecimento por sentença da caducida-

de do Decreto n. 4.270/95, o qual declara de interesse social, para efeito de desapropriação, área de terra de sua propriedade, situada naquele Município.

Alegou que o referido decreto, por força do disposto no art. 3º da Lei n. 4.132/62, perdeu seu efeito, uma vez que decorrido o prazo de dois anos sem que qualquer medida tenha sido tomada por parte da Municipalidade.

Sustentou, ainda, que, mesmo após a flagrante caducidade do ato administrativo, a requerente vem sofrendo dificuldades em negociar seu imóvel em virtude da “mácula” lançada sobre este, pelo aludido decreto expropriatório. Assim, entende ser necessária a declaração da caducidade de tal ato administrativo por meio de sentença positiva.

Citado, o Município veio aos autos para reconhecer a caducidade do decreto, afirmando não haver interesse de sua parte na desapropriação daquela gleba.

Após outras considerações, que ficam incorporadas a esta suma, o MM. Juiz *a quo* julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, ante a ausência de interesse de agir da requerente.

Inconformada, apelou a tempo e modo, reafirmando os argumentos expostos na exordial (fls. 50 a 54).

Respondido o apelo, sobreveio manifestação do representante do *Parquet* de primeiro grau no sentido da manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo desprovimento da irresignação.

É a síntese do essencial.

Insurge-se a apelante contra o r. *decisum*, que extinguiu a lide sem o julgamento do mérito, por entender ausente um dos pressupostos de condição da ação, qual seja, a falta de interesse de agir.

Sustenta a requerente que seu interesse processual é evidente, pois, como o Decreto Municipal n. 4.270/95 existe e não foi revogado, aquela não consegue negociar com investidores interessados no aludido imóvel, visto que não possui meios para comprovar que o direito subjetivo do município de São José em desapropriá-la caducou.

Assim, com fulcro no art. 4º, I, do CPC, a apelante possui interesse de obter do Judiciário uma sentença que declare a inexistência de uma relação jurídica (fl. 43).

Data venia, a irresignação não merece guarida, devendo a r. sentença negativa permanecer incólume.

De fato, a legislação aplicável ao procedimento de desapropriação por interesse social, no caso em tela, é a Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962.

Reza o seu art. 3º que “o expropriante tem o prazo de 2 (dois) anos, a partir da decretação da desapropriação por interesse social, para efetivar a aludida desapropriação e iniciar as providências de aproveitamento do bem expropriado”.

In casu, o decreto municipal foi promulgado em 20 de junho de 1995, tendo seu prazo expirado em 20 de junho de 1997.

Conforme se depura dos autos, nenhum ato ou providência expropriatória foi praticado pelo município de São José durante aquele lapso temporal, o qual foi posteriormente afirmado quando da apresentação de sua defesa, na qual reconheceu de forma inconteste que, “portanto, o Decreto citado realmente já caducou, não havendo interesse por parte deste Município, no presente momento, na desapropriação do referido imóvel” (fl. 24).

Em não havendo dúvidas quanto a sua validade e eficácia, não há, nos autos, qualquer interesse de agir da recorrente.

Ex vi do art. 3º do Código Processual Civil, para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Quanto ao primeiro, ao lado do necessário interesse material ou subjetivo, faz-se necessária a existência de interesse processual que, em síntese, consiste na necessidade e utilidade do processo para compor o litígio.

Tecendo seus comentários sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior sustenta:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, desta maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar

esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.

“Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)” (Curso de Direito Processual Civil. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I, p. 55 e 56).

No mesmo sentido, traz-se à colação doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício:

“A trilogia das ‘condições da ação’ completa-se com o denominado ‘interesse de agir’, ou ‘interesse processual’, como está no texto legislativo nacional. O requisito consiste em ser a prestação jurisdicional buscada pelo autor necessária e útil, vale dizer, a ação só será admitida se a atuação do Estado-Juiz for a única, nas coordenadas do caso concreto, capaz de assegurar ao demandante a satisfação da pretensão de direito material por ele manifestada. Do ponto de vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou comodismo, quicá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo

resultado por seus próprios meios e sem resistência" (*in* Revista de Processo n. 58, p. 7 a 32).

No plano da ação declaratória, ensina Celso Agrícola Barbi que "o interesse de agir é fundamental para se admitir ou não a propositura da ação. Nessas ações [...] a necessidade da sentença surgirá quando houver uma incerteza objetiva, jurídica, atual, e que cause dano ao autor" (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 1, p. 29).

Adiante, explica que "um desses conceitos é o da *incerteza*, segundo o qual, para ser admitida uma ação, é necessário que haja a *incerteza* sobre a relação que forma o objeto da demanda.

"Mas não é bastante que a incerteza se forme no espírito do autor; ela deve ser *objetiva*, isto é, ser uma dúvida séria, 'em condições de tornar incerta a vontade concreta da lei no espírito de qualquer pessoa normal', como quer Chiovenda, ou 'em face da opinião comum', como quer Zanzucchi. Além de objetiva, a incerteza deve ser *jurídica*, isto é, relativa a direitos e obrigações, e *atual*, quer dizer, já existente, e não apenas possível" (*op. cit.*, p. 45).

Na espécie, constata-se que a dúvida é meramente subjetiva porque existente somente no espírito da irrisignada, e não no plano do direito. Nesse sentido, ressalta-se, novamente, que o Judiciário não se presta como órgão de mera consulta para emissão de pareceres ou algo congênere.

Inexiste utilidade/necessidade na entrega de prestação jurisdicional declaratória para simplesmente comprovar aos possíveis investidores ou mesmo para que se permita a averbação ou transcrição do registro público do referido imóvel, visto que, diante da inércia da Municipalidade durante o prazo legal de dois anos, o ato administrativo em questão não possui mais eficácia.

Consoante muito bem asseverou o representante do Ministério Público de primeiro grau, "não há, como se vê, qualquer controvérsia quanto ao fato que pretende a requerente ver declarado por sentença, sendo, pois, absolutamente desnecessária a prestação jurisdicional reclamada, que nenhum reflexo produziria no mundo jurídico; com ou sem a declaração pelo Poder Judiciário da caducidade do decreto, perdeu ele sua eficácia pelo só decurso do prazo previsto no art. 3º da Lei n. 4.132/62" (fl. 59).

As razões são inúmeras. A uma porque todos os imóveis localizados no município de São José estão sujeitos à desapropriação por interesse social por parte da Municipalidade. Assim, na hipótese, uma vez decorrido o lapso temporal de 2 anos prescrito no art. 3º da Lei n. 4.132/62, o ente público poderá exercer seu poder expropriante, novamente, sobre o mesmo imóvel. Segundo, porque a própria sentença *a quo*, por si só, atende ao interesse/necessidade da autora, pois ao concluir que pela inexistência de interesse processual, manifestou, por via adversa, a declaração da caducidade pleiteada. Terceiro, porque *ex vi*

do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Da mesma forma, ausente qualquer litígio entre as partes que necessite de tutela do Poder Judiciário.

Por fim, salienta-se que a “falta de interesse de agir, dito no anterior Código de Processo Civil interesse legítimo, é falta de necessidade de tutela jurídica. O Estado prometeu tutela jurídica aos que dela precisam; não aos que dela não precisam. Tal verificação prévia se lhe impunha, para evitar gastos inúteis, asseveramento dos serviços judiciários e incômodos às pessoas que teriam de entrar na relação jurídica processual ou seriam

chamadas a angularizá-las” (Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 124).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. decisão de primeiro grau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de agosto de 2003.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2004.002207-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo e previdenciário – Pensão por morte – Dependente – Estudante universitário – Previsão legal – Decreto n. 4.599/78 e LC n. 129/94 – Cancelamento – Ilegalidade.

Até prova em contrário, para efeito do direito ao recebimento de pensão por morte devida pelo instituto previdenciário estadual, presume-se a necessidade econômica do dependente de servidor público, até a idade de 24 anos, que freqüente curso universitário (Decreto n. 4.599/78, arts. 12, parágrafo único, e 14; LC n. 129/94, arts. 5º, II, b e § 3º, com a redação que lhe deu a LC n. 163/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.002207-7, da comarca da Capital, em que é apelante o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc — e apelada Fernanda Sabrinna Morisco, assistida por sua mãe, Aladia Morisco:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e reformar parcialmente a sentença em reexame.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Fernanda Sabrinna Morisco, assistida pela mãe, Aladia Morisco, impetrou mandado de segurança contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, pretendendo o restabelecimento do pagamento de pensão por morte.

Ao sentenciar o feito, o Magistrado consignou na parte dispositiva da sentença:

“Ante o exposto concedo a segurança impetrada por Fernanda Sabrinna Morisco, contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, para determinar que passe a efetuar o pagamento de seu benefício – pensão por morte, na forma do artigo 40, § 7º, da Constituição Federal, no valor correspondente à totalidade dos proventos do instituidor com efeitos a partir da impetração, até o fim de sua

condição de estudante universitária” (fl. 114).

Irresignado, o Ipesc interpôs recurso de apelação, afirmando, em síntese, que a guarda judicial somente ampara a criança e o adolescente até os 18 anos, e que, como a impetrante já ultrapassou a idade limite, não tem mais direito ao benefício pleiteado.

Devidamente intimada, a impetrante ofertou contra-razões ao recurso, pugnando pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Antenor Chinato Ribeiro, manifestou-se pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso, bem como pelo provimento parcial da remessa, para reformar a sentença de primeira instância, no sentido de confirmar a liminar e garantir à impetrante o pagamento da pensão até a data em que completou 21 anos.

II – Voto

1. O cerne da questão discutida nos autos é saber se Fernanda Sabrinna Morisco, que era dependente de funcionário público estadual aposentado e já falecido, tem ou não o direito de continuar a receber o benefício previdenciário pensão por morte, haja vista o cancelamento do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, sob o fundamento de que a impetrante já completou 18 anos de idade.

Tendo em vista que a impetrante é titular do interesse em litígio, não há falar em ilegitimidade de parte. No

mesmo norte, não pode ser admitida a tese de impossibilidade jurídica do pedido, pois não há óbice ao pretendido no ordenamento jurídico pátrio. Assim, agiu bem o digno Magistrado ao afastar as aludidas preliminares.

Tampouco merece guarida o argumento, em sede recursal, de que o mandado de segurança não é o meio jurídico hábil para o processamento da lide, pois é incontroversa nos autos a existência de ato de autoridade pública no sentido de tolher supostos direitos da impetrante. De igual forma, o feito dispensa dilação probatória e sua resolução depende unicamente da interpretação dos documentos trazidos aos autos e da legislação previdenciária pertinente.

Especificamente quanto ao mérito da questão, verifica-se dos autos de justificação de dependência econômica, acostados às fls. 10 a 73, que a guarda de Fernanda Sabrinna Morisco era exercida, quando em vida, por Antenor Tavares, funcionário público estadual aposentado, que vivia maritalmente com a mãe da postulante, Aladia Morisco, e que ambas dependiam economicamente do servidor falecido, motivo pelo qual o Ipsc deferira o benefício pensão por morte em favor da impetrante.

Não obstante, pese o vínculo de dependência econômica não ter sido contestado, a autarquia houve por bem cancelar o pagamento do benefício em junho de 2000, momento em que a impetrante contava com 20 anos de idade e já cursava a faculdade de Educação Física.

Ora, a legislação previdenciária estadual aplicável ao caso – Decreto n. 4.599/78 e a Lei Complementar Estadual n. 129/94 – estabelece que são considerados dependentes do associado, equiparados aos filhos, desde que comprovem dependência econômica, todos aqueles que se achem sob tutela do associado ou sob sua guarda (Decreto n. 4.599, art. 12, parágrafo único, e LC n. 129/94, art. 5º, § 3º, com a redação dada pela LC n. 163/98).

Assim, se o vínculo de dependência econômica foi comprovado pelos autos de justificação judicial, a condição de dependente da impetrante não pode ser ilidida sob o fundamento de que o instituto da guarda somente a amparou até os 18 anos de idade. O que se deve levar em conta é que, ao condicionar a dependência beneficiária de terceiros ao instituto da guarda ou tutela do associado segurado, a lei pretendeu proteger os hipossuficientes que fossem sustentados por aquele. Por óbvio, a condição de insuficiência econômica não se extingue com o fim da guarda; ao contrário, ela pode até recrudescer.

Assim, se restou comprovada a dependência econômica, poderá o limite de idade do dependente ser ampliado para 21 ou até 24 anos, desde que, para o último caso, o interessado comprove ser estudante universitário (art. 14), o que no caso pode-se aferir pelo documento de fl. 78.

Nesse contexto, se restaram comprovadas a dependência econômica e a condição de estudante universitária da impetrante, é de ser deferido o pagamento do benefício previdenciário.

rio pretendido até que esta complete 24 anos de idade.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência desta Casa de Justiça:

“Pensão — Menor de 21 anos, do sexo masculino — Comprovação de dependência econômica com o servidor e segurado falecido — Inexistência de causa iliditiva desta dependência econômica — Pensão devida.

“A teor dos Decretos Estaduais ns. 2.512, de 2-5-77, e 4.599, de 13-3-78, assiste a filho menor de 18 anos de servidor do Ipsc falecido o direito ao benefício da pensão por morte, estendendo-se este direito até os 21 anos, aos filhos solteiros de qualquer condição, uma vez comprovada a dependência econômica, e até os 24 anos, se estudante universitário. Para comprovação da perda deste benefício, em razão de concubinato, a teor do disposto no art. 27, letra *f*, do Decreto n. 4.599/78, há que resultar estreme de dúvidas. Para tal, não bastando o fato do pretendente à pensão residir com familiares da imputada concubina, se restou inilidida a sua dependência econômica, com relação ao servidor falecido” (Ap. Cív. n. 1996.007274-8, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Previdência estadual. Ipsc. Pensão por morte. Cancelamento, atingida a maioridade do beneficiário. Ação improcedente. Recurso desprovido.

“Universitário pensionista tem direito ao benefício até a idade de 24 anos. Não assim quem ingressa na Universidade após o cancelamento ocorrido ao transpor a maioridade” (Ap. Cív. n. 38.475, rel. Des. Xavier Vieira).

2. Ante o exposto, nego provimento ao recurso e, em sede de reexame, reformo parcialmente a sentença, tão-somente para estabelecer como termo final para o pagamento da pensão, se mantida a condição de estudante universitária, a data em que a impetrante completar 24 anos, conforme o pedido deduzido na inicial.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso e, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 1º de junho de 2004.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.011259-9, DE BRAÇO DO NORTE**Relator: Juiz Jaime Ramos**

Apelação cível em mandado de segurança – Concurso público – Nomeação de aprovados após o prazo de validade e em período eleitoral – Nulidade flagrante declarada por ato unilateral da Administração – Ausência de processo administrativo – Irrelevância, na espécie – Ordem denegada – Recurso desprovido.

É nula a nomeação de aprovados em concurso público após o prazo de validade do certame, cuja prorrogação, embora prevista no edital, não chegou a efetivar-se por ato algum da administração.

São nulos de pleno direito os atos de nomeação que importarem em aumento da despesa de pessoal, realizados nos cento e oitenta dias anteriores ao término do mandato do Chefe do Poder (art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal).

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos” (Súmula 473 do STF).

É desnecessária a prévia instauração de processo administrativo para declarar a nulidade do ato de nomeação flagrantemente ilegal ou inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de o servidor opor qualquer defesa, pois não se trata de demissão motivada pela prática de infração administrativa ou exoneração por insuficiência de desempenho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.011259-9, da comarca de Braço do Norte, em que são apelantes Valmíria Teresinha Dacorégio Pereira e outros e apelado o município de Grão Pará:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, homologar a desistência manifestada pela impetrante Tatiana Külkamp Meurer Müller, e negar provimento ao recurso das demais.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Braço do Norte, Valmíria Teresinha Dacorégio Pereira, Teresinha Volpato de Oliveira, Dosolina Nandi Carara, Neusa Pickler Kulkamp, Matilde Dacorégio Guizoni, Rogirlene Dacorégio Kulkamp, Tatiana Kulkamp Meurer Müller, Viviani Macieski Kafka, Flávia Aparecida Rota Hilman e Sirelde Pietro Biasi impetram mandado de segurança contra ato de José Nei Alberton Ascari, Prefeito do município de Grão Pará. Sustentaram que em 15-10-1998 prestaram concurso público para exercer os cargos de professora, e foram aprovadas no certame. Após terem sido nomeadas e empossadas, o impetrado decidiu anular o concurso público. Todavia, a autoridade o fez sem a prévia instauração de processo administrativo, o que, segundo as impetrantes, configura ilegalidade que feriu direito líquido e certo delas, justamente pelo fato de já terem sido nomeadas e empossadas. Acrescentaram que o ato de nomeação não contém nulidade alguma, uma vez que é possível a prorrogação do prazo de validade do concurso e a legislação eleitoral não proíbe a nomeação.

Notificada, a autoridade apresentou informações. Sustentou que a nomeação das impetrantes foi realizada após o prazo de validade do concurso e em período eleitoral, em afronta à Lei n. 6.091/74 e à Lei de Responsabilidade Fiscal; por tais motivos, o ato era nulo de pleno direito, o que autorizava a sua anulação unilateral pela Administração, sem necessidade de processo administrativo. Acrescentou

que a nomeação das professoras, além dos vícios de legalidade apontados, era também imoral, porque algumas delas foram nomeadas no final do mês de dezembro de 2000, quando já estava praticamente encerrado o ano letivo. Por derradeiro, afirmou que a recondução das impetrantes a seus cargos representaria enormes prejuízos para as já comprometidas finanças do Município, motivo pelo qual não poderia ser deferida a liminar.

A liminar foi indeferida, após as informações.

O representante do Ministério Público de primeiro grau manifestou-se pela improcedência do pedido.

Sobreveio sentença, na qual restou denegada a segurança.

Após a prolação da sentença, a impetrante Tatiana Kulkamp Meurer Müller requereu a desistência da ação.

As demais interpuseram recurso de apelação, repisando os argumentos da petição inicial.

Contra-arrazoado o apelo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

II — Voto

A Procuradoria-Geral de Justiça, quanto ao pedido de desistência formulado pela impetrante Tatiana Kulkamp Meurer Müller, pugnou pelo cumprimento do disposto no § 4º do art. 267 do Código de Processo Civil, que exige, para a medida, a concordância do réu depois de citado. No en-

tanto, segundo orientação doutrinária e jurisprudencial, a providência é desnecessária em se tratando de mandado de segurança, como se vê:

“O mandado de segurança, visando unicamente à invalidação de ato de autoridade, admite desistência a qualquer tempo, independentemente de consentimento do impetrado. [...] Portanto, não havendo símile com as outras causas, não se aplica o disposto no § 4º do art. 267 do CPC para a extinção do processo por desistência” (Meirelles, Hely Lopes. Mandado de Segurança, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 82 e 83).

“O impetrante pode desistir do mandado de segurança, mesmo após a notificação da autoridade impetrada e independentemente da concordância desta, não incidindo na espécie a regra do art. 267, § 4º, do CPC. Precedentes” (STJ – 5ª Turma, Recurso Especial n. 440.019-SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 16-11-2002).

“Mandado de segurança – Apelação cível – Pedido de desistência formulado pela impetrante – Perda do interesse de agir – Extinção do feito sem julgamento do mérito. Ainda que em grau recursal, formulado pedido de desistência do *writ of mandamus* pelo impetrante, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VIII, do CPC) sem que haja a necessidade da anuência da parte *ex adversa*” (TJSC – Sexta Câmara Civil, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.012784-9, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 27-9-2001).

“Processual civil. Mandado de segurança. Desistência. O impetrante pode desistir do mandado de segurança a qualquer tempo e independentemente da concordância do impetrado” (TJSC – Grupo de Câmaras de Direito Público, Mandado de Segurança n. 2000.019678-9, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 10-4-2002).

Afasta-se, pois, a necessidade de manifestação da autoridade impetrada quanto ao pedido de desistência formulado por Tatiana Küelkamp Meurer Müller, que se homologa desde já.

No mérito, nega-se provimento ao recurso.

As impetrantes foram aprovadas para o cargo de professoras por meio do concurso público aberto pelo Edital n. 01/98 de Grão Pará, como esclarecido na própria petição inicial e conforme se infere do documento de fls. 124 a 127. Em 25-7-2000 ocorreu a nomeação das impetrantes Rogirleone Dacoregio Kulkamp (fl. 46) e Viviani Macieski Kafka (fl. 48), e em 29-11-2000 foram nomeadas as impetrantes Valmíria Teresinha Dacorégio Pereira (fl. 41), Terezinha Volpato de Oliveira (fl. 42), Dosolina Nandi Carara (fl. 43), Neusa Pickler Kulkamp (fl. 44), Matilde Dacorégio Guizoni (fl. 45), Flávia Aparecida Rota Hilman (fl. 49) e Sirelde Pietro Biasi (fl. 50).

O Decreto atacado, de n. 009/2001, datado de 10-1-2001, pelo qual foi anulada a nomeação de 21 (vinte e um) servidores públicos de Grão Pará, dentre os quais as impetrantes, foi proferido com base nos seguintes fundamentos: “considerando que o Concurso Público n. 001/98 foi

realizado com prazo de validade de um ano, contado a partir da homologação, ocorrida em 5 de janeiro de 1999; considerando a inexistência de ato do Poder Executivo no sentido de prorrogar a validade do referido concurso em 5 de janeiro de 2000; considerando que foram realizadas nomeações de servidores após ter expirado o prazo de validade do concurso; e considerando, ainda, que vários dos servidores aprovados no concurso foram nomeados no período eleitoral, infringindo-se o art. 13 da Lei n. 6.091/74 e o art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) [...]” (fl. 58).

Na petição inicial do mandado de segurança, as impetrantes sustentaram que esse ato é nulo porque lhes deveria ter sido assegurada a instauração de processo administrativo, com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Além disso, argumentaram que nem sequer deveria ter sido anulada a nomeação, posto que a Lei n. 6.091/74, que a autoridade impetrada mencionou, foi revogada pela Lei n. 8.214/91, e esta, no art. 13, declara a legalidade da nomeação para cargos públicos de servidores aprovados em concursos.

Todavia, apesar da lúcida e culta exposição do procurador das impetrantes, esses argumentos não procedem.

Primeiramente, analisa-se se à autoridade apontada como coatora era lícito anular a nomeação das impetrantes e de outros servidores.

Com efeito, a validade do concurso era de um ano, prorrogável por

igual período, conforme se verifica no edital de fls. 124 a 127. Diversamente do que sustentaram o Juízo *a quo* na sentença (fl. 161) e a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (fl. 211), há nos autos prova de quando ocorreu a homologação do concurso público, que foi em 5-1-1999, conforme o documento de fl. 146, pelo qual o Prefeito de Grão Pará tornou pública e homologou a lista dos candidatos classificados. Também consta dos autos prova de que essa lista foi publicada em periódico da região três dias após (fl. 132). Não há dúvida de que o prazo de um ano inicialmente fixado poderia ser prorrogado por igual período, desde que, evidentemente, houvesse um ato administrativo expresso nesse sentido.

Mas não há no caderno processual prova alguma de que tenha havido prorrogação do prazo de validade do concurso. Aliás, a declaração de fl. 147, firmada por funcionários da Secretaria da Administração e Fazenda de Grão Pará, atesta que não houve a prorrogação do prazo do concurso. Assim, o concurso público n. 1/98, de Grão Pará, teve seu prazo de validade expirado em 5-1-2000.

Como as nomeações de todas as impetrantes ocorreram muito depois desse período de validade, devem ser consideradas nulas.

Sobre o período de validade do concurso público e a impossibilidade de nomeação após o decurso do prazo, colhe-se da doutrina:

“A exigência de aprovação prévia em concurso público implica a classificação dos candidatos e a nomea-

ção na ordem paritária dessa classificação. Não basta, pois, estar aprovado em concurso para ter direito à investidura. Necessário também é que esteja classificado e na posição correspondente às vagas existentes, *durante o período de validade do concurso*, que será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período. [...] *Se aqui prevê prazo de validade do concurso e esse prazo foi estabelecido, o direito de ser convocado só perdura dentro desse prazo e de sua prorrogação*” (Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 663 e 664; grifos apostos).

Nesse caso, em face da invalidade das nomeações, era lícito à Administração anulá-las de ofício, segundo entendimento já pacificado pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, assim vazada: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Não é só. Efetivou-se o ato atacado neste mandado de segurança com base em outros dois fundamentos: violação aos arts. 13 da Lei n. 6.091/74, e 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Não há dúvida de que a fundamentação do ato verberado no art. 13 da Lei n. 6.091/74 não procede. É que tal dispositivo se refere à nomeação

de servidores no período entre os noventa dias anteriores às eleições parlamentares e o término do mandato do Governador do Estado, o que não abrange a hipótese dos autos. A regra invocável seria a genérica do art. 73, inciso V, da Lei n. 9.504, de 30-9-1997, a qual, entretanto, ressaltava a possibilidade de nomeação “dos aprovados em concursos públicos homologados até o início” do prazo de três meses que antecedem o pleito. Ora, se o concurso discutido nos autos foi homologado em 5-1-1999, portanto, bem antes dos três meses anteriores ao pleito de outubro de 2000, nenhum impedimento haveria para a nomeação dos respectivos aprovados, em face da lei eleitoral em causa.

Contudo, a outra norma citada no ato declaratório de nulidade combatido pelas impetrantes invalida a nomeação realizada em momento pré-eleitoral. É o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que estatui o seguinte: “É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento de despesa com pessoal e não atenda: [...] Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”. Tem-se, assim, que as nomeações realizadas até cento e oitenta dias antes de 31 de dezembro de 2000, quando se encerrou o mandato dos Prefeitos Municipais, são nulas de pleno direito. E as nomeações de todas as impetrantes ocorreram dentro desse

período, em 27 de julho e 29 de novembro de 2000.

Em caso semelhante, este Tribunal asseverou:

“Apelação cível em mandado de segurança – Nomeação de servidora pública concursada no interstício de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do prefeito – Ilegalidade do ato – Vedação expressa do art. 20, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Violação, ademais, do art. 73, inc. V, da Lei Eleitoral que proíbe a nomeação de servidores nos três meses antecedentes ao pleito eleitoral – Alegação de ofensa às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa – Inocorrência – Desnecessidade de instauração de processo administrativo quando o ato a ser anulado encontra-se evidado de flagrante ilegalidade – Poder-dever da administração pública de anular os seus próprios atos quando contrários à lei – Súmula 473 do STF – Recurso conhecido e não provido” (TJSC – Quinta Câmara Civil, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.020958-6, de Tubarão, rel. Des. João Martins, j. em 7-3-2002).

Em face dessa flagrante violação à lei, era lícito à Administração anular os atos de nomeação das impetrantes que violaram não só a Lei de Responsabilidade Fiscal, quanto à proibição de nomear, mesmo concursados, no período de cento e oitenta dias que antecedem o término do mandato do administrador, como também o disposto no art. 37, incisos III e IV, da Constituição Federal de 1988, que

dispõe sobre o prazo de validade do concurso e a nomeação dos vencedores dentro do prazo improrrogável previsto no edital de convocação, que era de um ano e não foi prorrogado por ato algum da autoridade competente. Vale dizer, os atos de nomeação desconsideraram totalmente o princípio da legalidade dos atos administrativos esculpido no art. 37, *caput*, da Carta Magna, senão também o da moralidade ali igualmente previsto, porque boa parte das nomeações das impetrantes como professoras municipais ocorreu ao término do ano letivo.

Disso resulta que, diversamente do que elas alegaram na petição inicial e nas razões de recurso, não havia necessidade de prévia instauração de processo administrativo para a declaração da nulidade dos atos de nomeação.

Afinal, trata-se da declaração de nulidade da nomeação de servidores, por evidente ilegalidade no ato, e não de exoneração ou demissão.

Se a hipótese fosse a de demissão das impetrantes, como punição pela prática de infração administrativa, então o prévio processo administrativo, para garantia do contraditório e da ampla defesa, seria realmente imprescindível, mesmo no caso de servidores em estágio probatório, como era o caso das impetrantes. Nesse sentido é a lição do mestre Hely Lopes Meirelles: “Ora, demissão sumária não cabe em caso algum, para nenhum servidor, quer estável, quer em estágio probatório, porque nenhum servidor pode ser punido com a pena máxima de dispensa do serviço sem

comprovação da falta que deu causa à punição e sem ampla defesa” (Direito Administrativo Brasileiro. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 422).

Como as impetrantes ainda se encontravam em estágio probatório, seria cabível, em tese, a sua exoneração por insuficiência de desempenho, com base no § 4º do art. 41 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98. Mesmo assim, porém, seria ilegal a exoneração de plano, porque, embora no caso não seja exigível um processo administrativo com o relativo formalismo de um procedimento disciplinar, deve haver pelo menos a comprovação de que o servidor não se adaptou à função. A respeito, extrai-se da obra há pouco mencionada: “O que os tribunais têm sustentado – e com inteira razão – é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem insuficiência de desempenho, inaptidão ou desídia do servidor em observação, defeitos, esses, apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta e o desempenho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar” (p. 420).

Vê-se, assim, que para a demissão (punição) do servidor, mesmo em estágio probatório, é imprescindível a prévia comprovação da sua falta em processo administrativo. Já para a exoneração por insuficiência de desempenho, embora não se exija a for-

malidade de um procedimento disciplinar, deve restar satisfatoriamente demonstrada a desídia do servidor. Em ambas as hipóteses seria necessário possibilitar ao servidor o contraditório e a ampla defesa.

Todavia, como se demonstrou à exaustão, a hipótese ora tratada não é de demissão nem de exoneração de servidor público, mas de declaração de nulidade ou anulação do ato de sua nomeação, por flagrante desrespeito às prescrições legais e constitucionais, afastando-se, portanto, a necessidade de realização de procedimento administrativo, ou de qualquer outra investigação quanto ao desempenho das servidoras.

A nulidade declarada não se refere a circunstâncias pessoais das impetrantes, mas ao fato de a nomeação ter sido realizada ao arrepio da lei. Por tal motivo, seria medida totalmente desnecessária a citação delas para um processo administrativo com as garantias do contraditório e da ampla defesa, mesmo porque não há nada de que elas possam se defender. Qualquer alegação das impetrantes seria inócua, porque nada lhes é imputado. A perda do cargo público, no caso, não decorreu de sanção, mas de simples aplicação de preceitos de direito administrativo em face da flagrante invalidade do ato de nomeação.

Recentemente esta Corte decidiu:

“Administrativo. Reintegração de servidor público. Ingresso no serviço público municipal, via concurso, de candidato septuagenário na época da inscrição. Ato nulo. Fato incontrover-

so. Exoneração. Desnecessidade de prévio processo administrativo. 'Ato administrativo flagrantemente contrário à lei é nulo e deve a Administração Pública corrigi-lo. O prévio processo administrativo somente é necessário quando a decretação da nulidade é condicionada à prova de fatos que podem ser contestados pela parte interessada na sua manutenção' (MS n. 1997.010883-4, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, DJE 7-10-99)" (TJSC – Primeira Câmara de Direito Público, Ap. Civ. n. 1999.010997-6, de Timbó, rel. Des. Newton Janke, j. em 27-2-2003).

Reconhecida a nulidade absoluta dos atos de nomeação das impetrantes, à Administração era lícito anulá-los, e, se eram nulos os atos, então deles não resultou qualquer direito, muito menos líquido e certo, que pudesse ser reclamado neste mandado de segurança. A argumentação levada a cabo pelo patrono das apelantes, apesar de muito bem elaborada, parte da premissa equivocada de que o ato combatido nesta ação violou seus direitos. Todavia, nem mesmo da posse no cargo público advieram direitos para as impetrantes, porque esses atos, como se expôs, são nulos de pleno direito. Daí a desnecessidade de processo administrativo.

Arrematando, salienta-se que esta Segunda Câmara de Direito Público, em casos semelhantes ao ora analisado, asseverou há pouco:

"Administrativo – Servidor público – Nomeação no período eleitoral – Ilegalidade – Exoneração – Violação do direito ao contraditório e à ampla

defesa não caracterizada. É 'nulo de pleno direito ato de que resulte aumento de despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20' (LC n. 101/00, art. 21), bem como a nomeação de servidor público nos três meses que antecedem o pleito eleitoral, salvo as hipóteses expressamente previstas em lei (Lei n. 9.504/97, art. 23, V).

"Verificada a ilegalidade, o administrador tem o poder-dever de anulá-lo, de ofício. Poderá fazê-lo independentemente de prévia instauração de processo administrativo se a nulidade do ato for flagrante e constatável na sua confrontação com a lei ou a Constituição, sem necessidade de comprovação de fato extrínseco. Se o ato era ilegal, 'mantê-lo, apesar disso, só porque a Administração o rescindiu, seria falhar o Judiciário à sua missão, de controle da legalidade dos atos administrativos' (MS n. 19.44, rel. Min. Luiz Gallotti). Não pode o Judiciário reconhecer efeitos a ato jurídico ou administrativo flagrantemente nulo (CC, art. 168, parágrafo único)" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.014422-0, de Tubarão, rel. Des. Newton Trisotto, DJE 11.224, de 3-7-2003, p. 34).

"Administrativo – Município – Servidora concursada – Exoneração – Contratação e nomeação nulas – Ato incapaz de produzir efeitos – Violação à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei n. 9.504/97 – Recurso desprovido.

"O ato nulo ou inexistente é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer

efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. Assim, a contratação e nomeação de servidor que fere as Leis de Responsabilidade Fiscal e Eleitoral são, evidentemente, nulas, o que dispensa a instauração de procedimento administrativo para decretar sua nulidade” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.014423-9, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, DJE n. 11.224, de 3-7-2003, p. 34).

Como se vê, a flagrante nulidade da nomeação de servidores públicos afasta a necessidade de processo administrativo, mesmo que já tenham tomado posse.

O recurso, portanto, é improcedente, devendo ser mantida a sentença de denegação da segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara homologou a desistência manifestada pela impetrante Tatiana Kulkamp Meurer Müller, e negou provimento ao recurso das demais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 18 de agosto de 2003.

Francisco Oliveira Filho,

Presidente, com voto;

Jaime Ramos,

Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.023580-9, DE JOINVILLE

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento – Ação civil pública – Despacho que remeteu os autos ao STJ – Equívoco – Prerrogativa de foro a Gover-

nador do Estado apenas para crimes comuns (art. 105, inc. I, alínea a, CF/88) – Improbidade administrativa – Ex-prefeito municipal – Foro privilegiado apenas para apuração de ilícitos penais – Competência do juízo de primeiro grau – Inaplicabilidade da Lei n. 10.628/02 – Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 2003.023580-9, da comarca de Joinville (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o representante do Ministério Público e agravado Luiz Henrique da Silveira:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, tão-somente, para fixar a competência do juízo de primeiro grau para processar e julgar a Ação Civil Pública n. 038.01.007904-9.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Fazenda da comarca de Joinville que, nos autos da Ação Civil Pública (n. 038.01.007904-9), promovida contra Luiz Henrique da Silveira, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça em face do advento da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que alterou os arts. 84, do Código de Processo Penal e 105, inc. I, alínea a da Constituição Federal.

Asseverou possuir o Tribunal de Justiça competência originária

para o processamento e julgamento de prefeitos, relativamente aos feitos de natureza criminal. Afirmou que a Constituição Federal, ao instituir o foro privilegiado a autoridades, delimitou-o ao processamento e julgamento dos processos por crimes comuns e de responsabilidade, ressaltando não ter destoadado a Constituição Estadual ao editar o disposto no art. 83, inc. XI, alínea b.

Destacou a impossibilidade de prosperar a tese contida na decisão hostilizada pela competência do Superior Tribunal de Justiça, porquanto, não obstante o agravado ter sido eleito e empossado para o cargo de Governador do Estado de Santa Catarina, continua respondendo perante a justiça de primeiro grau quanto aos atos de improbidade administrativa os quais, antes ou após a nova investidura, lhe foram ou forem imputados.

Disse da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a nova redação instituída pela Lei n. 10.628/2002.

Requeru, ao final, a reforma da decisão objurgada com a declaração da competência do juízo de primeiro grau para o processamento do feito, bem como ao reconhecimento incidente da inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002 (fls. 2 a 8).

Não houve pedido de efeito suspensivo (fl. 34), e às fls. 37 a 49 o recorrido apresentou resposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 56 a 58).

É o relatório.

II — Voto

O agravo foi interposto contra a decisão que determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça com fundamento nos arts. 84 do Código de Processo Penal (redação modificada pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002) e 105, inc. I, alínea a, da Constituição Federal.

O reclamo merece ser acolhido em parte.

Inicialmente, no tocante à alegada prerrogativa de função do recorrido, por ter assumido o cargo de Governador de Estado, oportuna a transcrição do texto constitucional:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

“I – processar e julgar, originariamente:

“a) *nos crimes comuns*, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal [...]” (grifou-se).

A demanda ajuizada pelo órgão ministerial, no âmbito civil, objetiva a apuração de atos de improbidade administrativa no exercício do cargo de Prefeito Municipal. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal, prescreve aludida hipótese:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, 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:

[...]

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*” (grifou-se).

Os atos de improbidade administrativa poderão, em circunstâncias concretas, tipificar um crime (v.g. arts. 321 e 322 do CP). Todavia, a lei de improbidade alude às sanções de natureza civil, como deixou claro o texto constitucional. Dessa forma, não existe fundamento para a modificação da competência ao Superior Tribunal de Justiça, visto não se tratar de ação penal por prática de crime comum ou mesmo de responsabilidade, mas, sim, demanda com caráter eminentemente civil.

De outra sorte, a Lei Federal n. 10.628, de 24-12-2002, que alterou a redação do art. 84 do CPP, cuja constitucionalidade está sendo discutida perante o STF na ADIn n. 2.797 proposta pela Conamp, dispõe em seu artigo 1º:

“O art. 84 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e

do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

“§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

“§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

Não obstante a Constituição Federal prever a competência originária do Tribunal de Justiça para os feitos criminais, envolvendo os prefeitos municipais (arts. 29, X, e 83, XI, *b*, da Constituição Estadual), em relação às demais ações ajuizadas, quais sejam, ações populares, ações civis públicas e ações por ato de improbidade, carece a Corte Estadual de competência por falta de previsão específica nas Cartas Federal e Estadual (art. 125, § 1º, da Constituição Federal).

Dessa forma, inaplicáveis as regras do art. 84 do Código de Processo Penal quando as ações de improbidade possuírem natureza civil, não havendo necessidade da aferição da constitucionalidade ou não do dispositivo em referência.

Não destoam os precedentes desta Corte:

“Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito municí-

pal. Remessa dos autos ao Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Competência por prerrogativa de função apenas nos casos de infrações penais e crimes de responsabilidade. Demanda de natureza civil. Inaplicabilidade da Lei n. 10.628/02. Desnecessidade do exame da lei sob a ótica da constitucionalidade. Agravo provido parcialmente” (AI n. 2003.015083-8, de Porto União, rel. Des. Cesar Abreu).

“Consoante decisões recentes dos tribunais pátrios, o prefeito municipal detém competência por prerrogativa de função apenas para o processamento e julgamento de ilícitos penais (de responsabilidade ou comuns), não para a apuração de atos de improbidade administrativa, cuja natureza é de cunho civil” (AI n. 2003.015085-4, de Porto União, rel. Des. Rui Fortes).

III — Decisão

Ante o exposto, decidi a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, tão-somente, para fixar a competência do juízo de primeiro grau para processar e julgar a Ação Civil Pública n. 038.01.007904-9.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 24 de março de 2004.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020972-5, DE TUBARÃO

Relator: Des. Rui Fortes

Apelação cível – Ressarcimento de danos – Improbidade administrativa – Ex-prefeito – Dano comprovado por perícia técnica – Recusa dos assistentes em assinar o laudo – Irrelevância – Harmonia da perícia com o parecer do Tribunal de Contas – Honorários – Adequação da verba honorária – Art. 20, § 3º, do CPC – Recurso parcialmente provido.

O prefeito, ao desempenhar suas atribuições governamentais e administrativas, fica jungido aos deveres decorrentes do cargo ocupado, bem como atrelado aos rígidos preceitos constitucionais norteadores da atividade pública (art. 37, CF). O flagrante desrespeito ao princípio da moralidade administrativa não pode ser justificado pela falaciosa alegação de inexperiência ou ingenuidade, ou mesmo de excesso de confiança em seus subordinados, conduzindo à responsabilidade por eventual prejuízo causado ao erário público.

O assistente técnico desempenha o papel de auxiliar da parte e tem por obrigação concordar, criticar ou complementar o laudo do perito oficial, apresentando parecer fundamentado em até 10 (dez) dias após a apresentação daquele (art. 433, parágrafo único, do CPC). Assim não procedendo, não pode a parte impugnar o laudo oficial pelo fato de seu próprio assistente ter-se recusado a assiná-lo infundadamente.

Atentando-se ao critério da equidade, interesse econômico em discussão e ao teor do disposto no art. 20, § 3º, do CPC, não é exagerada a verba honorária fixada em 10% (dez por cento), mas imprescindível que seja adequada sua incidência sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.020972-5, da comarca de Tubarão (Vara dos Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Nilton Augusto Sachetti, sendo apelado o município de Capivari de Baixo:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para fixar os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

O município de Capivari de Baixo ingressou com ação de ressarcimento de danos contra Nilton Augusto Sachetti, alegando que o réu exerceu o cargo de Chefe do Poder Executivo na gestão 1993/1996, e que, em 1997, o novo titular do cargo, ao compulсар as contas municipais, defrontou-se com fortes indícios de improbidade administrativa, visto ter encontrado 14 (quatorze) documentos expedidos no último dia da gestão transata pelo Secretário da Fazenda Municipal, decorrentes de “adiantamentos não comprovados” e de destino desconhecido, todos assinados e autorizados pelo demandado. Aduziu que tais documentos evidenciam a saída de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) em 29-11-96 e de R\$ 274.597,75 (duzentos e setenta e quatro mil, quinhentos e noventa e sete reais e setenta e cinco centavos) em 31-12-96. Ao final, pugnou: a) pela

condenação do réu ao ressarcimento integral do valor desviado, devidamente corrigido; b) pela cientificação do Ministério Público para a instauração de inquérito criminal; c) pelo envio de ofícios ao Tribunal de Contas do Estado e à Justiça Eleitoral para as providências pertinentes; d) pela condenação do demandado em honorários e custas.

Citado, o réu apresentou defesa (fls. 25 a 30), sustentando ser pessoa simplória, de minguada instrução, e que confiava plenamente nos servidores públicos que o cercavam para administrar o Município. Alegou emitir suas determinações de acordo com o plano administrativo traçado para a sua gestão e, portanto, foi induzido pelo Contador do Município a firmar os documentos mencionados, pois o profissional contábil os dizia corretos. Por fim, requereu a denúncia à lide do Contador, bem como a realização de perícia nos registros contábeis municipais, com a indicação de assistente técnico, pleiteando a improcedência da ação.

Após a manifestação do autor (fls. 40 e 41), veio o saneador, momento em que foi indeferida a denúncia à lide e determinada a realização de perícia contábil, com a solicitação de informações ao Tribunal de Contas (fl. 47 a 110) e ao demandante.

Nomeado o perito judicial, este solicitou informações acerca do destino dos cheques responsáveis pelos lançamentos infundados, já que a Administração não mantinha esse controle. Ato contínuo, foi solicitado ao Besc e Banco do Brasil cópias dos

cheques emitidos pelo Município, os quais foram juntados às fls. 137 a 306.

O autor requereu a juntada dos autos do processo que tramitou no Tribunal de Contas, referente às prestações das contas municipais da gestão do réu, cujo parecer conclusivo era pela “aplicação de multa ao ex-prefeito em razão da prática de atos administrativos com grave infração a normas legais ou regulamentares, de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” (fls. 307 a 342), referindo-se ao desvio da quantia de R\$ 404.977,75 (quatrocentos e quatro mil, novecentos e setenta e sete reais e setenta e cinco centavos).

Após a apresentação do laudo (fls. 344 a 354), o autor manifestou-se sobre a prova técnica às fls. 349 a 355.

Em audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento do perito, dando-se por encerrada a instrução. Apresentadas as alegações finais (fls. 374 a 381), o *Parquet* opinou pela procedência da demanda, sobre vindo a r. sentença, julgando procedente em parte o pedido, condenando o réu a restituir aos cofres públicos a soma de R\$ 404.977,75, com incidência de juros legais a partir da citação válida, e correção monetária desde 31-12-96 e 29-11-96, bem como condená-lo ao pagamento das despesas e honorários (10% do valor atualizado da causa).

Irresignado com a decisão, o réu interpôs recurso de apelação (fls. 406 a 412), reeditando os argumentos

constestatórios, e pugnando pela reforma total da sentença.

Apresentadas as contra-razões (fls. 417 a 419), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e pelo desprovemento do recurso (fls. 479 a 481).

II – Voto

A sentença não merece reforma.

Primeiramente, tenha-se em foco que dentre os princípios basilares da Administração Pública, consagrados constitucionalmente, encontra-se o da moralidade administrativa, que é imposto ao agente público como defesa da lisura na prática do ato administrativo, e conseqüente garantia da persecução do bem-comum.

Assim sendo, o prefeito, no desempenho de suas atribuições governamentais e administrativas, embora não hierarquizado a qualquer autoridade, órgão ou Poder Estadual, está jun gido aos deveres decorrentes do cargo que ocupa, não podendo destes se afastar em nenhuma hipótese, muito menos sob a falaciosa alegação de inexperiência ou ingenuidade, ou mesmo de excesso de confiança em seus subordinados.

Cumpra lembrar que as decisões do alcaide municipal são revestidas de alta complexidade e importância, porquanto atingem a toda municipalidade, mediata ou imediatamente. Em razão da intrincada máquina administrativa, eventuais erros do Chefe do Poder Executivo até seriam escusados, desde que os equívocos estives-

sem revestidos de boa-fé, ausentes o dolo e a culpa manifesta.

Porém, tratando-se de ações que exijam exatidão administrativa e perfeição técnica para o seu desempenho, restou evidente a negligência do alcaide, pois amplamente caracterizada pela inadvertida emissão dos cheques e pela desconsideração com as finanças públicas, pois o ato ímprobo despiu-se de legalidade ao deixar de ser motivado ou justificado por meio de documentos públicos.

A elaboração e a execução do orçamento público são uma das principais, senão a maior, atribuições do chefe do Poder Executivo Municipal, incluindo a arrecadação, guarda e aplicação da receita do município, devendo o prefeito sustentar-se na tríade administrativa, denominada “planejamento”, “organização” e “direção de serviços e obras da municipalidade”.

Pertinente é a lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

“A guarda dos dinheiros da Prefeitura é de responsabilidade do prefeito, que deverá promover o seu depósito em estabelecimento bancário oficial, a fim de que permaneça sob garantia estatal. As contas bancárias só poderão ser regularmente abertas e movimentadas em nome da Prefeitura ou das repartições a que se destinem, nunca, porém, em nome do prefeito, de funcionário ou de terceiros, visto que a movimentação dos dinheiros públicos só deve ser feita pelo chefe do Executivo ou pelo auxiliar responsável pelo erário (secretário das finanças ou tesoureiro), sempre com autorização do prefeito. O prefeito deverá regula-

mentar minuciosamente a forma de arrecadação, guarda e recolhimento dos dinheiros municipais, bem como o limite de provisão a ser mantida em caixa, a fim de evitar desvios e peculatos, na maioria dos casos oriundos da desídia dos responsáveis por sua guarda e aplicação” (Direito Municipal Brasileiro, 9ª ed., Malheiros Editores Ltda., p. 541).

Compulsando-se os autos, conclui-se que os fatos narrados na exordial restaram sobejamente comprovados por meio de prova documental e técnica contábil, caracterizando o ato de improbidade administrativa, com evidente afrontamento aos princípios constitucionais dispostos no art. 37 da CF/88, bem como aos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, além de contrariar o disposto no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67.

Mutatis mutandis, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Os arts. 70 a 75 da *Lex Legum* deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo. O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato

da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprimento do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei n. 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I, c/c art. 49, IX, da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único, da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II, e § 3º da CF/88). Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas. Inexistente, in casu, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás. Recurso ordinário desprovi-

do” (ROMS n. 1999/0069194-6/GO; DJ in 16-9-2002, rela. Mina. Laurita Vaz).

Embora a peça recursal tenha conotação pericial, visto que o insurgente restringiu-se a refazer os cálculos, desenvolvendo raciocínios que o favoreçam, naturalmente olvidou-se que questões dessa natureza exijam a solução de profissional competente da área de contabilidade, não sendo outra a razão da produção de prova pericial nos autos.

Ademais, o Juiz não está limitado às conclusões do perito (art. 436, CPC), pois este é chamado justamente para prestar esclarecimentos técnicos que possam auxiliar no encontro da verdade. Porém, o ônus da decisão é exclusivo do magistrado que, pautado no princípio da livre valoração das provas, pode deliberar de forma contrária ao laudo técnico, desde que fundamente o seu julgado, demonstrando as razões que o levaram a desconsiderar o resultado da prova pericial.

Entretantes, o apelante argumentou que a recusa dos assistentes em assinar o laudo bastou para concluir que a perícia não refletiu a verdade dos fatos. Ora, o assistente técnico desempenha o papel de auxiliar da parte e tem por obrigação concordar, criticar ou complementar o laudo do perito oficial, por meio de parecer fundamentado a ser apresentado no prazo de 10 (dez) dias após a apresentação daquele (art. 433, parágrafo único, CPC). Ou seja, teve a oportunidade de manifestar-se sobre o porquê da recusa e optou por silenciar, não

podendo agora utilizar-se de tal argumento para invalidar o *decisum*.

Vale ressaltar que, além de a prova técnica estar em plena harmonia com o parecer exarado pelo Tribunal de Contas, confirmando todas as irregularidades apontadas na exordial, o apelante já respondeu processualmente por motivo análogo, restando condenado a ressarcir aos cofres públicos a quantia de R\$ 73.865,91 (setenta e três mil, oitocentos e sessenta e cinco reais e noventa e um centavos), consoante se afere do julgamento da Apelação Cível n. 2000.024058-3, na qual foi relator o eminente Des. Francisco Oliveira Filho, o que deixa vestígio de largo descaço do insurgente com o dinheiro público na época em que foi alcaide daquele Município.

Finalmente, atentando-se ao critério de equidade e ao interesse econômico em discussão, nos conformes do teor do disposto no art. 20, § 3º, do CPC, a verba honorária deve permanecer inalterada, pois fixada nos exatos termos das alíneas *a*, *b* e *c* do citado dispositivo legal. Porém, embora a percentagem deva ser mantida em 10% (dez por cento), é necessário adequar a incidência dos honorários advocatícios para que recaiam sobre o valor da condenação, e não sobre o valor da causa.

É o entendimento desta Corte:

“Os honorários advocatícios devem ser fixados em valor compatível com a qualidade do trabalho desempenhado pelo patrono do terceiro apelante, bem como com zelo e eficiência no cumprimento de seu munus, de modo que não seja aviltada a atividade desenvolvida” (Ap. Cív. n. 1998.011474-8, rel. Des. Nelson Shafer Martins).

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para fixar os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 28 de novembro de 2003.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Rui Fortes,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2003.013714-9, DE CRICIÚMA

Relator: Juiz Jorge Schaefer Martins

Embargos infringentes.

Pedido de absolvição quanto à prática do crime de associação para o cometimento de narcotráfico. Pleito que extrapola o voto vencido. Inteligência do art. 609, parágrafo único, do CPP. Não conhecimento.

“Embargos infringentes – Oposição pretendendo o acolhimento da tese de desclassificação de homicídio para lesão corporal – Inadmissibilidade, se a divergência cingiu-se apenas quanto à inclusão de qualificadora [...]. A divergência parcial delimita o âmbito dos embargos infringentes, não se podendo acatar pretensão de reapreciação de matéria não contemplada no voto vencido, consistente no acolhimento da tese de desclassificação de homicídio para lesão corporal, se a divergência cingiu-se apenas e tão-somente quanto à inclusão de qualificadora” (RT 766/659, Mirabete, Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.565).

Divergência relativa à desclassificação do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76 para a causa de especial aumento de pena do art. 18, III, do mesmo normativo.

Análise da incidência do artigo 14 da Lei de Tóxicos. Necessidade de prova da associação estável e permanente, além do prévio vínculo associativo. Presença, nos autos, de prova suficiente para o reconhecimento. Configuração da associação nos moldes preconizados pelo art. 14. Manutenção da decisão.

Enquanto o artigo 14 da Lei n. 6.368/76 exige a existência de acordo prévio para estabelecimento de um núcleo associativo, que implica na idéia de estabilidade e fixação de duradoura atuação entre os associados, o artigo 18, III, prevê a associação eventual, existindo somente um vínculo psicológico, ligando-se à prática dos fatos delituosos com propósitos idênticos.

Recurso improvido.

Crime de associação para o tráfico de entorpecentes. Não equiparação a crime hediondo. Concessão de habeas corpus de ofício para fixar o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, admitida a progressão. Decisão por maioria regimental.

“Por outro lado, afirmando que o crime de quadrilha ou bando não é considerado hediondo, a Suprema Corte já decidiu pela ‘inaplicabilidade da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de Entorpecentes’ (HC n. 75.978/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19-6-1998, p. 2)” (Leal, João José. Crimes hediondos: a Lei n. 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2003, p. 245).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2003.013714-9, da comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), em que são embargantes Ronaldo Silveira Fernandes e Renata Alves Chicuta e embargada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras Criminais, por unanimidade de votos, não conhecer do pedido de absolvição e indeferir os embargos infringentes quanto ao pleito desclassificatório, e, por maioria de votos regimental, conceder *habeas corpus*

pus de ofício para fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena do art. 14 da Lei n. 6.368/76.

I – Relatório

O Ministério Público, representado por seu Promotor de Justiça, ofereceu denúncia contra Renata Alves Chicuta e Ronaldo Silveira Fernandes, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 12, *caput*, e 14 da Lei n. 6.368/76, na forma do art. 69 do Código Penal e art. 243 da Lei n. 8.069/90, pelos fatos assim narrados:

“Traficantes bastante conhecidos na cidade e região – tanto que já processados e condenado, apenas Ronaldo, pela prática do crime capitulado no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 – que atuavam com unidade de propósito e mantinham associação criminosa duradoura, fazendo de sua residência famoso e muito freqüentado ponto de venda de drogas psicotrópicas, os denunciados, há tempo, vinham sendo investigados por agentes da Polícia local, sendo freqüentes as informações recebidas dando conta da prática de odioso comércio.

“Assim é que, no dia 18 de setembro de 2002, por volta das 9h30min, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, policiais civis dirigiram-se à residência dos denunciados e passaram a vistoriá-la, tendo encontrado num dos cômodos da casa, proveniente da venda recente de drogas, a quantia de R\$ 91,00 (noventa e um reais) em espécie, constituída por cédulas de pequeno valor, bem como, próprios para a em-

balagem e posterior comercialização de entorpecentes, 23 (vinte e três) pequenos sacos plásticos incolores.

“Durante a diligência, tendo sido informados por populares que os denunciados ocultavam a droga a ser vendida numa casa em construção situada nos fundos de sua residência, os policiais para lá se deslocaram, tendo encontrado no local, escondido num dos alicerces da obra, um invólucro plástico contendo certa quantidade de droga popularmente conhecida por *crack*, ou seja, cocaína em sua forma básica, com peso total aproximado de 19g (dezenove gramas), substância esta capaz de causar dependência física e/ou psíquica, e que os denunciados mantinham em depósito para fins de comercialização.

“Na residência dos denunciados, também foi encontrada a menor C. de S. C., de 16 (dezesesseis) anos de idade, que trabalhava como empregada doméstica para o casal que a utilizava, ainda, para promover o transporte do entorpecente até as dependências do ‘Clube Fogo de Chão’, situado no Bairro Próspera, nesta Cidade, em cujo local os denunciados também exerciam o comércio maldito”.

Instruído o feito, o Dr. Juiz julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando a ré, Renata Alves Chicuta, a 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, tendo igualmente condenado o réu, Ronaldo Silveira Fernandes, também às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, am-

bos pelo cometimento dos delitos capitulados nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76.

Houve recurso defensivo, devidamente processado, obtendo-se a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser conhecido e improvido o apelo.

Em julgamento realizado no dia 6 de maio de 2003, decidiu a Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, e, por unanimidade de votos, de ofício, adequar a reprimenda imposta, fixando-a individualmente em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa, por infração aos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76. A divergência, havida por força de voto do eminente Des. Jorge Mussi, relator da apelação criminal, consistiu no entendimento de que se devesse dar provimento parcial ao recurso para desclassificar a infração do art. 14 para a do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76.

No prazo legal, Ronaldo Silveira Fernandes e Renata Alves Chicuta interpuseram embargos infringentes, em busca da absolvição do art. 14 da Lei n. 6.368/76 ou, alternativamente, a aplicação do art. 18, inciso III, da referida lei.

Os embargos foram admitidos pelo relator da apelação criminal (fl. 246).

Com vista dos autos, manifestou-se o Dr. Procurador de Justiça pelo conhecimento e improvimento dos embargos.

II – Voto

O presente recurso busca alternativamente a absolvição da acusação de prática do crime do artigo 14 da Lei n. 6.368/76, ou a aplicação do art. 18, inciso III, da referida lei.

Pelo primeiro fundamento o recurso não é conhecido.

Ao apreciar a apelação criminal, a colenda Primeira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, manter a imputação constante da denúncia e reconhecida por ocasião da sentença criminal condenatória, tendo seu relator divergido da maioria, unicamente quanto ao reconhecimento do crime do artigo 14 da Lei de Tóxicos, por compreender que ao caso seria aplicável a causa de especial aumento de pena do art. 18, inciso III, do mesmo diploma legal.

Em nenhum momento cogitou-se de decreto absolutório, uma vez que a concorrência de vontades restou reconhecida, somente não admitindo o voto minoritário a presença de requisito fundamental, consistente na demonstração de que se tratasse de associação estável e permanente com a finalidade específica de comercializar estupefacientes.

Isso, por óbvio, delimita a abrangência da insurgência recursal, não sendo viável a apreciação de matéria estranha, como aliás se observa do texto do parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, que estatui:

“Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos in-

fringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentre de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

A questão não comporta maiores divagações, transcrevendo-se, a título de ilustração, os seguintes julgados constantes da obra de Julio Fabbrini Mirabete (Código de processo penal interpretado. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.565):

“STF: ‘Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência’ (RT 554/431).

[...]

“TJRS: ‘Embargos infringentes. Onde inexistiu desacordo não pode haver reapreciação pelo Grupo Criminal. Os embargos dever-se-ão restringir à matéria objeto da divergência cameral. Inteligência do art. 609, parágrafo único, do Código do Rito. Dissenso restrito apenas ao quantitativo eleito à redução da pena-base em razão do reconhecimento pelos jurados da atenuante genérica” (RJTJERGS 173/68).

Aclarada a limitação dos embargos infringentes interpostos, necessariamente faz-se a análise da pretensão de não reconhecimento do crime autônomo e da desclassificação da conduta para a causa majorante.

Preceitua o art. 14 da legislação específica que “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta lei”, constitui modalidade criminosa autônoma.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, porém, para sua configuração, é indispensável a atuação de dois ou mais sujeitos ativos, o que o torna um crime plurissubjetivo.

Para que seja reconhecido, necessário faz-se a prova de um *animus* associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo de fato, uma verdadeira *societas sceleris*, restando clara a existência de união de caráter permanente e estável.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

“Não basta o simples concurso de agentes, por si só, para caracterizar o delito de associação, mister se faz a existência de um *animus* associativo prévio, sem dúvida uma *societas sceleris*, onde os participantes ajam de modo coeso, numa conjugação de esforços unam suas condutas, embora separando suas funções, circunstâncias que se devem ter como necessárias no desenvolvimento desta atividade delituosa, para o fim colimado pelos associados” (TRF — Rev. 488 — Rel. Flaquer Scartezzini — JTFR — Lex 76/385).

A prova constante nos autos, ao contrário do sustentado pela manifestação dissonante, comporta o reconhecimento da figura típica.

Há nos autos a demonstração de que a diligência policial decorreu de expedição de mandado judicial de busca e apreensão, que tinha por propósito a apreensão de *psicotrópicos, drogas e objetos de origem ilícita*, culminando com a localização de uma pedra de *crack*, sacos plásticos e quan-

tia em dinheiro (R\$ 91,00) em notas diversas.

Já na lavratura do auto de prisão em flagrante, o policial civil Kelson Alessandro Antonio Olivio (fl. 5) deu conta da existência de informes, noticiando serem os embargantes traficantes de drogas.

Ainda na fase indiciária, a adolescente C. de S. C. (fl. 12) narrou que trabalhava como empregada doméstica da embargante Renata *há mais ou menos 1 (um) mês*, dormindo no emprego, sendo por ela cientificada da atividade de venda de drogas. Disse do grande movimento de pessoas no local, sendo elas atendidas pelo também embargante Ronaldo. Deu conta de ter Renata embalado a droga no chão do banheiro, tendo sido inclusive instada a auxiliar. Noticiou também a venda por parte de Renata, como pedido de que o fizesse por ela quando estivesse ausente, além de guardar dinheiro. Deu conta, ainda, da venda feita por ambos os acusados no Clube Fogo de Chão, afirmando ainda ter transportado a droga para referido local, a pedido de Renata, em três finais de semana.

Ao depor em Juízo declarou (fls. 93 e 94):

“[...] que a Renata e o Ronaldo vendiam drogas, pedras de *crack*; [...] que, confirma que disse na delegacia que Ronaldo e Renata embalavam a droga em casa, vendiam ali e que o movimento era maior nos finais de semana; que, a depoente era empregada na casa, e trabalhou ali uma semana; que, chegou a embalar a droga umas duas ou três vezes a pedido

dos dois acusados; que, Ronaldo escondia a droga no mato, e quando chegava alguém ia buscar; que, quem fazia a cobrança era Renata; que, a depoente só viu *crack* na casa, nenhuma outra droga; que, o dinheiro que foi apreendido do dia da prisão da Renata era da venda de droga; que confirmo que foi parar na casa deles por causa de seu namorado; que, seu namorado não vende drogas; que, a droga era vendida por R\$ 5,00 a pedra; que, tanto Ronaldo quanto a Renata vendiam a droga; que, durante a semana alguns dias, à noite, eles vendiam droga, e no final de semana o Ronaldo e a Renata, e outro rapaz que a depoente não conhece, vendiam drogas no ‘Fogo de Chão’; que, eles costumavam dar o dinheiro da venda de drogas para a depoente guardar [...]”.

Além disso, o Delegado de Polícia Antonio Alexandre Kale, ao prestar depoimento (fl. 98), afirmou “que a adolescente comentou com o depoente que a acusada e seu amásio comercializavam droga, e que ela, a adolescente, já os havia auxiliado a embalar droga; que a droga encontrada era *crack*. Disse, na seqüência, que “a polícia já tinha informações de que ambos traficavam drogas”, informes esses que já vinham de seis meses.

Por fim, o policial civil Kelson Alessandro Antonio Olivio (fl. 119 e 120) confirmou a existência de notícias dando conta do envolvimento dos embargantes com o tráfico de drogas e receptação, acrescentando “que a menina que se encontrava na casa, cujo nome o depoente não se recorda, confirmou todas as denúncias afirman-

do a existência de tráfico de drogas naquela casa, inclusive que já tinha ajudado a Renata a embalar a droga no chão do banheiro e vender a droga nas proximidades do clube Bailanta Fogo de Chão, já que ela levava droga escondida na roupa para vender”.

Portanto, da análise das provas contidas nos autos resta evidente que o relato da adolescente, que convivia com os embargantes, mesmo que há pouco tempo, mostra-se bastante para embasar a conclusão condenatória da sentença criminal e do acórdão embargado. Encontra respaldo em outras declarações colhidas na formação do processo, todas convergindo para a atividade de narcotraficância por ambos os embargantes, como respaldando seus detalhados informes acerca da atuação de cada um deles. É possível verificar que, além da convivência marital, os embargantes dividiam a tarefa de guarda e comércio do entorpecente, fazendo-o não em ocasião isolada, mas reiteradamente. A conclusão de que estivessem unidos por um propósito idêntico, com a vontade de agir continuamente, é amparada pelos elementos probatórios.

O crime de associação arrolado no inciso III do art. 18 refere-se a uma união simples e eventual, isto é, nesse tipo penal não há a vontade interna dos integrantes de se associar para traficar drogas, há, somente, a união de duas ou mais pessoas, sem que haja uma quadrilha organizada previamente.

Em posição diversa, o artigo 14 da Lei n. 6.368/76 exige a existência

de acordo prévio para estabelecimento de um núcleo associativo, que implica na idéia de estabilidade e fixação de duradoura atuação entre os associados, situação que se coaduna com a história contida nos presentes autos.

Esta Corte de Justiça já se manifestou sobre o assunto, conforme se pode perceber do seguinte julgado:

“Tráfico ilícito de entorpecentes — Negativa de autoria — Delação de co-ré aliada aos depoimentos harmônicos dos policiais federais que procederam à ampla investigação — Conjunto probatório suficiente para lastrear a condenação. Associação estável e organizada para o cometimento de tráfico ilícito — Crime descrito no art. 14 da Lei n. 6.368/76 configurado.

“A delação de co-réu corrobora da por outros elementos de prova, como o depoimento de policiais e outros indícios colhidos na fase inquisitorial, forma conjunto probatório seguro a fundamentar decreto condenatório.

“Presente o ânimo associativo de caráter estável, elementar do crime autônomo da associação, tipificado no art. 14 da Lei n. 6.368/76, não é possível excluir sua incidência, nem mesmo para reconhecer a ocorrência da causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, III, da mesma Lei, a qual se verifica nos casos de mera convergência ocasional de vontades para prática transitória e eventual de um delito.

“*Omissis*” (Ap. Crim. ns. 2002.014076-2, de Joinville e 2002.020865-0, de Joinville, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara Criminal do TJSC, julgadas em 19 de novembro de 2002).

Do Supremo Tribunal Federal:

“O crime do artigo 14, em se tratando de tráfico de entorpecentes, equivale ao crime de bando ou quadrilha previsto no Código Penal, com a diferença de que, para a tipificação do crime previsto no art. 14, bastam dois envolvidos, exigindo-se, todavia, para a realização do tipo, a estabilidade da associação” (*Habeas Corpus* n. 69.031/MS, rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 17-12-91, STF, Segunda Turma, *in* RTJ 139/226).

Assente, destarte, a total inviabilidade da desclassificação pretendida.

Por fim, apesar de não ser objeto do recurso interposto, necessária a manifestação a respeito do regime de cumprimento de pena relativo ao crime de associação para o fim de praticar a narcotraficância.

Asseverou o MM. Juiz de primeiro grau, na sentença, que as reprimendas privativas de liberdade irrogadas naquela oportunidade seriam cumpridas em regime integralmente fechado. A afirmação, contudo, não corresponde à previsão legal, uma vez que estabelecida a pena privativa de liberdade em 7 (sete) anos de reclusão para cada um dos embargantes, ante a infringência ao contido nos arts. 12 e 14 da Lei Antitóxicos, isto é, englobando-se os dois delitos.

De se ressaltar, ainda, que o acórdão prolatado na apelação criminal conseqüente reduziu as penas aos totais individuais de 6 (seis) anos de reclusão. Nele restou claro que os agentes foram condenados à pena de 3 (três) anos de reclusão como incur-

sos no art. 12, e mais 3 (três) anos de reclusão como incurso no art. 14, ambos da Lei n. 6.368/76.

A situação demanda a correção do estipulado no *decisum*, pois o período de condenação relativo à prática da narcotraficância há de ser resgatado, efetivamente, em regime integralmente fechado, a teor do que estabelece o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Tal não se dá, no entanto, quanto ao crime de associação para a prática reiterada ou não dos crimes dos arts. 12 e 13 da legislação específica. Isso pelo fato de não se considerar o crime de associação como equiparado a hediondo, como já foi definido pela doutrina e jurisprudência:

“Por outro lado, afirmando que o crime de quadrilha ou bando não é considerado hediondo, a Suprema Corte já decidiu pela ‘inaplicabilidade da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de Entorpecentes’ (HC n. 75.978/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 19-6-1998, p. 2)” (Leal, João José. Crimes hediondos: a Lei n. 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2003, p. 245).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Crime tipificado nos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76. Regime prisional. Progressão admissível unicamente para o delito de associação.

“O crime de associação para fins de tráfico de entorpecentes é delito autônomo, não sendo equiparado

para os efeitos da lei a crime hediondo, podendo, por isso, aplicar-se àquele a progressão de regime e a substituição da pena.

“As condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/90, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão” (*Habeas Corpus* n. 26.257/SP (2002/0177100-9), rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma do STJ, votação unânime, j. em 15 de abril de 2003) (Disponível < www.stj.gov.br > Revista Eletrônica do STJ, acesso em 24 de setembro de 2003).

Não discrepa da interpretação julgada do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, no *Habeas Corpus* n. 79.998-1, do Rio de Janeiro, julgado em 28 de março de 2000 (Disponível < www.stf.gov.br > acesso em 24 de setembro de 2003).

Aliás, a questão, apesar de não receber o respaldo da maioria, já foi salientada em acórdão da lavra do eminente Des. Carstens Köhler que, vencido, entendeu do incabimento da fixação do regime integralmente fechado, mencionando que “O crime descrito no art. 14 da Lei n. 6.368/76 não é equiparado a hediondo”. No corpo do acórdão, referencia:

“Essa distinção — entre crime de tráfico e crime que apenas tenha como objeto, direta ou remotamente, substância entorpecente — tem sido feita pelos Tribunais Superiores deste país. E a conclusão é a de que o crime de associação para fins de tráfico não é crime hediondo, como demons-

tra torrencial jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

“5. Em se tratando de tóxicos, a Lei n. 8.072/90 apenas equiparou a hediondo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, descrito no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, descabendo, pois, ao hermeneuta, dar interpretação extensiva para abranger tipo penal não definido pela lei, notadamente por ser mais gravoso ao réu (Precedentes do STF e do STJ)” (HC n. 19.034/SP, Min. Hamilton Carvalhido, j. 18-6-2002).

“No mesmo norte: HC n. 26.257/SP, Min. Paulo Medina, j. 15-4-2003; HC n. 27.217/RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-4-2003; HC n. 23.856/MS, Min. Gilson Dipp, j. 1º-4-2003; HC n. 20.917/RJ, Min. Vicente Leal, j. 18-3-2003; HC n. 19.208/RJ, Min. Jorge Scartezini, j. 16-5-2002; HC n. 20.949/RJ, Min. Fernando Gonçalves, j. 29-10-2002; AGA n. 305.269/RJ, Min. Edson Vidigal, j. 26-3-2002; HC n. 15.820/DF, Min. Felix Fischer, j. 6-11-2001” (Ap. Crim. n. 2003.000958-2, de Joinville, rel. Des. Carstens Köhler, Primeira Câmara Criminal do TJSC, julgada em 23 de setembro de 2003).

Em conseqüência, mantém-se o regime integralmente fechado para o período de condenação, havido para cada embargante, no tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes, e, inicialmente fechado, também, para cada um deles, no que concerne ao crime de associação.

Tal situação é definida por meio de *habeas corpus*, de ofício, a teor do

que estabelece o art. 654, § 2º, do CPP.

Voto, por conseguinte, pelo não conhecimento do pedido absolutório e pelo indeferimento dos embargos infringentes, e, de ofício, pela concessão de *habeas corpus* para fixar o regime de cumprimento de pena para o crime de associação, em favor dos dois embargantes, em inicialmente fechado, mantidas as demais cominações.

III – Decisão

Ante o exposto, não se conheceu do pedido de absolvição e indeferiu-se o pleito absolutório, concedendo-se, de ofício, *habeas corpus* para fixar o regime inicialmente fechado para o cumprimento das penas privativas de liberdade pela prática do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Carstens Köhler, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Solon D'Eça Neves e Irineu João da Silva, impedido o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino. Exarou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 24 de setembro de 2003.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto vencido;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Ousei discordar do entendimento dos meus pares no tocante à exclusão do caráter hediondo do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76, pois o fato do legislador ordinário, no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, fazer referência genérica ao tráfico ilícito de entorpecentes, não significa que tenha afastado a sua incidência. Ao contrário, o que se depreende é que pretendeu dispensar ao tráfico e às suas atividades periféricas combate enérgico e eficaz.

Nesse pensar, “incluindo-se a associação para tráfico no elenco dos crimes hediondos, o regime para cumprimento da pena há que ser integralmente fechado. *Ad argumentandum tantum*, a se entender de outra forma, a associação de que cuida o art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, como causa de especial aumento, vinculada ao art. 12, teria sua pena cumprida em regime fechado, enquanto que a associação de que trata o art. 14, como crime autônomo, teria sua pena firmada com a possibilidade de progressão” (RDTJRJ 43/361).

Estas as razões pelas quais quedei vencido.

Irineu João da Silva

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves:

Dissenti da maioria no sentido de considerar, assim como fez o legislador, o crime de associação de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 e 13 da Lei n. 6.368/76 como crime hediondo.

Pela doutrina, os crimes dos artigos 12 e 13 são autônomos, e existe entendimento sobre a possibilidade de condenação apenas pela associação prevista no artigo 14 da mesma lei. No entanto, se a sua caracterização só ocorre quando, para a prática dos crimes previstos nos artigos 12 e 13, soa difícil admitir-se a condenação isolada apenas pela associação, ainda mais se considerarmos que o artigo 18, inciso III, prevê a associação eventual para a prática dos mesmos tipos ilícitos, com penalização mais branda exatamente pela sua eventualidade.

Paralelamente tem surgido discussão a respeito da derrogação do artigo 14, pelas disposições previstas em lei mais recente, como é o caso da Lei n. 8.072/90. Esta, no entanto, em seu artigo 8º, faz previsão de pena diferente para a associação, mas não se pode defluir de sua revogação, pelo que se conclui da leitura do artigo 10 da mesma lei. No entanto, o STF já firmou entendimento de que o artigo 14 não está derrogado, apenas discute-se sobre a pena prevista pela redação do artigo 288 do Código Penal, estabelecida no art. 8º da Lei n. 8.072/90.

A questão ainda plausível circunscreve-se à questão da pena, já que dois dispositivos legais fazem previsão de penalidades diferentes para uma mesma conduta criminosa. Mas esta matéria não é objeto do presente.

A discussão que se trava é relativa à hediondez do crime do artigo 14 da Lei de Tóxicos. Ora, a meu sentir, esta posição ofende o princípio da coerência, uma vez que a associação eventual do artigo 18, III, com uma

pena mais branda, é considerada hedionda, e, como tal, não permite progressão de regime. Como não considerarmos nas mesmas circunstâncias uma previsão legal que impõe uma pena mais grave, como hediondo, se o legislador não fez qualquer exceção quanto a este aspecto.

Não posso negar conhecimento de posição acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça de não considerar hediondo o crime do artigo 14, mas o faz quanto aos crimes dos artigos 12 e 13. Parece-me difícil esta interpretação, se considerarmos que o crime menos grave tem esta conotação (art. 18, III), e o crime mais grave não a tem. Pondero, ainda, se considerarmos a dificuldade de configuração autônoma do crime de associação, já que a previsão legal só o admite quando na prática dos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos.

Não desconheço, acolho integralmente decisões no sentido de que este crime é também equiparado a hediondo; logo, sofrendo todos os consectários da Lei n. 8.072/90.

A doutrina segue o mesmo rumo:

“A conduta incriminada com a denominação de tráfico de drogas restringe-se aos tipos penais dolosos definidos nos arts. 12 a 14 da referida lei repressiva. Desta forma, somente estes poderão ser acoimados de crimes hediondos, não sendo admissível tal rótulo às condutas previstas nos arts. 15 (prescrição culposa por médico, dentista, farmacêutico ou enfermeiro de substância entorpecente) e 16 (porte para uso próprio) da mesma lei. Tais infrações, seja do ponto de vista sociológi-

co, seja do ponto de vista técnico-jurídico, não são consideradas propriamente como tráfico ilícito de drogas e, devido ao princípio da legalidade, que proíbe a analogia e impõe a interpretação restritiva das leis penais repressivas, não poderão ser classificadas como crimes hediondos para sofrer as conseqüências mais severas previstas na Lei n. 8.072/90” (João José Leal, *in* Crimes Hediondos Aspectos Político-Jurídico da Lei n. 8.072/90. São Paulo: Atlas, 1996, p. 43).

No mesmo sentido, decisão de minha lavra:

“Apelação criminal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Princípio da identidade física do juiz — Inaplicabilidade ao processo penal — Autoria e materialidade comprovadas — Concurso de

agentes do art. 14 da Lei de Tóxicos — Associação estável — Confissão de co-réu — Declaração que, de forma desinteressada e desapaixonada, incrimina seu comparsa — Palavra coerente, harmoniosa e apoiada na prova circunstancial colhida nos autos — Validade probatória da delação reconhecida — Crime consumado — Adequação da reprimenda — Exasperação demasiada pela reincidência — Minoração que se impõe — Crime equiparado a hediondo — Regime integralmente fechado — Recurso parcialmente provido” (Apelação Criminal n. 2002.009179-6, de Piçarras).

Por isso, e acolhendo idêntica manifestação do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, quedei vencido.

Solon d'Eça Neves

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

INQUÉRITO

INQUÉRITO N. 2003.028379-0, DE CATANDUVAS

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual penal – Inquérito – Indiciados prefeito municipal e proprietário de empresa particular – Dispensa de licitação – Ação civil pública julgada reconhecendo como lícito o ato administrativo

– *Fato julgado definitivamente na esfera cível – Coisa julgada – Ausência de tipicidade na área penal – Denúncia rejeitada.*

Apesar da independência das esferas civil e criminal, diante da declaração de licitude pela jurisdição civil, não pode o mesmo fato ser tido como ilícito para imputação criminal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito n. 2003.028379-0, da comarca de Catanduvas, em que são indiciados Emílio Albanil Rodrigues e Alter Antônio Turcatto:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar a denúncia.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Trata-se de inquérito contra Emílio Albanil Rodrigues e Alter Antônio Turcatto, por suposta prática do crime previsto no art. 89 e parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

Segundo a denúncia:

“No mês de julho de 2001, através da Lei Municipal n. 1.669/01, foi criado o Conselho Municipal de Desenvolvimento do município de Catanduvas com a finalidade de assessorar o Prefeito Municipal na formação do Distrito Industrial daquela urbe e, notadamente, nas questões concernentes à concessão de diversos incentivos a empresas particulares que viessem a instalar-se naquele local, v.g. a concessão de direito real de uso de bens de domínio público.

“Na condição de membro do Conselho Municipal de Desenvolvi-

mento do município de Catanduvas e, portanto, ciente de todos os meandros burocráticos que permeavam a questão, inclusive a necessidade da realização de prévio certame licitatório, avaliação e autorização legislativa específica, no dia 3 de outubro do ano de 2001, o denunciado Alter Antônio Turcatto, proprietário da empresa TBS Comércio Indústria e Beneficiamento Ltda., e usual beneficiário de doações de bens imóveis do Poder Público Municipal [...], conjugou esforços com o denunciado Emílio Albanil Rodrigues visando à área de terras com aproximadamente 20.000m² (vinte mil metros quadrados) situada no Distrito Industrial de Catanduvas (fl. 133).

“Assim, mesmo ciente de que a empresa TBS Comércio Indústria e Beneficiamento Ltda. já havia sido agraciada com diversas doações de bens imóveis localizados no perímetro urbano do município de Catanduvas (7.500m²), Emílio Albanil Rodrigues, valendo-se do cargo de Prefeito Municipal, buscou favorecer o denunciado Alter Antônio Turcatto dispensando e/ou inexigindo indevidamente prévio processo licitatório, assim como deixando de observar suas formalidades legais, viabilizando a espúria cessão de uso não remunerado de bem de domínio público.

“Dessa forma, em 5 de novembro de 2001, Emílio Albanil Rodrigues dispensou e/ou inexistiu licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 17, inciso I, *f*, da Lei n. 8.666/93), sem prévia avaliação e autorização legislativa específica, a cessão de uso de bem imóvel pertencente ao município de Catanduvas com 24.787,94m² (vinete e quatro mil, setecentos e oitenta e sete vírgula noventa e quatro metros quadrados) [...], firmando em benefício do denunciado Alter Antônio Turcatto, sócio-gerente da empresa TBS Comércio e Indústria de Beneficiamento de Madeira Ltda., o Instrumento de Contrato de Cessão de Uso Não Remunerado de Bem de Domínio Público (fls. 245 e 246).

“Convém destacar que a firma pertencente ao denunciado Alter Antônio Turcatto foi instituída com a finalidade de explorar o ramo de comércio indústria e beneficiamento de madeira (fls. 223 e 224), não se enquadrando na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 17, inciso I, *f*, da Lei n. 8.666/93 (programas habitacionais de interesse social).

“Com a conduta descrita nesta peça acusatória, os denunciados afrontaram princípios básicos inerentes à Administração Pública, notadamente a isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, acabando, assim, por obstaculizar a participação de virtuais interessados e, por conseguinte, a potencial seleção de outras empresas que melhor utilizassem o imóvel, a que, como dito alhures, inexistente causa de dispensa de licitação.

“Assim agindo, Emílio Albanil Rodrigues infringiu o disposto no art. 89, *caput*, ao passo que Alter Antônio Turcatto incidiu nas penas do art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, razão pela qual requer o Ministério Público, observadas as disposições insitas nos artigos 4º e 5º da Lei n. 8.038/90, seja instaurada a competente ação penal com o recebimento da presente, citando-se os denunciados para interrogatório e demais atos do processo, seguindo-se até o final julgamento de procedência”.

Os denunciados apresentaram defesa, alegando, preliminarmente, coisa julgada, pois os fatos apresentados já foram objeto de ação civil pública, julgada totalmente improcedente. No mérito, sustentam que houve autorização legislativa pela Lei Municipal n. 1.378/97, bem como pelo Conselho Municipal de Desenvolvimento, sendo que a avaliação será efetuada quando da concretização da doação, não tendo sido afrontados princípios basilares da Administração Pública, haja vista ter primado pelo interesse público.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o disposto na denúncia, pugnando pelo não reconhecimento de coisa julgada, diante da independência das esferas civil e criminal.

Foi protocolada petição com documentos por terceiro estranho à relação processual, sendo que o DD. Procurador requereu seu desentranhamento dos autos, pois descabida a intervenção.

II – Voto

1 – Os documentos devem ser desentranhados.

Com razão o culto Procurador de Justiça, Dr. Basílio Elias De Caro, ao afirmar ser indevida a juntada de petição e documentos por terceiro estranho à relação processual, pelo que determino o desentranhamento das fls. 436 a 454.

2 – Reconheço a coisa julgada.

Apesar da independência das esferas civil e criminal, diante da declaração de licitude do ato pela jurisdição civil, não pode este ser tido como ilícito para imputação criminal.

No presente caso, foi proposta ação civil pública pelo representante do Ministério Público contra os indicados sobre os mesmos fatos narrados na exordial, ou seja, sobre a dispensa ilegal de certame licitatório, o que caracterizaria o crime do art. 89, *caput*, e parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.

Porém, tal ação foi julgada totalmente improcedente, não reconhecendo a existência de ato ilícito, com trânsito em julgado (certidão de fls. 341 e 418).

Constou da sentença do digno e zeloso Juiz Gustavo Henrique Arachski (fls. 333 a 340 e 409 a 417):

“A ação funda-se no fato de Emílio Albanil Rodrigues (prefeito) ter dispensado procedimento licitatório indevidamente e doou bem imóvel do município à pessoa jurídica’ [...] além de ter permitido a utilização na obra da Empresa TBS, bens e serviços pú-

blicos municipais, causando prejuízo ao erário (fl. 97).

“Primeiramente, quanto à suposta doação do imóvel no distrito industrial, houve até o momento tão-somente ‘cessão de uso não remunerado’ de uma área de 24.787,94m². A doação ocorrerá após 7 anos da cessão, devendo a cessionária cumprir as condições previstas na Lei Municipal n. 1.378/97, que criou o distrito industrial.

“Como não houve alienação de bem público até o momento, não há se falar em licitação. Ademais, não fosse isto, o § 4º do artigo 17 da Lei n. 8.666/93 não exige licitação para a doação modal:

‘Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

[...]

‘§ 4º A doação com encargo *pod*erá ser licitada, e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato’ (grifei).

“Restará assim ao Município, *antes da doação*, formalizar a justificação do interesse público, observando o comportamento da empresa ao longo desses sete anos, bem como avaliar o objeto, conforme previsto no *caput* do artigo *supra*.

“Para evitar demandas como esta, o Município podia ter realizado, ainda que para a simples cessão de

uso e serviços de terraplanagem, estudo do impacto socioeconômico do seu ‘investimento’, de modo a melhor justificar a destinação do dinheiro público – preocupação do autor.

“Apesar disto, não houve desrespeito à legislação referida pelo acionante, e as omissões referidas poderão ser corrigidas antes da alienação.

“3. Quanto à cessão do uso imóvel e serviço de terraplanagem, estão amparados pela Lei n. 1.378/97:

‘Art. 2º Para formação do Distrito Industrial, o município de Catanduvas/SC concederá incentivos a empresas que forem instalar-se, propiciando impulso ao seu crescimento, gerando progresso ao município de Catanduvas.

‘Parágrafo único – Os incentivos de que trata este artigo compreendem:

‘I — Doação com ônus, de área necessária para a instalação e funcionamento da empresa;

‘II – Serviço de terraplanagem na área a ser doada, adequada, às necessidades da empresa;

[...]

‘Art. 6º Poderá o Chefe do Poder Executivo Municipal conceder doações e incentivos não previstos na presente Lei, desde que devidamente autorizados pelo Poder Legislativo’.

“O *caput* do art. 2º é auto-explicativo, e da interpretação conjugada dos dois dispositivos supratranscritos conclui-se que o prefeito estava legalmente autorizado a determinar a realização de serviços inerentes à terrapla-

nagem no imóvel cedido à TBS como também para a própria doação.

“Em momento algum agiu ao arrepio da lei, sendo importante registrar que tanto a ‘doação’ como a terraplanagem foram *previamente submetidas à apreciação do Conselho Municipal de Desenvolvimento* – criado pela Lei Municipal n. 1.669/01, constituído por representantes dos mais diversos seguimentos da sociedade, juntamente para buscar proposições ‘de ações visando ao crescimento socioeconômico sustentável e integrado de Catanduvas’ – que decidiu pela permissão dos incentivos municipais.

“Não se verificam portanto as irregularidades apontadas pelo Ministério Público haja vista a inexigência de licitação para o caso como também porque o prefeito tinha base legal (além da autorização do Conselho Municipal de Desenvolvimento) para a realização dos serviços em favor de particular.

“É bom frisar que a documentação trazida pela TBS prova que preencheu os requisitos previstos no art. 3º da Lei n. 1.378/97: I – prova da constituição legal e capacidade econômica da empresa (fls. 232 a 235 e 248); II – prova de regularidade junto às repartições públicas federais, estaduais e municipais (fls. 256 a 260); III – cronograma da obra e previsão de início de funcionamento da empresa (fls. 270 a 275); IV – capacidade de absorção de mão-de-obra (fls. 262 e 263); V – valor do investimento (fls. 249 e 270 a 296); VI – comprovação de conveniência socioeconômica do empreendimento para o Município (fl. 248).

[...]

“Enfim, o dinheiro público não foi gasto a esmo ou para propaganda ou mordomias [...] *reverteu e continuará revertendo* dividendos em favor do município e da sociedade local, incorrendo qualquer lesão ao erário nem desrespeito aos princípios da proporcionalidade ou moralidade administrativa.

“O acerto ou não do ato administrativo está absolutamente fora da alçada do Poder Judiciário porquanto dentro do poder discricionário do Executivo, e com observância à legislação. Trata-se de uma política administrativa de desenvolvimento do município, ao que parece bem conduzida no decorrer dos últimos anos.

“Julgo, pois, improcedente o pedido”.

Uma vez declarados na jurisdição civil lícitos os atos praticados pelos indiciados, uma vez que decidido definitivamente que não houve qualquer irregularidade, inclusive sobre a dispensa de licitação, prejudicada ficou a imputação criminal pelos mesmos fatos.

A respeito, explica Julio Fabbrini Mirabete:

“Tem força de coisa julgada na justiça penal a sentença civil que conclui pela não existência de uma infração penal. Se a decisão transitada em julgado de prejudicial civil em processo penal faz desaparecer elementos constitutivos do crime descrito na denúncia, tomando atípicos os fatos atribuídos ao réu, tal decisão deve ser aceita como verdade pela jurisdição criminal, desaparecendo a justa causa para o processo, alcançando o Ministério Público ou o querelante, ainda que não tenham participado do processo prejudicial” (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 320).

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci:

“Decisão definitiva proferida no juízo cível faz coisa julgada na esfera criminal e não mais pode ser discutida questão dirimida” (Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 230).

A jurisprudência não discrepa:

“O direito, como sistema, é unitário. Inexiste contradição lógica, a ilicitude é una, não obstante, repercussão distinta nas várias áreas dogmáticas. A denúncia deve imputar fato ilícito, atribuível (ação ou omissão) ao acusado. Se o narrado na denúncia foi declarado lícito, no juízo cível, enquanto não desconstituído o julgado, impede a imputação criminal. Aquela decisão configura prejudicial (CPP, art. 93). Denúncia rejeitada” (JSTJ 44/219).

“Se a decisão irrecurável de prejudicial civil em processo penal faz desaparecer elementos constitutivos do crime descrito na denúncia, tornando atípicos os fatos atribuídos, tal decisão tem força vinculante que deve ser aceita como verdade pela jurisdição penal, como formulação da vontade do Estado, nas circunstâncias, alcançando também o Ministério Público, ainda que não tenha participado do processo” (TACRimSP, RT 642/310).

2 — Pelo exposto, rejeito a denúncia com base no inciso I do art. 43 do Código de Processo Penal.

III – Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Rejeitaram a denúncia.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Gaspar Rubik e Solon d'Eça
Neves.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

Florianópolis, 18 de maio de 2004.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.006320-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jorge Mussi

Crime contra o patrimônio – Furto qualificado pelo emprego de fraude – Negativa de animus furandi que esbarra nas palavras do próprio acusado, que não negou ter-se apoderado dos cheques por si emitidos e levados a protesto pelo credor, e da funcionária do cartório, que confirmam a subtração havida – Conjunto probatório suficiente para a prolação da condenação – Absolvição pela dívida impossível.

Qualificadora do emprego de fraude – Réu que empregou artifício ou ardid para se apossar das cártulas que estavam em poder do tabelionato de notas e protestos, ao solicitar a exibição dos títulos de crédito por si emitidos e em protesto – Circunstância agravadora plenamente configurada – Manutenção devida.

Recurso defensivo improvido.

Assistência judiciária – Precária situação financeira do recorrente declarada nas razões de recurso – Suficiência à concessão dos benefícios da Lei n. 1.060/50 – Pleito deferido tal qual requerido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.006320-0, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), em que é apelante Wanildo Vieira, sendo

apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso defensivo e

deferir o benefício da assistência judiciária gratuita, conforme requerido.

Custas legais.

1 – Na comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra Wanildo Vieira, dando-o como incurso nas penas do art. 155, § 4º, II, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória de fls. 2 e 3:

“Segundo consta das investigações encartadas no inquérito policial que a esta serve de fundamentação, no dia 21-7-97 foram levados a protesto, perante o 1º Ofício de Notas e Protestos desta cidade (Cartório Waltrick), o cheque n. 000357, no valor de R\$ 2.760,00, e n. 000404, no valor de R\$ 1.480,00, ambos emitidos pelo denunciado para pagamento de aquisição de mercadorias que fez na empresa Lúcia C. Marafon Cereais FI, com sede no município de Campo Magro/PR, cujo pagamento foi recusado pelo Banco sacado, porquanto o denunciado os havia sustado indevidamente.

“Tendo recebido a devida notificação para o pagamento no prazo de lei, no dia 29-7-97, o denunciado, agindo de modo calculista e tendo já planejado o crime anteriormente, dirigiu-se ao dito tabelionato, apresentando-se à funcionária Milene Feller Miguel, para quem, fraudulentamente, afirmou que viera pagar o valor dos cheques. No momento em que dita funcionária estava com as cédulas na mão, o denunciado, sorrateiramente, arrancou-as das mãos de Milene, pondo-se imediatamente em fuga, entran-

do em seu veículo, que havia deixado estacionado logo na frente do cartório, ainda com o motor ligado.

“O denunciado agiu com extremo dolo, usando de fraude para conseguir o seu objetivo”.

Luzia Coletto Manfron – Cereais, empresa individual, que estava protestando os títulos de crédito em questão, requereu, por seu advogado, sua admissão ao feito na qualidade de assistente da acusação, o que lhe foi deferido (Termo de Deliberação em Audiência de fl. 73).

Encerrada a instrução criminal, o acusado restou condenado ao cumprimento de 2 anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 1 ano, e prestação pecuniária no valor de 1 salário mínimo destinado à APAE de Balneário Camboriú, e ainda ao pagamento de 10 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do delito, por infração ao art. 155, § 4º, II, do Código Repressivo.

Inconformado com a decisão proferida, Wanildo recorreu, a tempo e com fundamento no art. 593 do CPP, pretendendo a sua absolvição, alegando, para tanto, a insuficiência de provas da autoria e da materialidade delitiva; alternativamente, requereu a exclusão da qualificadora, condenando-o tão-somente no furto simples. Pleiteou, por fim, pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei n. 1.060/50 c/c art. 4º do Decreto n. 4.926/94, “por não ter o mesmo condições de supor-

tar as despesas do presente processo, sem o prejuízo próprio ou de sua família” (fls. 110 e 111).

Rebatido o apelo, os autos ascenderam a este Tribunal, no qual a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e improvemento.

É o relatório.

2 – Quanto à pretendida absolvição do apelante com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, não há dar provimento ao recurso, posto que não há dúvidas de que praticou o delito de furto denunciado.

No que toca à materialidade do crime, vale ressaltar que nosso Tribunal de Justiça já deixou assentado que “a ausência da apreensão do bem subtraído não implica na falta de prova da materialidade, sobremodo se afirmada sua existência pelo depoimento de testemunhas presenciais e indícios concludentes autorizando a condenação” (Ap. Crim. n. 2002.015646-4, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 17-9-2002).

Exatamente o que ocorre na hipótese *sub judice*, posto que, apesar da não apreensão das cópias objeto da inicial acusatória, a materialidade do furto em exame ficou perfeitamente demonstrada pela notícia criminal de fls. 6 a 8, ajuizada por Turiaçu Franklin Waltrick e por Luzia Coletto Manfron – Cereais, empresa individual, e pelos documentos que a acompanham (fls. 9 a 18), especialmente o Boletim de Ocorrência de fl. 15, dando conta da subtração, pelo apelante, de dois cheques, o de n. 000357, no valor de R\$ 2.700,00, e o de n. 000404,

no valor de R\$1.480,00, emitidos pelo réu e não pagos e cujos credores eram a empresa citada e Lourival Favaretto, que se encontravam para protesto no 1º Ofício de Notas e Protestos da Comarca de Balneário Camboriú – Cartório Waltrick, e também pelo restante do elenco probatório.

No concernente à autoria, esta encontra-se igualmente patenteadada pela prova testemunhal acostada aos autos e pelas próprias palavras do réu, que apenas se limitou a negar a imputação que lhe fora atribuída, sem no entanto apresentar provas de que realmente não agira com *animus furandi* ao se apoderar dos cheques objeto da denúncia, o que não negou haver efetuado.

Vê-se que o réu, quando inquirido pela autoridade policial, disse não ter cometido o furto em exame, mas não que se dirigiu ao Cartório Waltrick “para saber do protesto de dois títulos”, reservando-se o direito de esclarecer melhor os fatos somente ao Juízo *a quo* (fl. 23).

Interrogado, não negou que houvesse se apoderado das cópias em questão, esclarecendo, porém, que delas apenas se apossou porquanto teria efetuado o pagamento destas no cartório referido, salientando que “não tem o recibo dos pagamentos porque pegou os cheques de volta; que alega que pagou; que pagou em dinheiro; que o interrogando tirou o dinheiro do Banco; que mil e quinhentos reais pegou no Banco, no Banco Bradesco de Itajaí, e o restante o interrogando tinha consigo; que o interrogando alega que o outro dinheiro

era proveniente da venda de batatas que fazia; que o interrogando esclarece que apenas pegou os cheques porque pagou a funcionária” (fl. 34).

Sua versão, contudo, é contraditada pelo testemunho da funcionária do cartório do qual foram furtadas as cédulas emitidas pelo acusado, Milene Feller Miguel, que, ao descrever na fase investigatória como ocorreram os fatos, afirmou:

“[...] em data de 29 de julho do corrente ano, por volta das 9 horas, adentrou em seu recinto de trabalho o Sr. Wanildo Vieira, que disse estar ali para tomar conhecimento de dois cheques emitidos pelo próprio, do Banco Bradesco de Itajaí; que diz a depoente que o mesmo disse que iria acertar com a pessoa e arrancou os dois cheques de sua mão e saiu correndo, não dando tempo para a depoente segurá-lo; que diz a depoente ter dado a volta no balcão e ido ao seu encaixo, porém não conseguiu alcançá-lo, visto que saindo do cartório o mesmo adentrou em um veículo e saiu rapidamente [...]” (fl. 21).

A mesma declaração foi prestada por Milene sob o crivo do contraditório, oportunidade em que relatou que:

“[...] Que no dia dos fatos, estavam trabalhando quando chegou o acusado e pediu para ver dois cheques que estavam no cartório; que assim que a depoente encontrou as pastas com os cheques, o acusado tirou-lhe das mãos os cheques e retirou-se; que a depoente tentou de todas as formas reaver os cheques mas o acusado retirou-se rapidamente do

local, não podendo mais a depoente detê-lo; que os cheques estavam em cartório para protesto; que o acusado compareceu no cartório como quem quisesse pagar os cheques e assim que viu as cédulas, delas se apossou e evadiu-se do local [...]” (fl. 61).

Tais depoimentos encontram respaldo no testigo de Fridolino Sardá Júnior, também funcionário do Cartório Waltrick, que confirma a versão de Milene ao narrar à autoridade policial que no dia dos fatos “encontrava-se em seu local de serviço, numa sala em frente a que trabalha a funcionária Milene; que a mesma passou agitada pedindo que a ajudasse, pois o Sr. Wanildo Vieira havia-se apossado de dois cheques que estavam para ser protestados; que até entender o fato e ir atrás, o mesmo já estava saindo num caminhão estacionado defronte o Cartório” (fls. 22, 47 e 48).

Perante a autoridade judiciária, Fridolino expôs que:

“[...] foi chamado pela funcionária Milene, a qual lhe contou que o acusado chegou no Cartório, pedindo-lhe para ver os cheques que lá estariam para protesto emitidos pelo mesmo; que no momento em que Milene lhe mostrou os dois cheques, o acusado pegou ambos na mão, os guardou no bolso da camisa e saiu do Cartório; que Milene solicitou que o acusado não agisse de tal forma, porém não foi atendida; que o depoente tem conhecimento de que os cheques não foram devolvidos pelo acusado, não sabendo o destino dado aos mesmos; que tem conhecimento de que os cheques não foram pagos, eis que há pouco

tempo atrás o responsável pela empresa credora procurou tomar conhecimento de como andava o protesto perante o Cartório [...]” (fls. 47 e 48).

Nesse mesmo norte é o testemunho de Turiaçu Franklin Waltrick, titular do Cartório do 1º Ofício de Notas e Protestos daquela Comarca à época que, inquirido na fase do contraditório, corroborou as declarações de Milene, a qual no mesmo dia lhe narrou o ocorrido, ao esclarecer que:

“[...] o acusado possuía dois títulos para protesto perante o Cartório; que naquele dia o mesmo adentrou no Tabelionato, onde solicitou à funcionária Milene informações sobre a intimação que havia recebido, oriunda do Cartório; que após ser informado sobre os cheques que seriam protestados, o mesmo fez questão de ver ambas as cópias; que a funcionária Milene mostrou ao acusado as folhas de cheque quando este apoderou-se das mesmas, arrancando-lhe das mãos, saindo correndo do Cartório [...]”.

Continuando as suas declarações, Turiaçu noticiou que:

“[...] após tomar conhecimento dos fatos, tentou comunicar-se com amigos ou conhecidos do acusado, no sentido de fazer com que o mesmo devolvesse os cheques sem ter que tomar outras providências, porém tal não restou frutífero; que o nome do amigo do acusado contatado pelo depoente é Amadio Poltronieri; que referida pessoa foi quem entrou em contato com o acusado, o qual lhe informou que havia rasgado os cheques ainda na esquina próxima ao Cartório; que durante esta temporada, no mês de fe-

vereiro, a pessoa responsável pela empresa Lúcia C. Marafon Cereais FI, procurou o depoente, perguntando-lhe sobre os cheques levados a protesto, quando o mesmo lhe informou do ocorrido; que tem conhecimento que o valor dos cheques não foi quitado pelo acusado [...]” (fl. 46).

Ora, diante dos relatos acima transcritos, não pairam dúvidas de que Wanildo, tendo recebido a primeira notificação do Cartório 1º Ofício de Notas e Protestos da comarca de Balneário Camboriú no qual foi intimado para o pagamento de dois cheques que lá estavam para protesto (documento de fl. 16, datado de 29-7-1997), já decidido a furto os referidos títulos de crédito, dirigiu-se ao cartório mencionado, no qual solicitou a Milene que lhe exibisse os títulos protestados, dizendo que tentava acertar o débito com o credor, e, assim que a funcionária localizou as cópias, abruptamente subtraiu-as das suas mãos, retirando-se rapidamente do local e dirigindo-se ao seu caminhão que estava estacionado defronte do cartório, já com o motor ligado, tudo para facilitar a sua fuga daquele estabelecimento notarial.

E assim se pode concluir com certeza porquanto o recorrente não fez qualquer prova de que houvesse agido dessa forma porque teria realmente pago o valor das cópias levadas a protesto, como alegou e como lhe competia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, já que não trouxe aos autos nenhum recibo emitido pelo cartório que comprovasse a quitação, valendo ressaltar que o

extrato bancário juntado à fl. 79 destes autos demonstra que no dia seguinte à sua notificação, e sete dias antes dos fatos, foi compensado um cheque no valor de R\$ 1.760,00; contudo, não há acolher a tese defensiva de que o acusado houvesse retirado essa quantia para utilizá-la no “pagamento das referidas cártulas” (razões – fl. 106), pois vai contra o narrado pelo apelante em seu interrogatório, quando afirmou que teria pago a dívida em dinheiro, parte que teria retirado dias antes de sua conta, no montante de R\$ 1.500,00, e o restante proveniente da venda de batatas que planta em sua propriedade (fl. 34), “cujas notas” – diga-se – “não foram localizadas na contabilidade da empresa, sendo consideradas extraviadas”, como a defesa mesmo declarou por ocasião das razões recursais (fl. 106).

O ônus da prova (*onus probandi*), na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou queixa, cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes etc.); *ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena*

etc.), ou concessão de benefícios penais” (*Código de Processo Penal Interpretado*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, p. 474 e 475, o grifo é nosso).

E, no caso *sub judice*, definitivamente, nenhuma prova foi exibida ou trazida pelo apelante que atestasse o alegado pagamento das cártulas que confessou ter subtraído do cartório referido, já que sequer as testemunhas arroladas pela defesa conseguiram conferir credibilidade à negativa de dolo que veiculou, na medida em que ambas – Isaldo Pereira e Joel Florindo Vieira – não presenciaram o momento em que o denunciado teria efetuado o pagamento dos cheques aludidos, já que não o acompanhavam quando dos acontecimentos delituosos, tendo afirmado tal fato somente por ouvir dizer do acusado (fls. 69 a 72).

Ora, a confissão de Wanildo de que estava na posse dos cheques objeto da denúncia e a ausência de prova inequívoca do pagamento que alega ter efetuado para justificar a subtração por si efetuada, somadas ainda às declarações das testemunhas de acusação, são circunstâncias que autorizam a condenação pelo delito de furto denunciado, até porque a orientação jurisprudencial é pacífica no sentido de que, nos crimes contra o patrimônio, quase sempre praticados na clandestinidade, a palavra da vítima (no caso, de Milene, funcionária do cartório) é de relevante valor probatório, sobrepondo-se, inclusive, à negativa apresentada pelo réu, mormente quando encontra respaldo no restante do conjunto de provas e se encaixa às

demais evidências dos autos, como ocorre na hipótese em exame.

A propósito, deste Sodalício:

“Tendo o ilícito acontecido às escondidas e à revelia de testemunhas, figurando como protagonistas do fato apenas o agente e a pessoa ofendida, reveste-se de especial valor probatório a palavra da vítima, que deve prevalecer sobre a do réu, quando firme e amparada pelos demais elementos coligidos” (Ap. Crim. n. 33.157, da comarca da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli), pois, ‘relatando o proceder de desconhecidos, nenhum interesse teria em incriminar eventuais inocentes’ (TACrimSP, AC, rel. Lourenço Filho – j. 5-6-1996 – RJTACrim 32/280) [...]” (Ap. Crim. n. 2002.023867-3, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 8-4-2003).

“O furto é delito praticado, em regra, na clandestinidade, cuja prova nem sempre é contundente, vistosa. No entanto, se os depoimentos das testemunhas forem coerentes e harmônicos com o restante do conjunto probatório, imputando ao agente a prática do crime, essa circunstância permite a formação de seguro juízo de convencimento para sustentar a condenação” (Ap. Crim. n. 2002.016024-0, de Itajaí, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 15-10-2002).

Dessa feita, diante do elenco probatório produzido, não restam dúvidas da ocorrência do furto noticiado, não havendo, assim, como se dar provimento ao apelo para absolver o apelante com fundamento no art. 386, VI, do CPP, como pretendido.

3 – No que diz respeito à qualificadora da fraude, prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do Código Penal, melhor sorte não socorre o apelante, quando almeja vê-la excluída da condenação.

Damásio E. de Jesus conceitua a fraude que qualifica o crime de furto em questão como “um meio enganoso capaz de iludir a vigilância do ofendido e permitir maior facilidade na subtração do objeto material [...]” (*Código Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 10ª ed., 2000, p. 541).

Julio Fabbrini Mirabete, por seu turno, define a qualificadora mencionada como sendo “o meio enganoso, o embuste, o ardid, o artifício empregado pelo agente para subtrair a coisa alheia” (*Manual de Direito Penal*, vol. 2, São Paulo: Atlas, 1997, p. 229), esclarecendo ainda, em sua obra *Código Penal Interpretado*, que “no furto em que é utilizado o meio enganoso, o embuste, o ardid, o artifício usado pelo agente para subtrair a coisa alheia, há crime qualificado. Distingue-se o furto qualificado com fraude do estelionato porque neste o agente obtém a coisa que lhe é transferida pela vítima por ter sido induzida em erro, viciada na sua vontade pelo expediente fraudulento, enquanto no furto a coisa é subtraída, em discordância expressa ou presumida do detentor, utilizando-se o agente de fraude para retirá-la da esfera de vigilância da vítima” (1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1999, p. 926).

O Superior Tribunal de Justiça não discrepa, leia-se:

“Segundo doutrina de escol, a fraude, no furto, ‘é o emprego de meios ardilosos ou insidiosos para burlar a vigilância do lesado. Não se identifica com a fraude característica do estelionato, isto é, com a fraude destinada, não a iludir a vigilante oposição do proprietário, mas a captar-lhe o consentimento, viciado pelo erro a que é induzido” (REsp n. 226.222/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 17-12-1999, p. 380).

E, no caso concreto, verifica-se que o réu, no afã de se apoderar dos cheques por si emitidos e que se encontravam no cartório para protesto, utilizando-se de embuste, fez crer à funcionária que ali estaria para resgatar as cártulas mediante quitação do débito, pelo que lhe pediu que as exibisse para verificação. Ao avistá-las nas mãos da dita funcionária, incontinenti subtraiu-as e evadiu-se do local, levando-as consigo, tipificando perfeitamente a qualificadora capitulada na exordial acusatória, não havendo falar em furto simples, pois, consoante já se decidiu: “Infere-se que a agravante se caracteriza, quer o agente se use de maquinações com o fito de apreender a coisa, quer para o seu apoderamento. Assim, vários são os modos pelos quais pode a fraude apresentar-se. Dá-se, por exemplo, quando ao agente, iludindo a vítima, pede que lhe mostre um objeto e, tendo-o nas mãos, põe-se a correr” (TACrimSP, RT 575/397).

Assim, correta a sua condenação como incurso nas penas do art. 155, § 4º, II, do Código Repressivo.

5 – Por fim, quanto à colimada concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, somente pleiteada para a fase recursal, merece deferimento o pedido.

A assistência judiciária gratuita está regulamentada pela Lei n. 1.060, de 5-2-1950, que no seu art. 4º prescreve: “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”.

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado no sentido de que “a garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n. 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não lhe permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça” (RE n. 205.746/RS, rel. Min. Carlos Velloso, publ. no DJU em 28-2-97).

Portanto, e tendo o recorrente, por intermédio de seu advogado, declarado sua insuficiência econômica para arcar com as despesas e custas processuais da presente apelação, e verificando-se que nas vezes em que ouvido qualificou-se como motorista, defere-se o pedido.

6 – Diante do exposto, a Câmara conhece do recurso defensivo interposto, negando-lhe provimento, e deferindo ao recorrente o benefício da assistência judiciária, conforme requerido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves e Cars-

tens Köehler, lavrando o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 12 de agosto de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.010948-0, DE PONTE SERRADA

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação criminal — Lesão corporal grave — Gravidez — Aborto — Desconhecimento da gravidez — Dúvidas que se resolvem em favor das rés — Sentença absolutória reformada — Materialidade e autoria comprovadas — Depoimentos contundentes dando conta da deflagração dos acontecimentos por parte da apelada — Conduta desproporcionada — Versão de acusação que aflora cristalina — Dosimetria — Impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante da violência própria empregada — Aplicação da suspensão condicional da pena — Obediência ao artigo 161 da Lei de Execução Penal — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.010948-0, da comarca de Ponte Serrada, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelada Ivanir Cordeiro de Ávila:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

O representante do Ministério Público da comarca de Ponte Serrada ofereceu denúncia contra Laudecir Cordeiro Bello e Ivanir Cordeiro de Ávi-

la, pelo cometimento, em tese, do crime estatuído no artigo 129, § 1º, inciso I, c/c o artigo 29, ambos do Código Penal, descrevendo, assim, a conduta criminal:

“No dia 3 de janeiro do corrente ano, a vítima Manicléia Suzi Vargas da Rosa, transitava pela Vila CTG Pouso dos Tropeiros, nesta Cidade, momento em que foi abordada pelas denunciadas Laudecir e Ivanir que começaram a lhe proferir palavras de baixo calão.

“Ato contínuo, Ivanir agarrou a vítima pelas costas e auxiliada por Laudecir derrubaram-na no chão.

Enquanto uma arranhava a vítima no rosto a outra lhe agredia pelas costas, ocasionando-lhe ferimentos graves descritos no laudo de exame de corpo de delito de fls. 4, 5 e 46. Com a lesão, a vítima foi hospitalizada e ficou incapacitada de exercer suas ocupações habituais por mais de 30 dias”.

Houve a proposta de suspensão condicional do processo em relação à acusada Laudecir Cordeiro Belo, a qual foi de pronto aceita (fl. 77).

Em seguida foi expedida carta precatória ao Juízo da comarca de Caturva, a fim de que a co-denunciada Ivanir Cordeiro de Ávila se manifestasse quanto à proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), a qual retornou sem que a ré fosse localizada (fl. 91v.), sendo que o digno Promotor postulou pelo prosseguimento normal do feito, conforme preceitua o artigo 367 do Código de Processo Penal.

Após o devido seguimento, finda a instrução processual, o Magistrado julgou improcedente a denúncia para absolver Ivanir Cordeiro de Ávila com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado com a sentença absolutória prolatada, o representante do Ministério Público interpôs o presente recurso, postulando a condenação de Ivanir Cordeiro de Ávila nas sanções do artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal. Sustenta, para tanto, que os testemunhos constantes do processado fazem prova suficiente dos fatos articulados na denúncia.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior ins-

tância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo provimento do presente apelo.

É o suficiente relato.

Merece guarida a pretensão condenatória ministerial.

Sondando-se os autos, vislumbra-se claro e evidente o cometimento da conduta típica e antijurídica estatuída no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

A materialidade e autoria do crime são incontestes. A primeira restou demonstrada por meio do boletim de ocorrência de fl. 7, auto de exame de corpo de delito de fls. 8, 9 e 12, e exame de corpo de delito complementar de fl. 50. A segunda, por sua vez, exsurge de toda a prova oral coligida ao processado, em especial o depoimento de Adriana Aparecida Ferreira Ribeiro, senão vejamos:

“[...] por volta de 17 horas, foi até a casa de Manicléia; que, como a filha dela queria mamar, Manicléia foi buscar leite e quando retornava, viu que Ivanir pulou em Manicléia e passou a agredi-la com tapas; que, em seguida Laudecir começou a agredi-la também, com socos nas costas; que, não viu o que ocorreu, nem percebeu se Manicléia havia falado alguma coisa para elas; que, não sabe o motivo da briga entre as três; que, Manicléia foi socorrida pela mãe dela; que, é de seu conhecimento que Manicléia estava grávida e que em consequência das agressões abortou” (fl. 20).

Nesse mesmo sentido as declarações prestadas pela vítima que, embora não ouvida em Juízo, nas duas

oportunidades em que prestou informações na delegacia de polícia, de maneira firme, apontou versão única para os acontecimentos (fls. 10 e 38).

Não fosse isso, das declarações prestadas pelas próprias denunciadas, extrai-se várias contradições sobre como ocorreram os fatos, as quais, sem dúvida, acabam por se somar ao corpo de prova como indícios de que estes aconteceram exatamente como narrado pela acusação.

Inicialmente, destaca-se o que relatou Ivanir Cordeiro Ávila:

“[...] em uma segunda-feira, Manicléia estava passando em frente de sua casa e disse ‘segurem a vagabunda de vocês que se eu pegar ela mexendo com meu marido ou com meu pai eu vou surrar ela’; que, Manicléia lhe jogou um litro de leite, ocasião em que a declarante avançou em Manicléia e ambas entraram em vias de fato; que, sua irmã deu um tapa na boca de Manicléia; que, não sabia que Manicléia estava grávida e nem que abortou; que, após os fatos, mudou-se daquele local” (fl. 22) (grifos meus).

“[...] quando a vítima passou na frente da casa da interroganda e a chamou de ‘galinha e vagabunda’ e foi tirar satisfação com ela e acabou entrando em vias de fato, que Laudecir só interveio para apartar a briga; que não sabe dizer se Laudecir bateu na vítima, que a interroganda também apanhou da vítima, que não sabia que a vítima estava grávida [...]” (fl. 57) (grifos meus).

Passamos aos relatos prestados por Laudecir Cordeiro Bello:

“[...] Manicléia estava passando em frente de sua casa e disse ‘segurem a vagabunda de vocês que se eu pegar ela mexendo com meu marido ou com meu pai eu vou surrar ela’; que, diante disto, sua irmã Ivanir avançou nela e as duas entraram em vias de fato; que, também deu um tapa na boca de Manicléia; que, não sabia que Manicléia estava grávida e nem que abortou [...]” (fl. 25) (grifos meus).

“[...] Que não bateu na vítima; que a culpa é exclusiva de sua irmã Ivanir, co-denunciada, que foi ela quem brigou com a vítima e a interroganda somente chegou quando a briga já tinha iniciado para separar as duas que estavam agarradas uma na outra de pé [...]” (fl. 60) (grifos meus).

Ora, nota-se que Ivanir primeiramente na fase policial admite a participação, mesmo que parcial, de sua irmã Laudecir nas agressões físicas contra a vítima, assim como a própria Laudecir, quando afirma que efetivamente desferiu um tapa em Manicléia. Em Juízo, a denunciada Ivanir, assim como a própria Laudecir, contrariam a versão até então sustentada, alegando, nesse momento, que esta última não participou dos acontecimentos e que somente interveio para apartar o confronto.

Em contrapartida, tem-se a certeza de que Ivanir foi quem seguramente iniciou a contenda, conforme as próprias denunciadas sustentam por meio dos depoimentos aludidos, ao literalmente confirmarem que Ivanir “avançou” na vítima. Ao mesmo tempo, mostra-se patente a

participação de Laudecir nas agressões, quando sopesadas as contradições existentes com todo o corpo de prova.

No tocante à desproporcionada conduta praticada pela apelada Ivanir, destacam-se as bem ponderadas razões do digno Promotor de Justiça nas razões do apelo consignadas à fl. 121:

“Também não presta à apelada a excludente de ilicitude da legítima defesa da honra de terceiro, por ela alegada, primeiro porque esta suposta ofensa não foi comprovada e depois porque não poderia repelir uma agressão verbal à sua sobrinha com um castigo físico, ainda mais quando a sua oponente, sabidamente, era gestante.

“Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

‘Ofensas morais e simples provocações, sem conteúdo de agressões físicas, não autorizam a reação violenta do agente, não se configurando hipótese de legítima defesa, pelo que se dá provimento ao recurso’ (TAPR, RT 687/339).

“Ainda:

‘Os direitos suscetíveis de ofensa material podem ser protegidos pela excludente do art. 21 do Código Penal. Não cabe, assim, a justificativa da legítima defesa no delito de difamação’ (TACrimSP, RT 378/233)”.

No mais, frisa-se que as denunciadas Ivanir e Laudecir possuíam, respectivamente, 21 e 34 anos na data dos fatos, enquanto que a vítima Manicléia possuía somente 16 anos de idade, o que, implicitamente, está

a demonstrar a superioridade física daquelas em relação a esta.

Vale discorrer, por fim, que a conduta criminal praticada, embora no todo reprovável, em razão do aborto sucedido, foi perfeitamente capitulada na inicial, haja vista restar dúvidas quanto ao conhecimento da gravidez da vítima por parte das denunciadas, donde suas condutas não poderiam ser outra, senão aquela capitulada no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

Conseqüentemente, passa-se à dosimetria da pena para a apelada Ivanir Cordeiro de Ávila:

A *culpabilidade* restou evidenciada ante o grau mediano de reprovabilidade da conduta; não há qualquer registro dos *antecedentes*, assim como da *conduta social*; a *personalidade* mostra-se relativamente comum, ressaltando-se, contudo, o seu descaso para com a Justiça ao não informar seu paradeiro; os *motivos* e as *circunstâncias* não são no todo desfavoráveis, atentando-se, somente, à desproporcionalidade de sua conduta; as *conseqüências* extrapenais foram graves para a vítima, que acabou por ter interrompida sua gestação já em evoluído processo; diante disso fixa-se a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Inexistem agravantes e/ou atenuantes.

Não se evidenciam quaisquer circunstâncias de especial aumento e/ou diminuição, maneira pela qual se torna definitiva a reprimenda de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão.

Ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, dá-se o aberto.

Impossibilitada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da existência da violência própria no cometimento da conduta, conforme preconizado no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Presente, contudo, a possibilidade de suspensão condicional da pena (artigos 77 e 78 do CP), pela qual se fixam as seguintes condições:

— suspende-se a execução da pena privativa de liberdade pelo período de 2 (dois) anos;

— no primeiro ano do prazo deverá a apelada prestar serviços à comunidade no estabelecimento escolhido pelo Juízo de Execução da comarca (art. 46 do CP).

Deixa-se de conceder os benefícios constantes do art. 78, § 2º, do Código Penal, em razão de a ora ré se encontrar em local incerto e não sabido, demonstrando seu descaso para com a justiça.

Outorga-se a incumbência da realização da audiência admonitória ao Juízo de Execução da comarca

nos ditames do art. 159, § 2º, da Lei de Execução Penal.

Proceda-se, no mais, conforme os artigos 160 e seguintes da Lei n. 7.210/84, dando-se ênfase ao disposto no artigo 161.

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso, para condenar a ré Ivanir Cordeiro de Ávila ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, concedendo-se os benefícios da suspensão condicional da pena nos moldes fixados pelo cometimento da conduta criminal consignada no artigo 129, § 1º, inciso I, do Código Penal.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Garpar Rubik e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 25 de novembro de 2003.

Jorge Mussi,

Presidente para o acórdão;

Solon d'Eça Neves,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.000767-9, DE PALHOÇA

Relator: Juiz Carstens Köhler

Latrocínio – Sentença citra petita – Inocorrência – Apreciação de todas as teses defensivas.

Morte da vítima – Subtração frustrada – Latrocínio consumado – Súmula 610 do Excelso Pretório.

Absolvição – Inviabilidade – Materialidade e autoria sobejamente comprovadas – Reconhecimento pessoal feito por uma das vítimas corroborado por prova testemunhal – Elementos suficientes para alicerçar o decreto condenatório.

Álibi não comprovado – Inversão do ônus da prova – Parágrafo único do artigo 188 do CPP.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.000767-9, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que é apelante Ronaldo Silveira da Rocha e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O representante do Ministério Público da comarca de Palhoça ofereceu denúncia contra Ronaldo Silveira da Rocha, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 3º, do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

“No dia 25 de março de 2002, por volta das 4 horas, o denunciado, armado, se dirigiu até a residência de Nildo Petersen e Maria Margarida Trindade, situada na Rua José Felisbino da Silva, 485, ao lado da Boate Sharon, conhecida como ‘Boate da Guida’, de propriedade do referido casal, o qual ainda é possuidor da boate ‘Eros’, conhecida como ‘Portão de Fer-

ro’, com o propósito de subtrair o dinheiro proveniente da arrecadação das referidas casas noturnas e que, normalmente, era guardado na casa dos citados comerciantes, durante à noite.

“Desse modo, o denunciado, após ingressar no segundo andar da residência, entrando pela escada externa e pulando os portões (laudo pericial n. 1570IC/02), se deparou com a vítima Tatiani Aparecida Trindade, a qual estava acordada diante da sacada, junto à porta da cozinha, momento em que, imediatamente, o denunciado disparou um tiro de revólver contra a mesma, que atingiu a região clavicular esquerda, no terço médio frontal, sendo causa suficiente do óbito dela, consoante laudo pericial de Exame Cadavérico n. 094/92.

“O denunciado, ante a presença da vítima, acabou por não consumir a subtração, notadamente porque, em seguida, apareceu no local o padrasto dela, senhor Nildo Petersen, fazendo com que o denunciado saísse fugido do local.

“Cumpre destacar, que o acusado estaria envolvido amorosamente com uma das funcionárias da Boate Eros, razão pela qual detinha conheci-

mento sobre a movimentação, inclusive financeira, dos referidos estabelecimentos, além de ter recebido informações sobre a existência de grande quantidade de dinheiro no local. Ademais, há notícias assegurando que o denunciado estaria vivendo basicamente de verbas oriundas de crimes contra o patrimônio” (fls. 2 e 3).

O indiciado foi preso temporariamente (fl. 31), tendo a prisão sido prorrogada por mais 30 (trinta) dias (fl. 35), bem como decretada a sua prisão preventiva quando do recebimento da denúncia, para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (fls. 88 e 89).

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a exordial acusatória, condenando Ronaldo Silveira da Rocha ao cumprimento da pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão e de 155 dias- multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, por infração ao art. 157, § 3º, do Código Penal, integralmente em regime fechado (Lei n. 8.072/90, arts. 1º, II e 2º, § 1º), sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado, apelou o condenado, aduzindo que: a) o Magistrado *a quo* pouco se ateu às alegações da defesa com relação às provas produzidas nos autos; b) inexistem provas suficientes a amparar o decreto condenatório; c) o reconhecimento feito pelo pai da vítima restou duvidoso, pois o crime foi praticado de madrugada e as luzes da residência estavam todas apagadas; d) sempre negou a autoria

da prática delitativa; e) as declarações do policial Nilo Argemiro não poderiam ter sido aceitas, pois oriundas de palavras de presos, pessoas nada confiáveis; f) não sendo este o entendimento, o tiro, e somente um, ocorreu devido ao disparo da arma quando a vítima se agarrou ao delinqüente para defender-se, tanto que se realmente houvesse interesse em roubar, uma vez tendo a oportunidade de consumir seu intento, teria atirado outras vezes na vítima e no seu pai; g) a pena deve ser reduzida ao mínimo legal em razão da falta de intenção letal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Paulo Antônio Günther, opinado pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

De início, afasta-se a assertiva de que o Magistrado *a quo* pouco se ateu às alegações da defesa com relação às provas produzidas nos autos, o que, embora assim não nominado, equivaleria à sentença *citra petita*, pois o *decisum* monocrático apreciou todas as teses defensivas, não estando maculado por qualquer nulidade.

No mérito, em que pese o esforço expendido pela defesa, o inconformismo não merece lograr êxito, pois, ao contrário do sustentado, o contexto probatório é sobejamente sólido para alicerçar o decreto condenatório.

A materialidade do delito de latrocínio está estampada no auto de exame cadavérico de Tatiani Apareci-

da Trindade (fls. 52 a 54), no laudo pericial de levantamento do local de fls. 58 a 75 e no laudo pericial de identificação de projétil de fls. 156 a 160.

A autoria, apesar de negada pelo apelante nas duas oportunidades em que foi ouvido, exsurge indubitável das provas colhidas nos autos.

Os fatos descritos pelo Ministério Público estão comprovados pelas declarações de Nildo Petersen, que afirmou, na fase indiciária:

“Que o depoente possui uma boate, denominada boate Sharlon, embora seja mais conhecida como ‘Boate da Guida’, que funciona no bairro Jaqueira, nesta Cidade; Que, próximo à referida boate o depoente mora com sua atual companheira de nome Maria Margarida Trindade, mais conhecida como ‘Guida’, e com sua filha Tatiane Aparecida Trindade, de 18 anos de idade, assassinada na madrugada de 25 de março do ano em curso; Que, no início da madrugada da última segunda-feira, o depoente ao chegar em casa, encontrou sua filha Tatiane ainda acordada, conversando com o namorado; Que, posteriormente, o depoente foi para a boate onde ficou até por volta das 3h30min, voltando em seguida para casa, onde encontrou Tatiane ainda acordada, porém, sozinha, já que seu namorado havia ido dormir; Que, conversou com ela, a qual disse que estaria preenchendo um currículo, e em seguida foi para seu quarto dormir, enquanto que Tatiane disse que também já iria dormir em seguida; Que, esclarece que sua casa é de dois pisos e todos estavam no piso superior, onde ficam os quartos;

Que, cerca de dez minutos mais tarde, o depoente ouviu um barulho vindo da sacada, mas não deu muita importância, porém, logo em seguida, ouviu sua filha gritar por socorro e de imediato saiu do quarto, percebendo que sua filha estava lutando contra um elemento, entre a porta da cozinha e a sacada, sendo que até então o depoente não sabia que sua filha havia sido baleada; Que o depoente deu um grito com o sujeito, ocasião em que este largou sua filha e se aproximou do depoente, apontando a arma que portava, ficando muito próximos, inclusive, se quisesse, poderia ter dado cabo da vida do depoente também; Que, no entanto, o elemento correu, saindo pela sacada [...]” (fls. 9 e 10).

Em Juízo, o padraço, com a mesma segurança, descreveu com riqueza de detalhes a conduta delitiva, acrescentando que:

“[...] o depoente conhecia o acusado pois que este freqüentava as duas boates, inclusive fazendo programas com uma das irmãs Shayane ou Sheila; que quinze dias antes dos fatos o acusado esteve na Boate Eros perguntando se poderia deixar o carro pela noite e dormir dentro do carro pois que este estava estragado; que o depoente proibiu que ele ficasse para dormir, só podendo ficar com o carro até a boate fechar; que então após meia hora o acusado foi embora ligando normalmente o carro sem que apresentasse problemas com a ignição; que nos dia dos fatos o depoente estava indo dormir e sua filha que estava preparando um *curriculum* para emprego, também; que quando o depoente

estava na cama ouviu um barulho alto sem saber dizer se foi a porta ou um tiro e um grito de socorro quando então o depoente foi até a porta onde estava a sua filha; que após a chegada do depoente sua filha desceu a escada sangrando sendo que o acusado lhe disse para não gritar, inclusive apontando um revólver contra o depoente a uma distância menor que dois metros; que o depoente reconheceu nesta sala de audiência o acusado como sendo aquele que atirou contra sua filha, que lhe apontou a arma e também aquele que quinze dias antes dos fatos tinha estado em sua boate perguntando se poderia dormir no carro” (fl. 121).

Como visto, a vítima da tentativa de subtração patrimonial reconheceu o condenado como autor do disparo fatal, o que também pode ser inferido do termo de reconhecimento de pessoa de fl. 23: “o referido senhor reconheceu, sem nenhuma dúvida nem vacilação, Ronaldo Silveira da Rocha, como sendo o autor do assassinato de sua filha”.

É cediço que nos delitos contra o patrimônio, geralmente praticados às ocultas, as palavras da vítima assumem especial relevo, podendo servir de supedâneo ao decreto condenatório, mormente quando em consonância com outros elementos de convicção, como na hipótese em apreço.

Do depoimento de S. M. de O. C., dançarina que trabalhava nas casas noturnas de propriedade de Nildo Petersen e fazia “programas” com o acusado, extrai-se que a intenção do

recorrente era subtrair o dinheiro dos proprietários das boates:

“[...] que a depoente conheceu o acusado e com ele manteve um relacionamento saindo várias vezes com ele; que nos encontros o depoente falava que não gostava da gerente da boate da Guida, a Sra. Sônia, e que queria dar ‘uma camaçada de pau’ [...]; que a Sra. Sônia morava dentro de um compartimento dentro da boate; que numa oportunidade o acusado perguntou a depoente e sua irmã onde se localizava o local onde era guardado o dinheiro da boate da Guida, sendo que a depoente e sua irmã responderam que não sabia [sic] onde eram; que nem a depoente nem sua irmã sabiam o local onde era guardado o dinheiro; que o acusado perguntou à depoente e sua irmã a respeito do dinheiro da boate aproximadamente umas quatro semanas antes dos fatos; que o acusado sempre dizia à depoente que vivia de assalto e que ‘nem precisava trabalhar’; que numa oportunidade o acusado inconformado com o fato da depoente não querer sair com ele mostrou um revólver [sic] para sua irmã dizendo ‘se ela não vier, olha o que está esperando’, mostrando assim o revólver; que o acusado desmentiu, porém depois a depoente pôde ver no porta-luvas do acusado; que o acusado usava drogas, cocaína” (fl. 133).

Na fase indiciária, M. L. de O. C., irmã de S., corroborou:

“Que é de seu conhecimento que sua irmã S. vinha mantendo um caso com o sujeito de nome Ronaldo Silveira da Rocha; Que, inclusive,

acompanhou sua irmã em alguns encontros com Ronaldo; [...] Que esclarece que uma semana antes do assassinato de Tatiane Aparecida Trindade, filha da proprietária da Boate Sharlon, popularmente conhecida como 'Boate da Guida', Ronaldo esteve na boate Portão de Ferro, à procura de sua irmã, sendo que na ocasião a depoente percebeu que Ronaldo tinha em seu poder uma arma de fogo, mais precisamente um revólver, tamanho pequeno, que estava escondido por baixo de seu *short*, coberto pela camiseta; Que Ronaldo dizia que se caso sua irmã não deixasse a boate para viver com ele, iria acabar com a vida dela também; Que, Ronaldo vivia a maior parte do tempo drogado, inclusive fazia uso de cocaína na frente de sua irmã e da própria depoente; [...] Que, Ronaldo falou, pelo menos em três oportunidades, que já havia efetuado diversos assaltos, inclusive dizia que vivia do dinheiro que conseguia nos crimes que praticava" (fl. 43).

Confirmando os depoimentos transcritos, I. F. S., gerente da Boate, declarou que o acusado freqüentou por várias vezes o aludido local, inclusive havia noites que ele gastava aproximadamente R\$ 600,00 (seiscentos reais), sendo que ele era muito "folgado" e às vezes tentava entrar sem avisar no quarto de Shayane; que depois dos fatos a depoente soube que o réu constantemente perguntava às meninas onde se localizava o cofre e onde era colocado o dinheiro, bem como os horários que ela chegava e saía da boate (fl. 119).

Logo, as provas amealhadas indicam com segurança que o réu, objetivando roubar dinheiro dos proprietários das Boates Sharlon e Portão de Ferro, ingressou armado, durante a madrugada, na residência daqueles, sendo que, ao se deparar com a vítima Tatiani Aparecida Trindade, que gritou por socorro, desferiu-lhe um tiro, que foi a causa de sua morte, não conseguindo consumir a subtração patrimonial em razão da presença daquela e de o seu padrasto, também vítima da tentativa de subtração patrimonial, ter chegado ao local logo após.

A conduta por ele perpetrada encontra plena tipificação no § 3º do art. 157 do Código Penal, ocorrendo o crime de latrocínio consumado, a despeito da inoccorrência da subtração, de acordo com a orientação predominante nos tribunais pátrios, que é aquela expressa no verbete 610 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima". Esse entendimento tem sido reiteradamente acolhido neste Sodalício, como ilustra a Apelação Criminal n. 1999.019568-6.

De outro lado, a versão da defesa, de que no dia dos fatos o réu estaria na cidade de Laguna na casa de parentes, encontra-se isolada nos autos, inexistindo qualquer adminículo probatório que evidencie a veracidade do alegado, pois cabe a quem alega um alibi o ônus de comprová-lo, como se infere do parágrafo único do art. 188 do CPP: "se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será

convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações”, ônus do qual o apelante não se desincumbiu.

Nessa senda, destaca-se do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Roubo. Palavra da vítima. Negativa de autoria. Alibi não comprovado. Existência de testemunhas presenciais sustentando terem visto a vítima sendo obrigada a acompanhar o acusado logo após o roubo. Embargos à negativa de autoria, a palavra das vítimas mantém alta significância nos delitos contra o patrimônio. Alibi — indemonstrado conduz à inversão do ônus da prova. Inteligência do art. 188, parágrafo único, do CPP e de reiterada jurisprudência. Seqüestro. Declaração da vítima de constrangimento para fim libidinoso caracteriza o crime de rapto. Hipótese não contida na incoativa. Aplicação da Súmula 453 do STF. Apelação provida em parte (Apelação Criminal n. 698585908, Sétima Câmara Criminal, Des. Aido Faustino Bertocchi, j. em 8-4-99).

Sendo assim, cai por terra a assertiva de que inexistem provas suficientes a amparar o decreto condenatório.

Insurge-se o apelante, ainda, em razão de o Magistrado *a quo* ter considerado o testemunho do policial Nilo Argemiro, que expressou:

“[...] que em certa data um dos presos chamou o depoente dizendo que queria conversar; que então o depoente foi com esse preso na sua sala; que então o preso disse que o acusado tinha afirmado a todos os outros presos dentro da cela que tinha

matado ‘a menina da boate’; disse ainda que o acusado pretendia subtrair o dinheiro que estava no andar de cima da boate; que pelo que o acusado sabia era de dezesseis mil reais; ele pretendia subtrair o dinheiro que estava no andar de cima da boate; que pelo que o réu sabia era R\$ 16.000,00; disse também este preso que o acusado não esperava que no andar de cima da casa houvesse alguma pessoa posto que pensava que todos estivessem na boate; que o acusado ao subir no andar de cima se deparou com esta menina ao abrir a porta; que essa menina então gritou e o acusado a empurrou e como o acusado estava portando uma arma na mão, no momento do empurrão, esta disparou; que o acusado disse que não era sua intenção matar essa menina e que queria somente subir no andar de cima e pegar o dinheiro”.

Entretanto, razão não lhe assiste, tendo em vista que o aludido testemunho foi somente um dentre os vários elementos probatórios utilizados para a prolação da sentença condenatória, cuja desconsideração não acarretaria qualquer modificação no resultado daquela, uma vez que as demais provas, antes especificadas, são mais que suficientes para a comprovação da autoria.

Melhor sorte não assiste ao apelante quando sustenta que o reconhecimento feito pelo pai da vítima restou duvidoso, pois o crime teria sido praticado de madrugada, e as luzes da residência estariam todas apagadas, já que em nenhum momento este fato restou comprovado. Ao contrário,

Nildo Petersen afirmou em seu depoimento que quando chegou em casa a vítima estava acordada, terminando de fazer um *currículum* para trabalho, sendo corolário lógico que não poderia estar totalmente às escuras.

O reconhecimento pessoal foi realizado em conformidade com os requisitos do art. 226 do CPP, tendo Nildo Petersen agido com bastante segurança, ressaltando, tanto na fase embrionária quanto em Juízo, que esteve muito próximo ao recorrente (fls. 9 e 121), inclusive afirmando que já o conhecia, razão pela qual a prova é plenamente hígida, sendo apta a evidenciar a autoria delitiva.

Nesse norte:

“O reconhecimento pessoal do apelante pelas vítimas, levado a efeito na fase administrativa e confirmada em Juízo, desponta como prova suficiente na demonstração da autoria” (Ap. Crim. n. 2002.026291-4, Des. Solon d’Eça Neves, j. em 25-2-03).

Em nada abala o decreto condenatório a afirmação de que o único tiro desferido o foi em razão de a arma ter disparado quando a vítima agarrou-se ao delinqüente para se defender e de que, se realmente houvesse interesse letal, o recorrente teria atirado outras vezes nela e no seu padraço.

Isso porque, ainda que se adotasse a versão de que a morte não foi proposital, haveria latrocínio, como se extrai da lição do saudoso Nelson Hungria, em comentários ao § 3º do art. 157 do Código Penal:

“Trata-se de condições de maior punibilidade, em razão da maior gravidade do resultado. É indiferente que este seja voluntário ou involuntário (preterdoloso). Não se configura aqui, porém, um caso de excepcional ‘responsabilidade objetiva pelo resultado’ (*Erfolgshaftung*, do direito alemão), excogitada para o tratamento, notadamente, de crimes preterintencionais ou preterdolosos, mas desconhecida do nosso Código. ‘Sem o pressuposto do dolo e da culpa *stricto sensu*’ – diz a Exposição de Motivos do ministro Campos – ‘nenhuma pena será irrogada’. No tocante aos ‘crimes qualificados pelo resultado’, o nosso legislador de 40 ajustou-se ao critério do Projeto de Cód. Penal alemão de 1927, no seu art. 21: ‘A pena agrava da em razão de determinada consequência do fato somente será aplicada ao agente, se este ‘houver dado causa, pelo menos culposamente, a essa consequência’. É o irrestrito princípio *nulla poena sine culpa*. Assim, os eventos ‘lesão corporal de natureza grave’ e ‘morte’, a que se refere o parágrafo acima transcrito, devem ser, para que subsistam como qualificativas do roubo, quando não dolosos, pelo menos culposos. Se há interferência do *casus* (isto é, acontecimento que escapa à previsão comum), não entrarão eles em linha de conta” (*in* Comentários ao Código Penal, vol. VII, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 59 e 60).

No caso vertente, constata-se que o apelante agiu ao menos culposamente, pois, ao adentrar na residência alheia, de madrugada, objetivando subtrair dinheiro das vítimas, previu

que poderia haver alguma reação por parte destas, tanto que estava de arma em punho, sendo igualmente previsível que poderia entrar em confronto corporal com aquelas e que a arma poderia disparar, o que acabou ocorrendo e foi a causa do óbito de Tatiani Aparecida Trindade.

Desse modo, evidenciado que o apelante, ao menos culposamente, deu causa ao resultado, *ex vi* do art. 19 do Código Penal, deve por ele responder.

Por fim, está correta a assertiva de que quando a morte for dolosa a pena deve ser mais severa do que quando for culposa, como doutrina Heleno Cláudio Fragoso:

“[...] são, evidentemente, diversas as situações, em termos de culpabilidade e merecimento de pena. Uma coisa é matar para roubar ou assegurar a impunidade ou o produto do crime; outra coisa é causar involuntariamente tais resultados, ou seja, provocá-los sem os ter querido ou nem, ao menos, ter assumido o risco de produzi-los” (*in* Lições de Direito Penal, Parte Especial, 1, 5ª ed., São Paulo, José Bushatsky, 1978, p. 334).

Todavia, na espécie, ainda que se considerasse culposo o resultado morte, nenhuma redução mereceria a reprimenda, pois o Magistrado não levou em conta tal fato para elevar a

pena-base, majorando-a por serem desfavoráveis quatro das circunstâncias insertas no art. 59 do Código Penal – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade – razão pela qual a elevou em 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, em razão da dupla reincidência, majorou a pena em 2 (dois) anos, resultando definitivamente fixada em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em face da ausência de atenuantes e de causas de aumento ou diminuição.

Logo, a pena foi arbitrada moderadamente, inexistindo qualquer reparo a ser feito.

III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de agosto de 2003.

Jorge Mussi,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

QUEIXA-CRIME

QUEIXA-CRIME N. 1997.008677-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Souza Varella

Queixa-crime — Delitos de imprensa — Calúnia — Difamação — Injúria — Nulidades inexistentes — Prova documental perfeita para o reconhecimento das práticas delitivas em concurso formal — Improcedência da exceção da verdade — Decisão condenatória — Aplicação da Lei n. 9.714/98.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Queixa-Crime n. 1997.008677-6, da comarca da Capital, em que é querelante Moacir Pereira, sendo querelado Dorvalino Dacoregio:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, julgar improcedente a exceção da verdade e procedente a queixa para condenar o querelado nas penas dos artigos 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/67, combinados com o artigo 70 do Código Penal, restando a pena definitiva em 1 (um) ano de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade, e pagamento de multa fixada em valor igual a 5 (cinco) salários mínimos, no valor vigente ao tempo dos fatos, acrescido de 1/3 (um terço).

Custas pelo querelado.

Moacir Pereira, brasileiro, casado, jornalista, residente e domiciliado nesta Cidade, aforou neste Tribunal de Justiça, com fundamento na Lei n. 8.038/90, a presente queixa-crime contra Dorvalino Dacoregio, brasileiro, casado, Prefeito Municipal de Grão-Pará, neste Estado.

Justifica o pedido, alegando que o querelado fez publicar notícia nos jornais diários, de circulação estadual, Diário Catarinense, O Estado, A Notícia e Jornal de Santa Catarina, ofensiva à honra, praticando, assim, os crimes de calúnia, injúria e difamação, descritos nos citados artigos da lei própria.

O noticiário teve por título “Moacir Pereira — O golpista marajá do jornalismo” e, no texto, assim constou, em partes:

1 — “Moacir Pereira não cumpriu a lei e se aposentou de forma irregular em conluio com autoridades

comprometidas. Moacir Pereira usou parte dos anos trabalhados na UFSC para contar na aposentadoria do Estado. E para se aposentar na UFSC voltou a utilizar duplamente, de maneira irregular, os 8 anos que já tinha contado para o Estado. Hoje ele recebe mais de 6 mil reais por mês da União. Mais uma fraude do jornalista”.

2 — “Moacir Pereira sempre viveu à sombra dos poderosos, inescrupulosos e influentes de plantão: No regime militar Moacir Pereira foi informante de primeira ordem, porta-voz e homem de confiança dos comandantes à época, sendo inclusive recompensado com cargo no governo estadual”.

3 — “Hoje Moacir Pereira posa de moralista, mas não consegue administrar a moralidade nem dentro da própria casa”.

Pediu, a final, a ciência do Ministério Público e a condenação do querelado nos termos da lei.

As publicações ocorreram em 10 de julho de 1997.

Na forma do artigo 4º da Lei n. 8.038/90, foi notificado, ofertando a resposta e pugnando pela rejeição da queixa.

O ilustre Procurador-Geral de Justiça manifestou-se pelo recebimento, o que ocorreu aos 10 de março de 1998 (acórdão de fls. 57 a 59).

Devidamente expedida carta de ordem, manifestou-se por ser interrogado pelo Relator, formalidade devidamente cumprida na presença de defensor constituído, e, ciente da acusação, promoveu a defesa na qual pro-

pôs-se a provar a veracidade do que fez publicar, juntando documentos. Indeferida, pelo despacho de fl. 141, requisição de documentos, as cartas inquiritórias foram expedidas, e inquirida uma testemunha residente nesta Capital, nada requerendo o Dr. Procurador do querelante a respeito da faculdade conferida pelo artigo 523 do Código de Processo Penal.

Com a devolução das cartas, após o insurgimento de fl. 259 e a juntada da última delas, todos ofereceram as alegações finais nas quais pleiteou o querelante a condenação nos termos da queixa, e pediu o querelado a anulação do processo ao argumento de cerceamento de defesa, inversão de regras processuais e porque ocorreu a renúncia tácita ao direito exercido. No mérito, entendeu como comprovadas as afirmações feitas, e que decorreram de retorsão. Concluiu pela absolvição, caso não reconhecidas as nulidades.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em cumprimento ao artigo 11, § 2º, da lei específica, pediu a procedência da acusação formulada, rejeitadas as preliminares.

Após relatado, o feito foi submetido à elevada apreciação da egrégia Câmara, tão logo realizada a defesa oral pelo ilustre doutor Procurador do querelado.

É o relatório.

Trata-se de ação penal privada que persegue delitos de calúnia, difamação e injúria previstos nos artigos 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/67.

As preliminares são rejeitadas.

A queixa vem revestida das formalidades exigidas pelo artigo 41 do Código de Processo Penal. Há a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do querelado e a classificação do crime.

A alegação de ausência de documento indispensável à propositura da ação penal não procede. Os exemplares dos periódicos estão anexados às fls. 10 a 13, cuja autenticidade, além de não contestada, é reconhecida pelo documento de fl. 18 e admitida no interrogatório de fl. 88. Torna-se a evidência de que são documentos hábeis à propositura da ação que são desnecessárias maiores despesas em considerações.

A arguição de nulidade por inversão na ordem de oitiva das testemunhas também não tem o condão de macular o feito. Embora as pessoas indicadas na prévia tenham sido ouvidas antes da segunda inquirição daquela indicada na queixa — Sérgio da Costa Ramos (fl. 248) — é de se considerar que “A inversão da prova só anula a ação penal em caso de prejuízo para o réu” (RT 491/337). A mesma situação ocorre a respeito da intimação da expedição das cartas inquiritórias. Vê-se que foram todos intimados do despacho de fl. 141, tendo ciência da marcha processual sem qualquer objeção. Ademais, o legislador, na redação do artigo 566 do Código de Processo Penal, estabeleceu que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, adotando o princípio de que sem prejuízo não se anu-

la ato praticado no curso do processo. Não há comprovação, nem alegação, de que as irregularidades apontadas, se ocorrentes, produziram prejuízo ao querelado. Ver-se-á, ainda, na fundamentação do mérito da causa, que a prova oral é totalmente inócua para a apreciação da ação penal, esta estribada exclusivamente na documental. E, na forma do artigo 563 da Lei Processual, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Quanto ao cumprimento do artigo 499 do mesmo Código, é de se registrar que todos tiveram oportunidade para o requerimento de diligências.

Sobre a renúncia tácita ao direito de queixa, pouco ou quase nada tem-se a dizer. Basta afirmar que a Lei de Imprensa, em vez de acolher a regra geral da solidariedade, firma o princípio da responsabilidade sucessiva e “Apresentado ou conhecido o autor do escrito incriminado, este é responsável e só contra ele pode ser dado queixa e não contra o diretor do jornal” (RT 283/747). É também nesse sentido o entendimento doutrinário (Serrano Neves — Direito de Imprensa — p. 250).

Vê-se que as irregularidades levantadas, mesmo se existissem, nenhum prejuízo trariam às partes.

Ficam, destarte, afastadas as preliminares aventadas, inclusive a que se refere a descumprimento do disposto no artigo 221 do Código de Processo, por ser uma das testemunhas Prefeito Municipal, bem como a que menciona a falta de defensor em cumprimento de carta inquiritória, pe-

las razões suso apontadas já que sem interesse para o deslinde do processo.

No mérito, a ação é procedente.

Antes, em que pese inexistência de arguição a respeito, pelo que consta a fl. 217, anota-se que inaplicável o disposto no artigo 89 da Lei 9.099/95. É que, além da divergência doutrinária e jurisprudencial no sentido de que “Na ação penal privada não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perdão, etc.” (Ap. Crim. n. 34.581 — 2ª Câmara Criminal — TJSC), a queixa menciona a prática dos três delitos contra a honra, por quatro vezes cada um, em concurso material, resultando o somatório das penas em tempo superior ao previsto na acima citada lei, e é cediço que “é inaplicável o princípio legal visto que, por se tratar de crime praticado em concurso formal, a soma das penas a eles relativas ultrapassa o limite máximo de um ano, tido como um dos requisitos para possibilitar a concessão da medida” (Ap. Crim. n. 1997.004159-4 — TJSC).

Vê-se dos autos que, no dia 10 de julho de 1997, o querelado fez publicar nos jornais de maior circulação diária em Santa Catarina — O Estado, A Notícia, Jornal de Santa Catarina e Diário Catarinense — matéria paga intitulada “Moacir Pereira — O golpista Marajá do jornalismo” (fls. 10 a 13). No texto, expressões desairosas ao querelante, que as tomou como calu-

nias, difamatórias e injuriosas. Destacadamente aquelas que constam no relatório deste *decisum*.

O querelado, além do documento de fl. 18, reconheceu a autoria das publicações, acrescentando que não conhece o queixoso, que é verdadeira a imputação e que as divulgações pelos periódicos foram pagas pelo interrogado, com o seu próprio dinheiro (fl. 88). Portanto, inexistente qualquer dúvida sobre a autoria.

Três são as práticas delitivas imputadas: calúnia, difamação e injúria.

Resta, pois, verificar se as expressões publicadas são atentatórias à honra do querelante e de que forma.

O artigo 20 da Lei n. 5.250/67 pune aquele que imputa a alguém fato definido como crime.

Colhe-se do texto publicado: “Moacir Pereira não cumpriu a lei e se aposentou de forma irregular em conluio com autoridades comprometidas. Moacir Pereira usou parte dos anos trabalhados na UFSC para contar na aposentadoria do Estado. E para se aposentar na UFSC voltou a utilizar duplamente, de maneira irregular, os 8 anos que já tinha contado para o Estado. Hoje ele recebe mais de 6 mil reais por mês da União. Mais uma fraude do jornalista” (fls. 10 a 13).

Tais assertivas imputam ao querelante conduta fraudulenta para obtenção de benefício previdenciário, e tal é considerada criminosa. Senão vejamos. O Decreto n. 77.077, de 24 de janeiro de 1976, a Consolidação das Leis da Previdência Social, em seu artigo 224, IV, dispunha que “constitui

crime de estelionato, como definido no Código Penal, praticar ato que acarrete prejuízo ao INPS, visando a usufruir vantagens ilícitas”, repetindo o que vinha estabelecido no artigo 155, IV, a, da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n. 3.807/60). Hodiernamente em vigência a Lei n. 8.212/91, que dispõe sobre a Organização da Seguridade Social, estabelece no artigo 95, letra *j* que constitui crime obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento.

Assim, os atos imputados ao querelante, ou seja, os destinados a aposentar-se com fraudulenta, por duplicidade, contagem de tempo de serviço, desde 1960 vêm sendo considerados criminosos.

Perfeitamente caracterizado, pois, o crime de calúnia.

No tocante ao delito de difamação, que consiste em imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação, leia-se: “Este é Moacir Pereira. Oportunista e golpista, Moacir Pereira sempre viveu à sombra dos poderosos, inescrupulosos e influentes de plantão. No regime militar foi informante de primeira ordem, porta-voz e homem de confiança dos comandantes à época sendo inclusive recompensado com cargo no Governo Estadual” (fls. 10 a 13).

Ora, essas expressões são difamatórias porque ofensivas à reputação do querelante e, segundo o magistério de Hungria, “a imputação deve aludir a fato determinado e idôneo a lesar a reputação do sujeito passivo, isto é, acarretar-lhe a desestima ou reprovação do círculo social em que vive” (Comentários ao Código Penal, vol. VI, p. 71). O querelado, ao atribuir ao querelante a condição de oportunista, golpista, delator, alcagüete de regime militar, imputou-lhe determinado fato passível de reprovação da sociedade. É difamação típica, descrita no artigo 21 da Lei n. 5.250/67.

Por derradeiro, o crime de injúria de que trata o artigo 22 do mesmo diploma legal. O texto incriminado, em seu encerramento, contém a seguinte afirmação: “Hoje Moacir Pereira posa de moralista, mas não consegue administrar a moralidade nem dentro da própria casa” (fls. 10 a 13). O escrito é altamente ofensivo ao decoro e à dignidade do querelante, agredindo com intensidade sua honra. Do mesmo autor, e na mesma obra, lê-se “Injúria é a manifestação por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que impõe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém. O bem lesado pela injúria é, prevalentemente, a chamada honra subjetiva, isto é, o sentimento da própria honorabilidade ou respeitabilidade pessoal. Se na calúnia ou na difamação o agente visa ao descrédito moral do ofendido perante terceiro, na injúria seu objetivo primacial é feri-lo no seu brio ou pundonor”.

Nesses delitos, como se vê dos autos, o dolo, a intenção malévola resi-

de na vontade de trazer as imputações aleivasas ao conhecimento do público, na certeza de que elas prejudicam o bom nome e a dignidade da pessoa visada.

Aliás, o caso *sub judice* reveste-se de características espantosas: o réu sequer conhece a vítima; pagou em dinheiro razoável espaço nos principais jornais do Estado; esta nada fez, disse ou escreveu contra aquele e “não se pode falar mal senão de pessoas que se conhecem bem” (Honoré de Balzac — Vautrin).

O bem jurídico agredido — a honra — é imensurável. Não pode ficar exposta a publicações irresponsáveis. Os crimes em análise são de imprensa. Esta não deve estar coarctada, constrangida ou censurada, sob pena de não refletir a opinião da pessoa, das classes ou da sociedade. “Deve ela, entretanto, ser regulada e limitada, como qualquer direito, para que não degenerem em desmando ou licenciosidade” (Noronha, Direito Penal — vol. 2, p. 137).

Na hipótese, os prestigiosos e prestigiados veículos de comunicação foram usados para satisfação de um interesse pessoal desconhecido, com enorme agressão à honorabilidade do querelante, haja vista que “o nome é o primeiro dos patrimônios do homem, a base do seu crédito, o nervo da sua força, o estofamento do seu trabalho, a herança de sua prole, a última consolação da sua alma” (Rui Barbosa — A Ditadura de 1893) e *honor est maximus honorum exteriorum*.

A prova testemunhal é totalmente inócua e nada contribui para o des-

linde da ação penal. Sobre os fatos incriminados os testigos não se manifestaram, assim como nada aduzem a respeito da exceção da verdade. Pode ser tida como desnecessária para o julgamento. A matéria factual dispensa prova oral diante da documentação comprobatória da ação punível, ou seja, o que consta às fls. 10 a 13, 18 e 88.

Assim, considerados os fatos, examina-se a *exceptio veritatis*. Pretendeu o querelado provar a veracidade das assertivas contidas na publicação. Não o fez. Verifica-se pelo documento de fl. 14 que a aposentadoria concedida por tempo de serviço nada tem de irregular, com cálculo aritmético dos dias trabalhados para obtenção do benefício. Ainda, à fl. 15 consta a impossibilidade de se computar o chamado “tempo de serviço paralelo”, mencionando o documento que o “interessado desavermou, da UFSC, o tempo referente ao período de 1º-12-65 a 30-4-69”. Diante de prova dessa natureza, impossível o acolhimento da exceção da verdade.

Alega, também, em seu favor, a retorsão. Não há. O querelante em nada contribuiu para a ação do querelado, que nem conhece o primeiro.

Nada há a eximir o querelado da responsabilidade penal pela ação delitativa. A condenação se impõe. Todavia, não como quer a inicial no referente ao concurso de crimes. A hipótese é a prevista no artigo 70 do Código Penal, ante a unidade de comportamento e pluralidade de crimes. A ação foi única, ou seja, o envio, na mesma ocasião, às redações dos jornais do texto

redigido, concorrendo as infrações penais de modo formal, nos exatos termos do antes citado artigo da Lei Penal.

Devidamente comprovadas a autoria e a materialidade, é responsável pelos crimes definidos nos artigos 20, 21 e 22, todos da Lei n. 5.250/67, em concurso formal.

Passa-se, por fim, à aplicação da reprimenda, na forma do artigo 59 do Código Penal.

A culpabilidade é intensa, pelas razões já apontadas, ou seja, a maneira como foram os delitos praticados. Nada consta em desabono dos antecedentes e conduta social do réu. A personalidade, também em razão da maneira escolhida para a agressão e a desmotivação desta, não deve ser considerada como boa. Os motivos, por desconhecidos, apresentam-se sórdidos. Graves as conseqüências, por força da abrangência das publicações e as circunstâncias de que se revestem os delitos, são desfavoráveis, tudo conforme o corpo desta decisão, sendo que a vítima em nada contribuiu para o cometimento das infrações praticadas despropositadamente. As penas-base merecem, portanto, ser fixadas acima do mínimo legal. Presente a atenuante da confissão espontânea e não ocorrem causas de especial aumento ou diminuição das reprimendas.

Por isso, para o crime de calúnia, fixa-se a pena base em 10 (dez) meses de detenção e pagamento de multa correspondente a 5 (cinco) salários mínimos, reduzida em 1 (um) mês pela confissão, restando definitiva em

9 (nove) meses de detenção; para o delito de difamação, pelos mesmos critérios, estabelece-se a pena-base em 5 (cinco) meses de detenção e pagamento de multa correspondente a 2 (dois) salários mínimos, reduzida em 1 (um) mês pela confissão, restando estabelecida em 4 (quatro) meses de detenção; para o crime de injúria, a pena-base é fixada em 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, reduzida em 5 (cinco) dias pela atenuante, totalizada em 1 (um) mês e 5 (cinco) dias de detenção.

Na forma do artigo 70 do Código Penal, porque quatro as publicações e três os delitos, aumenta-se a mais grave das sanções em 1/3 (um terço) diante da análise das circunstâncias judiciais já feita, para tornar definitiva a reprimenda em 1 (um) ano de detenção e pagamento do valor correspondente a 5 (cinco) salários mínimos à época dos fatos, valor este acrescido de 1/3 (um terço), tornando-a assim definitiva.

Nos termos da Lei n. 9.714/98, a restritiva da liberdade é substituída pela prestação de serviços à comunidade, que serão estabelecidos pelo Juízo da execução que é o do local onde será cumprida a pena.

Ante o exposto, por unanimidade, a Câmara julga improcedente a exceção da verdade oposta e procedente a Queixa-Crime para condenar Dorvalino Dacoregio, brasileiro, casado, Prefeito Municipal de Grão-Pará, onde é domiciliado e residente, como responsável pelas práticas delitivas descritas nos artigos 20, 21 e 22, todos da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa),

combinados com o artigo 70 do Código Penal, ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de detenção e pagamento de multa no valor correspondente a 5 (cinco) salários mínimos, mais 1/3 (um terço), ao tempo dos fatos, ficando a corporal substituída por prestação de serviços à comunidade, de conformidade com a Lei n. 9.714/98.

Determinando-se a publicação, registro e intimação, após o trânsito em julgado, tomem-se as providências legais cabíveis.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Cesar Abreu, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 20 de abril de 1999.

Amaral e Silva,

Presidente para o acórdão;

Souza Varella,

Relator.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.021813-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Apelação criminal. Adolescente que manifesta, de punho próprio, não ter interesse em recorrer da sentença, quando foi dela pessoalmente intimado. Recurso interposto por seu advogado, pessoa mais habilitada para tanto. Conhecimento.

Ato infracional. Latrocínios tentado e consumado. Autoria e materialidade comprovadas. Participação de menor importância. Inaplicabilidade. Adolescente que, muito embora não tenha sido o autor direto dos golpes desferidos contra a vítima fatal, anuiu pre-

viamente à conduta dos comparsas, tendo com eles combinado a prática de roubo, com uso de arma branca. Resultado previsível. Co-autoria caracterizada.

Responde também pela prática de latrocínio o agente que, muito embora não tenha sido o autor direto dos golpes fatais, anuiu à conduta dos comparsas com os quais estava combinado cometer assalto com uso de arma, posto que o resultado morte era, no mínimo, previsível.

Internação. Medida socioeducativa corretamente aplicada. Art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo o latrocínio delito praticado com violência à pessoa, demonstrando inequívoca periculosidade do agente, a medida de internação é a adequada à espécie, nos termos do art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Medida socioeducativa. Vigência até vinte e um anos de idade. Interpretação dos arts. 121, § 3º, e 122, § 1º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Irrelevância da alteração da maioridade civil, que nunca serviu de base para a limitação da internação.

Da interpretação conjunta dos arts. 121, § 3º, e 122, § 1º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que as medidas socioeducativas têm vigência até o momento em que o representado completar vinte e um anos de idade. Assim, ainda que conte com dezoito anos quando da prolação da sentença, é viável a aplicação de quaisquer das medidas indicadas no estatuto mencionado, não sendo de nenhuma ingerência a alteração da maioridade civil, considerado o caráter especial da medida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.021813-0, da comarca de Chapecó, em que é apelante S. N. P., e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu representação contra os adolescentes S. N. P., L. do C. e V. N., pela prática de roubo tentado e latrocínio.

Relata a inicial que, “na data de 11 de outubro de 1999, à noite, os adolescentes representados, na companhia de David Fernando dos Santos, com dezoito anos de idade, encontravam-se nas proximidades da Churrascaria Barriga Verde, nesta Cidade, sem dinheiro para a entrada em evento que se realizava no Parque de Exposições da Efapi, em Chapecó, ao que ajustaram a realização de roubo a mototaxistas, tendo combinado que S. e David esperariam o retorno de L. e V. no estabelecimento comercial ‘Karamba’, nesta Cidade, enquanto aqueles executariam a subtração, por saberem conduzir motocicletas.

“Assim é que V. N. dirigiu-se a um terreno baldio localizado nas proximidades, de lá retornando na posse de uma faca (termo de apreensão à fl. 6), sendo que L., na ocasião, trazia consigo arma de fogo (não apreendida), e S. efetuou a ligação telefônica a serviço de mototáxi, solicitando os serviços de duas motocicletas, modelo ‘Titã’.

“Diante da solicitação do serviço ao ponto de mototáxi localizado nas proximidades da empresa ‘Alô Pizzas’, nesta Cidade, Romildo Rogério Gosch e Jivanildo da Silva, mototaxistas, dirigiram-se até as proximidades da Churrascaria Barriga Verde, onde os representados L. e V. os esperavam, tendo esses referido que pretendiam se deslocar até o Aeroporto Municipal.

“Durante o trajeto, já no acesso ao Aeroporto Municipal, proximidades do Eros Motel, nesta Cidade, V., que era conduzido na motocicleta de Ro-

mildo Rogério Gosch, desferiu um golpe com a faca que trazia consigo, atingindo a vítima nas costas, ante o que esta, utilizando-se de capacete, atingiu V. com um golpe, tendo ambos caído ao solo. Na seqüência, o representado V. desferiu na vítima outras oito facadas pelo corpo, provocando-lhe os diversos ferimentos descritos à fl. 7, que resultaram na morte da vítima.

“Percebendo a queda da outra motocicleta, o representado L., fazendo uso da arma de fogo que trazia consigo (não apreendida), ameaçou Jivanildo da Silva, encostando a arma nas costas da vítima e ordenando-a que não reagisse e retornasse ao local onde se encontravam V. e a outra vítima.

“A vítima Jivanildo, então, realizou manobra, fazendo a motocicleta ‘apagar’, tendo ambos desembarcado do veículo, ao que o adolescente, com a arma em punho, ordenou que a vítima deixasse o local, tendo esta saído em fuga, correndo, vindo, posteriormente, a acionar a Polícia Militar desta Cidade. Assim, a subtração não restou consumada por circunstâncias alheias à vontade dos agentes, tendo sido eles surpreendidos com a reação das vítimas.

“Os adolescentes V. N. e L. do C. deixaram o local, tendo, quando da fuga, percebido a aproximação dos policiais militares, ao que se esconderam junto à mata localizada na região” (fls. 2 a 4).

À fl. 151 foi determinado o substabelecimento do feito com relação a V. N., ante a sua não-localização, nos ter-

mos do art. 184, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No momento procedimental pertinente, L. do C. e S. N. restaram responsabilizados pela autoria do latrocínio, com aplicação de medida socioeducativa de internação.

Da sentença, apenas L. foi pessoalmente intimado, oportunidade em que manifestou desejo de recorrer (fl. 204). Após o devido processamento, foi proferido despacho de sustentação à fl. 227. Na ocasião, a autoridade judicial determinou que permanecesse cópia integral dos autos em cartório para que se “dê cumprimento aos mandados de busca e apreensão, bem como internação quanto aos demais adolescentes”.

Em 10 de novembro de 2002, a Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negou provimento ao recurso interposto.

Posteriormente, foi encontrado o menor V. L., que foi interrogado, sendo julgada procedente a representação contra a sua pessoa, e imposta medida socioeducativa de internação. Da sentença, foi pessoalmente intimado, afirmando que não tem interesse em recorrer (fl. 273v.).

Em 18 de junho do corrente ano, o adolescente S. N. P. foi encontrado, sendo intimado pessoalmente da decisão, apondo no mandado sua assinatura, acompanhada da expressão: “Eu não quero recorrer da sentença” (fl. 280v.). Seu advogado, entretanto, apelou, no prazo legal. Nas razões apresentadas, a meta é que seja reformada a sentença, para julgar improcedente a representação oferecida pelo

Ministério Público. Alternativamente, requer a cessação da medida socioeducativa imposta, haja vista contar o apelante com dezenove anos de idade e, com a alteração do Código Civil no que diz respeito à maioridade, deve ser entendido que a idade para desinternação, referida no art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a ser também dezoito anos. Finalmente, caso diverso o entendimento, pugna pela substituição da medida por outra mais “adequada”, “reconhecido não ter o ora apelante agido com violência”.

Em contra-razões, requereu a representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

Despacho de sustentação exarado à fl. 298 verso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pelo não conhecimento do apelo, considerada a manifestação expressa do sentenciado, agora maior de dezoito anos, de que não pretendia recorrer.

É o relatório.

Muito embora tenha o apelante, quando pessoalmente intimado da sentença, manifestado expressamente sua intenção de não recorrer, vale a vontade do advogado, que apelou, tempestivamente. Apesar de precedentes desta Corte no sentido de que a titularidade do direito de recorrer é do réu e não do seu defensor, o colendo Supremo Tribunal Federal tem entendido que, mesmo assim, o profissional qualificado para a defesa dele possa discordar e recorrer. Já em 1988, o Min. Célio Borja assim se manifestou

no HC n. 65.572-6 (DJU de 5 de fevereiro daquele ano): “Recurso. Direito de recorrer. Renúncia do réu. Apelação interposta inobstante por seu defensor. Admissibilidade. Faculdade cujo exercício ou não deve ser decidido pelo advogado, dativo ou constituído”. Também o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem decidido no mesmo sentido, como se transcreve: “Embora o réu seja o titular do direito de recorrer, sua manifestação de desistência do recurso não implica em que o advogado, condutor de sua defesa técnica, dele não possa divergir e recorrer” (RT 617/287). No mesmo sentido: JUTACrim/SP 13/122, 16/191 e 24/493.

Cabe ao defensor, dativo ou constituído, decidir sobre a conveniência ou não do exercício da faculdade de apelar. A renúncia do acusado, pessoa leiga, não pode preponderar sobre a opinião do técnico, único capacitado a avaliar da necessidade do recurso. No conflito de vontades, há de prevalecer o entendimento do advogado, mormente em se tratando de procedimento afeto ao Juízo da Infância e da Juventude. O princípio constitucional da ampla defesa exige que o recurso seja conhecido, pois dele nenhum prejuízo poderá advir ao réu, em razão do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Conhece-se, portanto, do presente recurso.

Quanto ao mérito, contudo, razão não assiste ao apelante.

Segundo o que se depreende da prova amealhada, o recorrente com os demais representados e o

maior David reuniram-se para ir a um baile. Ao constatarem não terem dinheiro suficiente para as entradas, resolveram, em comum acordo, furtar duas motocicletas, sendo S. N. P. responsável pelo telefonema ao ponto de mototáxi, enquanto os outros dois menores, por saberem conduzir referidos veículos, iriam de carona com os mototaxistas para concretizarem o delito. Entretanto, S. tinha pleno conhecimento de que V. estava armado com um facão, sendo ainda comentado pelos representados que, se fosse necessário, matariam os mototaxistas. Assumiu, portanto, o risco do resultado morte.

S., ao ser ouvido pela primeira vez, negou a participação no evento, sustentando que estava na casa de sua mãe, quando lá chegou V., dizendo que havia matado um homem (fls. 65 e 66). Entretanto, alguns dias após, ao ser novamente inquirido pela autoridade policial, confessou os fatos (fls. 75 e 76), voltando a fazê-lo na acareação, de fls. 79 e 82, oportunidade em que esclareceu que, “em data de 11-10-99, por volta das 19 horas, o declarante, V. N. ‘Mano’ e David Fernando dos Santos saíram de sua residência, sita à Rua D. Armando Lombardi, 293-D, bairro Seminário, nesta Cidade, com a intenção de seguirem para a Efapi (exposição); que, nas proximidades do mercado Volpar, localizado na Rua Nereu Ramos, no bairro Seminário, encontraram-se com L. do C., o qual seguiu em companhia dos demais para o bailão Karamba, sito na Rua São Pedro, próximo à empresa Jabur Pneus; que, como não tinham dinheiro, desistiram de ir para a Efapi;

que saíram daquele local (Karamba), e deslocaram-se em direção ao centro desta cidade pela Rua Fernando Machado, até um terreno baldio, sito nos fundos da churrascaria Barriga Verde, na Rua Fernando Machado, esquina com a Rua Rio de Janeiro, uma vez que Mano havia escondido nesse local duas facas para sua defesa pessoal; que Mano encontrou apenas uma das facas, a qual tinha a inscrição de 'Nego'; que tal faca tinha cabo de madeira, com lâmina de aproximadamente trinta centímetros; que, esclarece que a inscrição constante na referida faca, foi o declarante que fez, em data anterior aos fatos, cerca de três semanas antes; que esclarece que escreveu 'Nego' em razão de existir no bairro um desafeto seu com esse apelido; que Mano pegou a faca no terreno baldio e colocou-a por dentro da calça; que todos queriam ir para a Efapi, porém não tinham dinheiro, momento em que Mano teve a idéia de furtar duas motos, tendo os demais concordado com tal idéia, ficando combinado que, se os condutores das motos reagissem, a ordem era matá-los; que, a princípio, efetuou uma ligação para Sul Mototáxis, porém, como a ligação não foi completada, ligou para outro ponto que não se recorda o nome no momento; que sua ligação foi completada, sendo informado pela mulher que atendeu de que aquele mototáxi situava-se ao lado do terminal urbano; que solicitou duas motos, perguntando se havia alguma da marca Titã, tendo a mulher confirmado, dito que havia duas naquele momento, tendo em vista desenvolver alta velocidade, tendo este aceitado; que tal ligação foi efetuada de um orelhão localizado ao

lado do restaurante Barriga Verde; que, ficou acertado que iriam nas motos Mano e L., uma vez que os mesmos tinham noção de como pilotar as motos; que, antes das motos chegarem no local combinado, S. e David voltaram para o baillão Karamba, onde aguardariam os outros dois já com as motos furtadas; que permaneceram no Karamba cerca de vinte minutos e, cansados de esperar por Mano e L., decidiram ir para casa, seguindo pela Rua Porto Alegre em direção ao bairro Seminário; que, entre as Ruas Guaporé e Quintino Bocaiúva, em frente a uma panificadora, o primeiro acareado telefonou para o mesmo ponto, e perguntou se havia motos, tendo a mulher respondido que naquele momento não havia motos no ponto, tendo em vista que um motoqueiro havia sido assassinado, desligando o telefone em seguida; que o declarante efetuou essa ligação com a intenção de avisar as pessoas do ponto de mototáxi da possibilidade de algum motoqueiro ser morto e para que a mesma tivesse tempo de avisar a polícia; que, diante da informação de que um motoqueiro havia sido assassinado, o declarante e David resolveram ir para casa [...] que, ao chegar em casa, Mano já se encontrava lá, tendo dito para o declarante 'acho que matei o mototáxi [...]'. Os outros dois menores, também representados, confirmaram a versão apresentada pelo apelante no referido termo de acareação.

Perante a representante do Ministério Público, S. apresentou esse mesmo relato (fl. 141), na presença de sua mãe, fazendo-o também na fase judicial (fl. 150), afirmando, contudo, ter tomado conhecimento das verdadeiras

intenções dos comparsas somente após ter chamado os mototaxistas. Entretanto, os co-representados repetiram as confissões extrajudiciais, em todos os seus termos, perante a autoridade judicial (fls. 151 e 238).

Assim, não resta a menor dúvida do envolvimento do apelante no crime noticiado na exordial, mesmo porque, Marizete de Fátima Bento, que atendeu o telefonema realizado por ele, solicitando a corrida de duas motos, descreveu, com os mesmos detalhes, o teor da conversa (fls. 23 e 174).

Não há falar, igualmente, em participação de menor importância. Nesse sentido a orientação jurisprudencial: “Se o fato é único, embora subdividido em partes, pelas circunstâncias emergentes, todos os participantes respondem pelo mesmo tipo penal – é o princípio adotado pelo Código – desde que, de qualquer modo, tenham contribuído para ele” (TJRS – AC – Rel. Paulo David Torres Barcellos – RT 561/381). Ainda: “A associação para a prática de crime em que a violência contra a pessoa é parte integrante e fundamental do tipo, torna todos os co-partícipes responsáveis pelo resultado mais gravoso, nada importando a circunstância de ter sido a atuação de um, durante a execução, menos intensa que a de outro” (STF – RE – Rel. Djaci Falcão – RT 633/380).

Dessa forma, correta a decisão que julgou procedente a representação, bem como a espécie de medida socioeducativa imposta. Dispõe o art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente que “a medida de internação só poderá ser aplicada quan-

do: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa”. E foi exatamente essa a hipótese dos autos, em que o apelante foi co-autor de atos infracionais gravíssimos, equiparados a latrocínio, um tentado, outro consumado.

Nesse norte a jurisprudência: “Ato infracional – Latrocínio – Internação – A medida socioeducativa de internação sem atividade externa mostra-se adequada quando o infrator, em co-autoria com outro agente, que fazia uso de arma de fogo, causa a morte da vítima. A medida tem inequívoco caráter expiatório e, também, a finalidade de proteger o infrator, que vem de família desagregada, assegurando-lhe assistência psicológica e social. A meta do Estado é reverter o seu potencial criminoso, para que venha a se tornar um cidadão útil e integrado à sociedade. Recurso desprovido. Segredo de justiça” (TJRS – AC 598575850/RS – 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 10-3-1999); “Ato infracional – Internação – Mostra-se a medida cabível quando os infratores se mostram extremamente violentos e agressivos, tendo praticado um brutal latrocínio, quando premeditaram artil que terminou por ceifar a vida de um motorista de táxi, impossibilitando-lhe qualquer defesa. A medida tem inequívoco caráter expiatório, mas também protetivo, pois busca assegurar ampla assistência psicológica e social, suplementando a educação que não foi dada no lar. Recurso desprovido. Segredo de justiça” (TJRS – AC n. 598019669/RS – 7ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 25-3-1998).

Finalmente, pretende o apelante ser liberado, tendo em conta que, com a redução da maioridade civil para dezoito anos de idade, houve tácita alteração do art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em conta que as medidas nele impostas visam não só à repressão, mas sobretudo à recuperação do infrator. Muito embora haja coincidência entre a idade limite da internação com a anterior maioridade civil, nenhuma relação há entre referidos estatutos. Nesse sentido a orientação jurisprudencial: “Apelação cível. ECA. Ato infracional. Maioridade civil. Extinção do procedimento socioeducativo e conseqüente execução da medida imposta. O novo Código Civil não alterou a redação do ECA quanto ao limite de 21 anos para cumprimento de medida socioeducativa aplicada, considerando o caráter especial do regramento, bem como o fato da extinção da execução estar relacionada à idade específica e não à maioridade civil. Recurso provido” (TJRS, AC n. 70006170575/2003, Palmeira das Missões, rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 28-8-03).

Na mesma esteira é a lição de Luiz Flávio Gomes: “As medidas e conseqüências previstas no ECA, de fato, tinham (e têm) como limite máximo a idade de 21 anos. Até 10-1-03 esse limite coincidia com a maioridade civil estabelecida no Brasil desde 1917 (21 anos). Essa coincidência, de qualquer modo, é o menos relevante. Fundamental é perceber que não estávamos (como não estamos) diante de uma providência legal tutelar ou protetiva fundada na ‘relativa incapacidade’ do

agente. Não se possibilitava (como não se possibilita) a incidência das medidas do ECA até os 21 anos em razão da incapacidade do infrator. Não era essa a razão do dispositivo legal.

“O ECA menciona o limite máximo da sua intervenção aos 21 anos, é verdade, porém, não porque considera o autor da infração (do ato infracional) relativamente incapaz, sim, porque detrás disso tudo acham-se razões de prevenção especial e geral. As medidas do ECA também contam com finalidade preventiva (tanto em relação ao próprio agente como em relação aos potenciais infratores).

“Se compararmos as medidas legais que o Código de Processo Penal tomava frente a quem não tinha 21 anos (nomeação de curador, dupla titularidade para o exercício do direito de queixa ou de representação etc.) veremos que, aí sim, eram providências legais protetivas, tutelares, fundadas na ‘relativa incapacidade’ da pessoa (para praticar atos da vida civil assim como processuais). O novo Código Civil, portanto, revogou ou derogou todos esses dispositivos legais protetivos do CPP, porque agora a pessoa com 18 anos pode praticar todos os atos da vida civil e processuais livremente.

“No que concerne ao Direito Penal e ao ECA, entretanto, praticamente nenhum efeito derogatório deriva da nova maioridade fixada pelo Código Civil.

“Porque o fundamento da atenuante da menoridade penal (até 21 anos — CP, art. 65, I) é outro (é a imaturidade do agente para suportar, tan-

to quanto os adultos, os efeitos da pena, sobretudo de prisão). Do mesmo modo, o fundamento de se submeter o ex-menor (o jovem-adulto), até aos 21 anos, às medidas do ECA, não estava na sua relativa incapacidade para a prática de atos civis, senão na necessidade de recuperá-lo (para a convivência em sociedade) assim como de intimidar (ou desestimular) os potenciais autores de atos infracionais.

“O limite, portanto, agora, é o mesmo da maioridade penal, ou seja, 18 anos. Todo e qualquer processo, em andamento ou findo, deverá ser extinto por perda de objeto da atividade Estatal, quando o infrator já tenha alcançado a maioridade civil.

“Em nossa opinião todo processo em andamento ou findo deve continuar tramitando normalmente, até que o agente cumpra os 21 anos. Não se deu a perda de objeto da atividade Estatal. O Estado pode e deve fazer cumprir as medidas impostas aos ex-menores (jovens-adultos). Isso é e será feito em nome da prevenção especial (recuperação) e da prevenção geral (confirmação da norma violada; intimidação dos potenciais infratores etc.).

“O fato de o ex-menor ter alcançado a maioridade civil (18 anos) em nada impede que o Estado continue exercendo seu direito de executar as medidas aplicadas. Ao contrário, com maior razão, deve mesmo torná-las efetivas.

“Não é demais repetirmos o julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando este, claramente, evi-

dencia, em sua interpretação, que o legislador teve por intenção, no caso, a maioridade civil como termo da persecução punitiva estatal. Vejamos novamente: ‘Processo penal. *Habeas corpus*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Menor que adquire a maioridade no cumprimento da medida socioeducativa. Atingida a maioridade civil, nenhuma medida socioeducativa pode continuar a ser executada. Informação do Juiz da Infância e Juventude dando conta de o paciente ter sido colocado em liberdade. *Habeas corpus* prejudicado (STJ-6ª Turma — HC n. 12.081/SP — Rel. Min. Paulo Gallotti - j. 5-6-2001 — j. unânime)’.

“Não há dúvida que o limite máximo para a incidência do ECA é a idade de 21 anos. Que coincidia, até 10-1-03, como salientamos, com a maioridade civil. De qualquer maneira, se quando o agente era considerado relativamente capaz já se podia submetê-lo às medidas do ECA, agora, com maior razão, não há motivo para modificação alguma, visto que a maioridade se alcança aos 18 anos. Antes se dizia: atingida a maioridade civil nenhuma intervenção do Estado pode perdurar. Agora devemos dizer: atingido o limite de 21 anos nenhuma pretensão estatal pode ser efetivada.

“Fundamental é recordar que antes quando o agente atingia 21 anos acabava o direito de punir do Estado não porque ele passava a poder praticar livremente os atos da vida civil, sim, porque essa idade (21 anos) era e é o patamar que o legislador reputou como razoável para a incidên-

cia das medidas do ECA (em termos de prevenção: geral e especial).

“Dessarte, sobretudo, aqueles que estiverem encarcerados, e tiverem alcançado a maioridade civil, deverão ser postos em liberdade. A norma deve ser interpretada de maneira mais humana e benigna e, portanto, manter alguém enclausurado, ou mesmo respondendo a processo, nestas condições, atenta contra os princípios da Justiça Social e do bem estar do infrator.

“Com a devida vênia, pensamos de modo distinto. Os que estão encarcerados devem continuar nessa situação, até o limite imposto na respectiva decisão. Lógico que devemos sempre que possível adotar interpretações mais humanas e benignas, porém, essa razão é só uma das que devemos levar em conta no momento de interpretar as leis. O bem estar do infrator é algo que devemos considerar, mas também há razões outras relevantes que não podem ser abandonadas: prevenção de novas infrações, confirmação da validade da norma violada, relevância e reafirmação dos bens jurídicos atingidos pelo ex-menor *v.g.*

“Em suma, quando o ECA prevê que suas medidas podem alcançar (até) a idade de 21 anos, o faz não como medida protetiva ou tutelar fun-

dada na capacidade relativa do agente, senão como instrumento de proteção do próprio jovem-adulto e da sociedade. Os interesses em jogo não são exclusivamente os do ex-menor (infrator). Também há relevantes interesses da sociedade (prevenção de infrações) em tudo isso. Por isso que a nova maioridade civil (18 anos) em nada afetou a vigência ou validade do ECA (segundo nosso juízo).

“*Ubi eadem ratio idem jus*: onde as mesmas razões, o mesmo Direito. Porém, onde não coincidem as razões, o Direito não pode ser o mesmo” (Revista Consultor Jurídico, 13 de janeiro de 2003).

Diante de todo o exposto, portanto, o recurso é conhecido e improvido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 14 de outubro de 2003.

Sérgio Paladino,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.009813-5, DE BLUMENAU

Relator: Des. Torres Marques

Processual penal – Nulidade – Crime contra a fé pública – Falsidade ideológica – Delito imputado a funcionário público no

exercício de suas funções – Alegação de inobservância do rito previsto no art. 513 e ss. do CPP – Aplicabilidade apenas aos crimes funcionais próprios – Hipótese que não se coaduna com a dos autos – Nulidade relativa não alegada na oportunidade adequada – Preclusão – Preliminar afastada.

Pretendida absolvição – Alegação de falta de demonstração de que o fato praticado constitua crime – Tese demonstrada – Veracidade da declaração inserida no documento – Atipicidade da conduta – Absolvição decretada – Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.009813-5, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Jucelino Heidemann, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Blumenau, Jucelino Heidemann foi acusado como incurso nas sanções do art. 299 do CP.

Narra a inicial que o acusado, na época administrador do Presídio Regional de Blumenau, em 14 de setembro de 1998, prestou declarações falsas em um documento utilizado na instrução de *habeas corpus* impetrado em favor de Jorge Gesser, que estava preso cautelarmente acusado de homicídio doloso.

Teria declarado que o presídio não apresentava condições adequadas para a manutenção daquele se-

gregado por falta de acomodações e de atendimento ambulatorial adequado, uma vez que ele se encontrava em fase de recuperação (pós-operatório) e o estabelecimento não possuía funcionário especializado na área.

Contudo, essa situação não seria condizente com a realidade, porquanto o segregado, no período que passou no presídio regional, antes de ser transferido para o hospital, ficou separado dos outros presos, em uma sala de aula, contando com atendimento ambulatorial e tratamento adequado, regalias que nenhum outro preso recebia (fls. 2 e 3).

Oferecida a suspensão condicional do processo, a proposta foi rejeitada pelo réu (fl. 25).

Devidamente instruído o feito, sobreveio sentença, condenando o acusado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 299 do CP (fls. 74 a 83).

Após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, foi proferida decisão, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva na forma re-

troativa (fls. 86 e 87). Contra esse *decisum* foi interposto recurso em sentido estrito (fl. 88v.), no qual, em juízo de retratação, o Magistrado *a quo* reconheceu o erro material que cometera na contagem do prazo, determinando que o processo retomasse seu curso normal (fls. 89 a 91).

Irresignado com a sentença, o réu interpôs recurso de apelação, requerendo a apresentação das razões na forma do art. 600, § 4º, do CPP (fl. 96). Nas razões, levantou, em preliminar, a nulidade do feito, haja vista que apesar de ser funcionário público, não foi respeitado o procedimento previsto no art. 513 e seguintes do CPP.

No mérito, após a juntada de novos documentos aos autos, pugnou pela sua absolvição, afirmando que não há contradição entre as declarações prestadas às autoridades solicitantes sobre a situação do custodiado Jorge Gesser no presídio regional de Blumenau, fato que caracterizaria o crime que lhe foi imputado (fls. 104 a 109).

Apresentadas contra-razões (fls. 117 a 124), foram os autos remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, que ofertou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 127 a 131).

II – Voto

Trata-se de apelação criminal interposta por réu condenado pela prática do delito de falsidade ideológica.

Em preliminar, a defesa sustenta a nulidade absoluta do feito por incorreção do rito processual. Afirma que o acusado é funcionário público e

praticou os atos que lhe são imputados no exercício das suas funções, razão pela qual deveria ter sido observado o rito previsto no art. 513 e seguintes do CPP.

Muito embora o réu seja funcionário público e tenha cometido o ato investigado no exercício da função pública, o rito adequado para a tramitação do processo no Juízo *a quo* é o ordinário, pois a conduta em tese (falsidade ideológica, art. 299 do CP) não consiste num crime funcional, ou seja, crime contra a administração pública praticado por funcionário. Nesse sentido:

“A notificação a que alude o art. 514 do CPP tem pertinência nos crimes funcionais típicos, elencados nos arts. 312 a 326 do CP, sendo, portanto, dispensável quando se tratar de outras figuras, como por exemplo os crimes contra a Administração da Justiça” (RJTACrimSP 21/316).

Assim, a prefacial argüida não merece prosperar.

Ademais, referida nulidade, se ocorresse, seria relativa, conforme pacífico entendimento desta Corte e dos Tribunais Superiores. Dessa forma só poderia ser reconhecida quando comprovado o prejuízo para a defesa e se não tivesse sido alcançada pela preclusão. Nesse norte, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A teor do disposto nos artigos 563, 566, 575, inciso II, e 572 do Código de Processo Penal, a inobservância da formalidade prevista no artigo 514 deste diploma legal acarreta nulidade relativa. Ocorre a preclusão

quando não argüida no prazo assinado para as alegações – artigo 500 da referida legislação instrumental” (HC n. 71.237/RS, rel. Min. Marco Aurélio).

Com relação aos documentos juntados pelo ora recorrente após a prolação da sentença, não há problemas quanto a sua admissão. Além de não ter havido nenhuma manifestação do Ministério Público, nas contra-razões, em sentido contrário, não visam à protelação do julgamento do recurso. A respeito, este signatário decidiu recentemente:

“Processual penal – Prova documental – Juntada após a prolação da sentença – Possibilidade, ressalvados os casos em que o expediente visar à protelação do julgamento – Inteligência do art. 231 do CPP – Precedente do STJ” (Ap. Crim. n. 2002.015842-4, de Blumenau).

No mérito, o apelante requer a reforma da decisão objurgada, com a sua consequente absolvição, pois, segundo afirma, não prestou qualquer declaração falsa, tanto que a alegada falsidade não pode ser inferida das declarações contidas nos documentos de fls. 6 e 7.

Depreende-se dos autos que ao ora recorrente foi imputada a prática de delito de falsidade ideológica.

Segundo a denúncia, o acusado teria prestado declaração escrita a fim de instruir ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de segregado cautelar que se recuperava de intervenção cirúrgica, afirmando falsamente que o presídio regional de Blumenau não detinha condições adequa-

das para o recolhimento de preso naquele estado (fl. 6).

De acordo com a acusação, a falsidade teria restado configurada, uma vez que alguns dias após esse fato, o acusado teria prestado informações sobre o mesmo caso ao Juiz Corregedor do citado ergástulo, asseverando que o preso convalescente estava separado dos demais, em uma sala em melhores condições de higiene que as celas do presídio, recebendo a visita, durante os dias de semana, de uma enfermeira e, um dia por semana, de um médico (fl. 7).

Magalhães Noronha, ao diferenciar os delitos de falso material e ideológico, ensina que “a falsidade material prova-se pelo confronto feito com o documento verdadeiro, com o exame pericial; a ideológica, por outro gênero de provas que estabeleçam a verdade e concomitantemente a mentira que aquele [o documento] contém” (Direito Penal. 17^a ed., São Paulo: Saraiva, 1986, vol. 4, p. 156).

Desse modo torna-se imprescindível que a prova nos processos em que se visa a apurar a prática de delito de falsidade ideológica demonstre, de maneira objetiva e indubitosa, a verdade dos fatos e a mentira perpetrada pelo agente na elaboração do conteúdo do documento.

Por exemplo, comete falso ideológico aquele que, visando ao benefício em situação juridicamente relevante, dolosamente diz ter mais ou menos idade do que realmente tem. A idade é fato objetivo, que não permite interpretação: basta verificar o documento público adequado (certidão de nas-

cimento, por exemplo) para se saber se a informação prestada é falsa ou não.

Da mesma forma, comete crime de falso ideológico o funcionário que, visando a facilitar a concessão de *habeas corpus* para segregado cautelar, presta declaração, atestando a superlotação do ergástulo a que foi enviado, quando, verificados os registros, há superávit de vagas. Há aí também uma verdade dos fatos verificável facilmente no mundo sensível e uma declaração do agente contrária a esses – e, portanto, falsa.

Cumprido, então, nesta oportunidade, examinar a veracidade das declarações prestadas pelo acusado.

Da análise dos autos denota-se que o preso convalescente não se encontra junto com os demais, pois está instalado em uma sala separada, com melhores condições higiênicas que as outras celas do presídio.

Entretanto, esse fato não é suficiente para se concluir se o presídio tem condições adequadas para manter tal preso.

Assim, objetiva e logicamente, as duas declarações prestadas pelo acusado podem, ao mesmo tempo, ser verdadeiras. Sob esse prisma, cumpre analisar a questão.

“Adequado”, segundo o Dicionário Aurélio (Versão Eletrônica 3.0), é aquilo que é “apropriado, próprio, conveniente, acomodado, ajustado, adaptado ou oportuno”.

Portanto, para um preso convalescente, “adequada” é a situação que lhe permita melhorar de sua condição

atual para a plena saúde, o que por vezes não acontece com a mera separação em outro local, mesmo que esse permita melhor acomodação que aos demais.

No caso em apreço existem provas de que as condições da dita “sala especial” e do tratamento médico-ambulatorial disponível no presídio não eram adequadas ao restabelecimento do convalescente, senão vejamos.

O acusado, em seu depoimento, afirma que havia apenas uma enfermeira que diariamente comparecia ao presídio. O médico visitava o presídio apenas uma vez por mês, sendo que o segregado, cuja convalescença gerou o presente processo, era tratado por médico particular (fls. 26 e 27).

A testemunha de defesa Eli dos Santos França afirma que, apesar de estar separado dos demais presos, em um local cuja higiene era melhor que a das celas – o que, diga-se de passagem, infelizmente, não quer dizer muito, consideradas as condições médias de qualquer presídio neste país – tal local não parou de ser utilizado para seus outros fins, ou seja, para a ministração de aulas (fl. 57).

Por fim, cumpre reproduzir as palavras proferidas pelo médico particular que tratou o convalescente: “foi procurado pela mãe do apenado dizendo que o mesmo estava no presídio e não passava bem, solicitando que o depoente lhe fizesse uma visita; que o depoente foi até o presídio e lá constatou que o apenado Jorge Geser estava com uma infecção no local da cirurgia, recomendando que o mesmo fosse novamente levado ao hospi-

tal, o que acabou acontecendo; que foi constatado que o apenado estava com anemia e, por isso, foi efetuada uma transfusão de sangue” (fl. 55).

O presídio teria, portanto, instalações “adequadas”, se tivesse uma enfermaria equipada para o tratamento e recuperação dos presos enfermos, com assistência diária de um médico e acompanhamento da evolução do estado de saúde daqueles, e que não precisasse ser usada para outros fins, porquanto não se pode admitir que uma pessoa internada corra o risco de pegar uma infecção hospitalar ao ficar instalada no mesmo ambiente em que outros detentos assistem aulas.

Disso conclui-se que no caso em tela, muito embora o preso estivesse recebendo um tratamento diferenciado em relação aos demais, esse não era suficiente para sua pronta recuperação, tanto que piorou enquanto estava no presídio, só tendo-se recuperado quando transferido para um hospital.

Desarrazoada, por conseguinte, a afirmação segundo a qual o acu-

sado teria inserido declaração falsa nas informações que lhe foram solicitadas, com o fim de privilegiar o condenado.

Inexistindo elemento que evidencie que o fato praticado constitua infração penal, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença, absolvendo o acusado nos termos do art. 386, III, do CPP.

III – Decisão

Pelo exposto, afasta-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 23 de setembro de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.010477-1, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crime contra a fé pública – Falsidade documental – Professor que estimula a adulteração da carteira de identidade de alunos para simular a idade necessária à participação em campeonato desportivo – Contribuição moral legalmente relevante para a consecução do delito – Vínculo psicológico comprovado – Condenação que se impõe – Sentença mantida – Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.010477-1, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal e Execuções Penais), em que é apelante Eliseu Bonetto, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal e Execuções Penais), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Eliseu Bonetto, dando-o como incurso no art. 304 c/c o art. 297, do Código Penal, porque:

“Consta dos autos que, em abril de 1998, na cidade de Chapecó, realizou-se um torneio de futebol de salão, de âmbito regional, patrocinado pela empresa ‘Lojas Colombo’, limitando-se o ingresso dos atletas àqueles nascidos até o ano de 1984, para o qual o apelante inscreveu as crianças sob sua orientação, freqüentadoras do curso de futebol, que mantinha, em caráter particular.

“Na data de 22 daquele mês, dia das competições, no ginásio da ADC, Bairro Saic, para que ingressassem no torneio, as carteiras de identidade dos menores sob a responsabilidade de Eliseu foram encaminhadas à comissão organizadora do campeonato, dentre elas, a dos adolescentes A. da F. R. e G. A. dos S., que, posteriormente, apurou-se terem sofrido in-

devida adulteração, tratando-se, na verdade, de reprodução efetuada por computador (*scanner*), com inserção de nova fotografia, com data de nascimento diversa da verdadeira, obtida mediante a raspagem do numeral ‘5’, no último dígito do ano de nascimento, com o escopo de mascarar a verdadeira idade dos atletas e, assim, permitir-lhes o ingresso na competição” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, condenando-se o réu à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, dando-o como incurso nas sanções do art. 304 do Diploma Repressivo.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, sendo uma de prestação pecuniária e outra de prestação de serviços à comunidade, a teor do art. 44, I e § 2º, segunda parte, do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou, pretendendo a absolvição, sob o argumento de que a autoria do crime não restou comprovada nos autos, ante a fragilidade dos depoimentos oferecidos pelas testemunhas da acusação, e, ainda, que a falsificação grosseira dos documentos afastaria a tipicidade do delito previsto pelo art. 297 do Código Penal e que a reprodução de documento por meio de *scanner*, não constitui falsificação.

Nas contra-razões, manifestou-se o Ministério Público pelo não provimento do recurso, subindo os autos a esta Instância, em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Versa a apelação *sub judice* sobre crime contra a fé pública, previsto no título X, mais precisamente no capítulo III, que trata da falsidade documental.

Em Chapecó, no mês de abril de 1998, por ocasião da “Copa Lojas Colombo Bandeirante”, torneio de futebol infanto-juvenil, promovido por empresa da região, constatou-se a adulteração de, pelo menos, duas carteiras de identidade de menores, que, em face de limite máximo de idade imposto para participação nos jogos, contrafezaram os documentos, alterando o ano de nascimento para alcançarem a idade necessária ao ingresso nas disputas.

O crime de falsificação de documento público, assim como seu uso, atenta contra a credibilidade da administração pública, cuja presunção é premissa da tranqüilidade e da harmonia das relações do cidadão com o Estado. Por essa razão é que as ações perpetradas nesse sentido não carecem de causação de dano para sua consumação. Por ser delito meramente formal, basta a potencialidade danosa, ante a *editio falsi*, e sua posterior utilização constitui, meramente, exaurimento do delito.

A autoria das falsificações pelos menores está claramente estampada nos autos. Os documentos de identificação anexados ao processo e os laudos periciais confirmam sua falsificação (fls. 19 a 26).

A imputação da co-autoria ao apelante ressumbra incontestável, porquanto eloqüente nos autos.

Exala dos elementos apurados no processo, seja na descrição dos fatos, seja nos depoimentos transcritos, o vínculo psicológico que conecta a conduta de Eliseu Bonetto com o crime de falsificação de documento público perpetrado pelos jovens estudantes.

Necessário se faz o exame detido do artigo 29, referente ao “concurso de pessoas”, abrigado no Código Penal, no intuito de estabelecer alcance quanto à concorrência de ações delituosas.

Determina o citado dispositivo legal:

“Quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

“§ 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

“§ 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

Dá o Código, assim, as coordenadas para a determinação dos comportamentos que podem ser tidos

como concorrentes, em maior ou menor relevância, para o deslinde da conduta criminosa.

Mister se faz, dessa forma, à luz da interpretação que a doutrina e a jurisprudência têm professado, verificar se dos elementos trazidos aos autos desponta algum que indique o comportamento do réu em conformidade com aqueles descritos pelo tipo legal.

O art. 29 apresenta duas modalidades de concurso: a co-autoria e a participação, definindo, a primeira, como sendo aquela em que os agentes executam o comportamento que a lei define como crime (tipicidade) e, a segunda, quando os agentes envolvidos não praticam o delito tal como a lei o define, mas contribuem, material ou moralmente, para a sua realização.

Quanto à participação, anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“Participar significa ter ou tomar parte em alguma coisa, o que já expressa uma idéia de dependência, de acessoriedade. Quem participa não realiza fato próprio mas contribui para fato que está sob domínio de outrem. E, evidentemente, não se trata de um fato qualquer, mas, sim, de um fato que comporte, pelo menos, os juízos de tipicidade e de ilicitude. A participação pressupõe, portanto, ‘a existência de um fato alheio (o do autor ou co-autores materiais) a cuja realização o partícipe contribui’ (Muñoz Conde, ob. cit., p. 204). É óbvio que, ao contrário do autor e do co-autor, o partícipe intervém no fato alheio sem executar atos que se acomodem à figura típica, e sem ter, em suas mãos, o co-

mando da ação criminosa. A posição subsidiária do partícipe não é determinada unicamente pelo ‘ânimo’ com que atua, mas, principalmente, ‘pela índole de sua situação objetiva em relação à consumação’. O partícipe colabora para a consumação, mas não está em condições de decidir a seu respeito” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 6ª ed., SP: RT, 1997, vol. 1, t. I, p. 449).

Dessarte, afastada a ocorrência de ação direta do apelante no sentido da realização do núcleo do tipo legal cominado – fazer uso do documento falsificado – por inexistência, nas transcrições dos autos, de relato que aponte nesse sentido, relevante indagar se houve colaboração mediante empreitada material ou por via de contribuição moral. A primeira deve ser afastada, pelas mesmas fundamentações que se afasta a admissibilidade da co-autoria: ausência de elementos, no processo, que informem nesse sentido. Subsiste, dessa forma, a questão da ocorrência de exortação à ação censurada.

Dos próprios depoimentos dos jovens estudantes colhem-se os elementos necessários à análise da real participação do apelante, que, de per si, já fragmentam a aventada fragilidade dos depoimentos:

“A. da F. R. relata que, por ocasião da inscrição no torneio de ‘futsal’, recebeu, juntamente com outros colegas, a informação que, ‘se adulterasse o ano de nascimento que constava no documento de identidade, poderia participar do campeonato daquele ano e do próximo’. Com esta idéia, forne-

ceu a um colega sua cédula de identidade, para que fizesse uma fotocópia colorida, após o que, cuidadosamente apagou o ano de nascimento, alterando-o para '1985', colando uma fotografia e plastificando o documento. Acrescentou que, embora não tenha participado diretamente, *a idéia da adulteração foi dada pelo professor*" (fls. 9 e 10).

Por ocasião do depoimento judicial, A. retificou suas palavras, para aduzir que "o professor nada teve com o ocorrido", e, após serem lidas suas declarações anteriores, "insistiu que o professor não deu a idéia de falsificarem os documentos, não sabendo porque constou tal versão em suas declarações perante a polícia" (fl. 58)

Por sua feita, G. A. dos S. declarou, em fase de inquérito, que "o professor Eliseu orientou o depoente que, se quisesse participar do campeonato, teria que adulterar o ano de nascimento de seu documento, mostrando como deveria fazê-lo", mas, em momento algum, participou da adulteração, o que fez sozinho, sem auxílio de qualquer outra pessoa" (fls. 11 e 12).

Ante a discrepância entre os dois depoimentos, procedeu-se à acarescção dos envolvidos, oportunidade em que A. declarou que se fosse necessário confirmar a participação do professor, assim o faria.

Em Juízo, reafirmou que o apelante não participou da falsificação, apenas deu a idéia, alegando que aquela seria a única maneira de os jovens participarem dos jogos. Assim, muniram-se de fotocópias coloridas

do documento de identidade, colaram novos números sobre o ano de nascimento, colocaram suas fotografias e plastificaram os documentos (fls. 59 e 60).

Os testemunhos defensivos nada acrescentaram à situação posta, que não o desconhecimento de conduta análoga pretérita.

Nesse contexto, fica evidente que o apelante, professor dos jovens, tendo conhecimento de que a idade de ambos ultrapassava o limite arbitrado pela organização do campeonato, e com interesse direto na participação de seus alunos, não somente instigou, fazendo com que neles surgisse a idéia reprovada, como, também, acobertou-os, na medida em que compactuou com suas participações no certame.

Está pacificado, entre os penalistas, e tem aplicação contumaz nos tribunais, que o auxílio moral exterioriza-se por meio do *induzimento*, da *instigação* ou do *comando*, substantivos que se traduzem na ação sobre a vontade do autor, "quer provocando-o, para que nele surja a vontade de cometer o crime (chama-se determinação), quer estimulando a idéia criminosa já existente (é a instigação propriamente dita)" (Celso Delmanto, Código Penal comentado, 6ª ed. ren. ampl, RJ: Renovar, 2000, p. 59).

Por isso, "no concurso de pessoas, não se exige que todos os partícipes pratiquem atos típicos, basta que tenham instigado, encorajado ou auxiliado o executor direto" (Ap. Crim. n. 1999.018737-3, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, j. 14-12-1999).

A “ação sobre a vontade do autor” deve ter um grau relevante, firme e cogente. Deve ser uma ação pró-ativa, isto é, que vá além da mera opinião, tendo força persuasiva ou de ascendência sobre o sujeito receptor. O fato de ser o apelante professor de esportes dos meninos adolescentes denota um poder de convencimento, até mesmo, reverencial, de natureza pessoal e hierárquica.

No léxico pátrio o substantivo *sugerir* é tido como sinônimo de instigar, incitar ou persuadir. Entretanto, no âmbito da persecução penal, há de se averiguar o impacto e a relevância que tal “sugestão” teve sobre o elemento volitivo dos agentes e a capacidade que teve de atuar sobre a ação deles. Aqui, a “idéia”, indo além da mera sugestão, da simples lembrança de uma possibilidade de agir, constituiu-se em um suporte relevante, em que o participante impulsiona o agente a uma ação em que as vontades estão unidas psicologicamente.

Sublinha-se que, no caso, verifica-se, também, o imprescindível vínculo subjetivo ou psicológico exigido para a caracterização do concurso de agentes, porquanto não basta o nexos causal. É necessário que cada concorrente tenha consciência de que contribui para a atividade delituosa de outrem. Mesmo sendo desnecessária a prévia combinação entre eles, salvo na autoria colateral, é indispensável a adesão subjetiva à vontade do outro, o conhecimento de que está contribuindo para a concretização do evento censurado.

O saudoso mestre Nelson Hungria, ao comentar sobre o tema, escreveu que “sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva de que promova o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer com a própria ação de outrem” (Comentários ao Código Penal, 1949, vol. 1, p. 553).

A propósito do tema, ensina Celso Delmanto:

“Vínculo subjetivo ou psicológico: não basta o nexos causal, sendo necessário que cada concorrente tenha consciência de contribuir para a atividade delituosa de outrem. É indispensável a adesão subjetiva à vontade do outro, embora seja desnecessária a prévia combinação entre eles. Inexistente o vínculo subjetivo, não há concurso de pessoas, embora possa haver autoria colateral (todos se comportando para um mesmo fim mas desconhecendo a conduta alheia)” (Código Penal Comentado, 3ª ed., RJ: Renovar, 1991, p. 54).

Assim tem-se constituído jurisprudência neste Tribunal:

“O concurso precisa ser voluntário e consciente” (TJSC, RF 256 a 389).

E, também, em outras Cortes de Justiça:

“Sem a vontade consciente e livre de concorrer com a própria conduta na ação de outrem, inexistente participação criminosa” (TFR, Ap. n. 3.411, DJU 11-6-81, p. 5.650).

Igualmente, não há falar em participação de menor importância, conforme previsão do § 1º do artigo 29 do Código Repressivo, preteritamente analisado, pois esta, determinando uma sanção mais branda, pressupõe colaboração mínima do partícipe na prática criminosa, situação que não se verifica no caso *sub judice*, em que a contribuição do apelante desencadeou o procedimento delituoso, perfazendo, juntamente com a ação concreta dos autores, um todo indivisível, podendo-se afirmar que esta não se daria sem aquela, sendo-lhe, assim, essencial.

Assim têm entendido os Tribunais:

“A incidência da causa de diminuição da participação de menor importância exige prova inequívoca de que a conduta que concorreu para o crime foi mínima. Significa dizer que, com ou sem a conduta irrisória, o resultado do crime ocorreria” (TJRO, RT 777/694).

E, também:

“Se a participação estava dirigida para os mesmos resultados, não pode ser considerada de menor importância” (TJSP, RJTJSP, 108/497).

Desta egrégia Corte de Justiça:

“A participação de menor importância somente é possível na hipótese em que a conduta do partícipe demonstra leve eficiência causal, sendo sua contribuição moral ou material, de pouca importância na infração penal” (Ap. Crim. n. 2002.002103-2, de Criciúma, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 12-3-2002).

Incabível, também, falar em falsificação grosseira ou incorrência do falso ante a reprodução xerográfica do documento. No primeiro caso, porque é o próprio laudo pericial que declara, textualmente, mediante o julgamento dos peritos na área, que o documento objeto da falsificação é hábil a convencer uma pessoa leiga de sua veracidade (fls. 19 a 26). Na segunda argumentação, porque a reprodução por meio de fotocópia, imune à punição penal, a que se referem a doutrina e a jurisprudência, é aquela obtida da reprodução de documento previamente falsificado, que vem a ser utilizada no lugar deste, pela razão óbvia de que uma cópia xerográfica não pode ser considerada documento oficial, salvo se autenticada. Assim, mister faz-se a autenticação aposta ao simulacro do documento copiado, para que este alce à condição de documento público e, assim, ganhe materialidade o crime de falsificação previsto pelo art. 297 do Diploma Repressivo, porque “são documentos públicos as cópias autênticas, traslados, certidões, fotocópias e xerocópias, desde que autenticadas ou conferidas com os documentos originais” (Julio Fabbrini Mirabete. Código Penal Interpretado, 2ª ed., Ed. Atlas: SP, p. 1.795).

Dessarte, pode-se asseverar, estreme de dúvidas, que a “orientação”, dada pelo professor, mediante a influência que exercia sobre os alunos, teve o condão de desencadear, decisivamente, a consecução das adulterações que vieram, posteriormente, a se processar. Para além de ilegal, o estímulo dado pelo apelante,

aos adolescentes, dando-lhes a idéia de contrafazerem os documentos de identidade e ensinando-lhes como fazê-lo, é censurável do ponto de vista ético, posto ter o professor ascendência moral sobre os jovens com personalidade em formação, com inegável dose de influência em suas condutas, procedimento que merece repúdio veemente.

O Direito positivado traduz, em seus ordenamentos, valores de ordem moral, ética e antropológica, que vigem em um determinado lapso de tempo, num grupamento social. Nesse sentido, tem-se que os dispositivos legais devem estar em consonância com os parâmetros morais vigentes. Assim é que, além de ser moralmente censurável o proceder de um professor que sugere ao aluno que pratique um ato delituoso, como o seria a sugestão advinda de qualquer cidadão, cabível, também, a repressão de caráter penal, necessária quando a nocividade do comportamento de um indivíduo coloca em risco a tranqüilidade e a hegemonia desses valores.

José Antonio Paganella Boschi, ao tecer crítica à pedagogia jurídica vigente, que coloca o jurista como mero intermediário entre a suposta “vontade da lei” e o caso concreto faceado, assim justifica:

“Os ordenamentos jurídicos estão prenhes de valores porque disciplinam a vida do povo em sua cultura, não estando o jurista autorizado a ignorá-los, como demonstrou Carlos Còssio, em crítica candente à Teoria Pura de Kelsen, depois de chamar a atenção para a tríplice dimensionalida-

de do direito – o fato, o valor e a norma – que Miguel Reale aprofundaria em livro famoso, destacando que essa tridimensionalidade está sempre correlacionada em qualquer expressão jurídica, ‘seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal’” (Das Penas e seus Critérios de Aplicação, 2ª ed., ver. e atual., 2002, p. 28 e 29).

Nesse entendimento, em se demonstrando a participação do apelante vinculada à atividade recriminada, mister faz-se reconhecer sua culpabilidade, na forma do art. 29, *caput*, do Código Penal, confirmando-se o acerto do juízo de punibilidade do douto Magistrado *a quo*.

Em nome da coerência jurisprudencial, é de se ressaltar que esta Corte de Justiça tem entendido que o crime de falsificação de documento público (art. 297, Código Penal) absorve o de uso de documento falso (art. 304, Código Penal), se o agente for o mesmo, em ambas as ações, não se desconhecendo, contudo, existência de respeitável corrente jurisprudencial que navega em sentido contrário, ou seja, de que o *falsum* é mero ato preparatório do delito de uso de documento falso, sendo esse crime único.

Traz-se as lições do mestre Heleno Cláudio Fragoso, para bem situar a matéria (à vista do sujeito ativo do delito de uso de documento falso):

“Pode ser qualquer pessoa que não tenha concorrido na falsificação. Se o próprio autor ou co-autor da falsificação faz uso do documento, responderá por crime único. O uso é, nesse

caso, fato posterior não punível (Mau-rach)” (Manual de Direito Penal, 7ª ed., SP: Atlas, vol. 3, p. 370).

Nesse sentido o colendo Supremo Tribunal Federal assentou que o uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um só crime: o do art. 297 do CP (RT 552/409).

Assim, este Tribunal tem perfilado:

“O uso de documento falso pelo próprio autor da falsificação configura um só crime (progressivo, em que a atividade subsequente — uso — é absorvida pelo delito de falsidade documental), qual seja, o do art. 297 do Código Penal” (Ap. Crim. n. 33.212, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 29-8-1995).

A jurisprudência de outros Tribunais não discrepa:

“O uso do documento falso por parte do autor da falsidade constitui

fato posterior impunível. O crime de uso não pode ser cometido sem a anterior falsificação. Só pode ser sujeito ativo do crime capitulado no art. 304 do CP quem não concorreu para a falsificação” (TJRJ – AC n. 4.216, rel. Ronaldo de Souza).

2. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e exarou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de agosto de 2003.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

**SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

MEDIDA CAUTELAR

MEDIDA CAUTELAR N. 2004.005606-0/0001, DE PONTE SERRADA

Recorrente: Clodemar João Christianetti Ferreira

Advogados: Dr. Ronei Danielli e outros

Recorrido: Representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Promotor: Dr. Ricardo Paladino

Despacho

1. Trata-se de medida cautelar preparatória a recurso especial, visando à atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão da Terceira Vice-Presidência, que denegou a atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento.

O requerente alegou que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem-se admitido, excepcionalmente, a medida cautelar preparatória para a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Considerou que a medida combatida é abusiva por não estar comprovado que o afastamento do prefeito de seu cargo seja medida necessária à instru-

ção processual, nos termos da Lei n. 8.429/92 e que, em razão dos efeitos nefastos da decisão objurgada, impõe-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Disse ser falsa a afirmação, feita na fundamentação do *decisum* de primeira instância, de que teria falsificado documentos. Afirmou ser calamitosa a situação do município de Ponte Serrada, pois o Vice-Prefeito renunciou e o Presidente da Câmara de Vereadores está afastado por determinação judicial, não havendo pessoa habilitada a assumir a Prefeitura Municipal.

Posteriormente, foi protocolado o recurso especial em que se alega que o decisório teria negado vigência ao art. 20 da Lei de Improbidade,

além de lhe conferir interpretação divergente da conferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Concede-se a liminar requerida.

2.1. É admissível a atribuição de efeito suspensivo a recurso especial por esta Segunda Vice-Presidência, porém restrita à situação excepcional.

Os tribunais superiores têm admitido, em casos de manifesta afronta à Constituição ou à lei federal, a concessão de efeito suspensivo, nos moldes do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Nessa senda, decidiu-se:

“Petição. Medida cautelar incidental. Questão de ordem. — Já se firmou o entendimento desta Corte no sentido de que não se aplica, em seu âmbito, em se tratando de medida cautelar relacionada com recurso extraordinário, o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, mas, sim, a norma especial de natureza processual constante do inciso IV do artigo 21 de seu Regimento Interno. — No caso, em face de a questão em causa estar pendendo de julgamento no Pleno deste Tribunal, com pedido de vista por um de seus membros, o que atesta a plausibilidade da tese sustentada pelas petionárias, está caracterizada a existência do *fumus boni iuris* para a obtenção de efeito suspensivo para o recurso extraordinário interposto e admitido. — Ocorrência, também, do *periculum in mora*. Questão de ordem que se resolve no sentido de se deferir, em parte, o pedido de

medida cautelar” (STF, QOPet n. 2851/CE, rel. Min. Moreira Alves, j. 17-12-2002).

“Medida cautelar. Crime societário. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal somente em relação à requerente. Condenação ulterior indevida. Requisitos presentes. Procedência. Presentes os requisitos essenciais ao deferimento da cautela — *fumus boni iuris* e *periculum in mora* —, justifica-se a ratificação da liminar anteriormente deferida, a fim de evitar a expedição de ordem de prisão contra a requerente até a apreciação da Reclamação n. 1.364, formulada perante esta Corte” (MC n. 6.807/PR, rel. Min. Paulo Medina, j. 24-9-2003).

Em determinadas hipóteses tem-se admitido, ainda, a concessão de efeito suspensivo ao recurso especial pelo Tribunal de origem, em sede de medida cautelar incidental, quando, a par de evidenciada a violação de lei federal ou norma constitucional, a urgência seja tal que não possa aguardar o interregno entre interposição do recurso e o seu exame pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

A concessão de efeito suspensivo por esta Vice-Presidência é, dessa forma, medida reservada à situação excepcionalíssima, sendo necessária para a sua concessão a concomitância da manifesta ilegalidade ou inconstitucionalidade da decisão combatida e a extrema urgência do provimento.

2.2. O caso em exame comporta a concessão da cautelar requestada, porquanto ilegítimo o afastamento

liminar do Prefeito Municipal por decisão do Juízo de primeira instância.

2.2.1. Cumpre salientar, inicialmente, que é controvertida na doutrina a possibilidade de afastamento do alcaide municipal com amparo no art. 20 da Lei de Improbidade, sendo pacífico, entretanto, que é inadmissível a concessão da liminar se indemonstrado o perigo de dano irreparável.

No tocante à inaplicabilidade do art. 20 da Lei n. 8.429/92 aos prefeitos municipais, disserta Carlos Frederico Brito Santos:

“Existem na doutrina posicionamentos contrários à possibilidade de aplicação da providência cautelar de afastamento provisório de agentes políticos, especialmente de prefeitos. Com a proposta de interpretação restritiva ao parágrafo único do art. 20 da Lei comentada, Adilson Abreu Dallari sustenta que, quando o legislador quis ser mais abrangente nos dispositivos da Lei n. 8.429/92 – como o fez em relação ao art. 2º, no qual definiu o conceito de agente público para o fim de sujeição aos seus dispositivos sancionatórios —, fez menção expressa ao titular de mandato. Contudo, no aludido dispositivo que trata do afastamento provisório do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, não se referiu expressamente ao exercício de mandato. Por conseguinte, em que pese fazer questão de assentar que o prefeito municipal pode ser réu em ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, questiona a possibilidade da suspensão do exercício de seu mandato, até porque, conforme aduz, o tempo

inevitavelmente subtraído ao mandato, ao contrário do que ocorre em relação ao exercício do cargo, emprego ou função, não poderá ser reparado.

“Em conclusão, afirma que, em sendo o princípio democrático um dos princípios fundamentais da Constituição Federal, que impõe absoluto respeito ao mandato popular, mesmo a má escolha do povo há de ser respeitada, e, salvo nos casos excepcionais, previstos na Lei Maior, do cometimento de crime de responsabilidade administrativa ou de infração político-administrativa, não poderá ocorrer a subtração do direito ao exercício do mandato popular” (Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 161).

Atendida essa orientação, o alcaide municipal, por ter sido eleito pela livre manifestação da vontade popular, gozaria de proteção privilegiada em relação aos demais cargos públicos, em atenção ao princípio democrático, havendo de se interpretar como proposital a omissão da expressão “mandato” no art. 20 da Lei n. 8.429/92, que, ao tratar do afastamento cautelar, refere-se a “cargo, emprego ou função”. Por conseguinte, o afastamento do prefeito somente seria viável em processo criminal, caso em que pertence aos tribunais de justiça estaduais a competência originária para o julgamento da causa.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Nilton Macedo Machado:

“Ora, por ser mandatário do poder político que lhe foi atribuído pelo povo, o julgamento do prefeito em foro

especial não apenas é direito exclusivo daquele que está investido naquela função pública, como também dos cidadãos que o elegeram, escolhendo aquele específico indivíduo para exercer o comando da Administração Pública Municipal; o privilégio para julgamento do mandatário em foro especial serve, assim, também para assegurar a efetividade do exercício do direito ao voto popular.

“O afastamento do prefeito consiste, assim, não só em sanção para o agente público, como contrariedade expressa à vontade popular, o que lhe confere um caráter próprio e bem distinto em relação às ações movidas em face de comportamento ímprobo de qualquer outro alçado à função, cargo ou emprego por concurso público.

“Desse modo, até mesmo em obediência ao princípio da isonomia (tratar desigualmente os desiguais), a Carta Política atribui certas prerrogativas, dentre elas o foro especial geral para o detentor de função pública conferida pelo voto, mesmo porque este, conforme já salientado, é expressão de legitimação do Estado Democrático de Direito” (Considerações sobre afastamento de prefeitos à luz do ordenamento brasileiro. Florianópolis: Jurisprudência Catarinense n. 88, out./dez. 1999, p. 16).

Merece registro, ainda, estudo realizado em co-autoria por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, que averbaram:

“Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na lei de improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que, igualmente, po-

dem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de ‘atos de improbidade’, constante do art. 90 da Lei n. 8.429/92, com os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 *et seq.*, especialmente os crimes peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 312).

“Tal coincidência ressalta as incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ‘ação civil’, com sérias conseqüências para todo o sistema jurídico. Com efeito, será que alguém, em sã consciência, consideraria razoável que, em um sistema constitucional que consagra a prerrogativa de foro, um Ministro de Estado, um parlamentar, ou até mesmo o Presidente do STF pudesse ter os seus direitos suspensos e decretada a perda de seu cargo por decisão de um juiz de primeiro grau? Se essa indagação provoca dificuldades, como admitir a proliferação de ‘ações civis de improbidade’ contra autoridades submetidas à competência originária de Cortes Superiores, perante juízes de primeiro grau?” (Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais 107, jul./set. 2002, p. 255).

Concluem os autores ser “difícil, senão impossível sustentar que as autoridades que gozam de prerrogativas de foro, nos crimes comuns e de responsabilidade, possam perder o

cargo e ter os seus direitos políticos suspensos em decorrência de sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau, mesmo fora do contexto específico do direito penal” (*idem*, p. 255).

Com efeito, numa interpretação sistemática, o art. 20 da Lei n. 8.429/92, inserto no Capítulo VI, que trata das “Disposições Penais”, o afastamento cautelar revela-se como disposição de natureza penal, inteligência esta que melhor se amolda ao privilégio de foro constitucionalmente estabelecido. Dessa forma, seria inviável admitir-se o afastamento de prefeitos e vereadores por decisão do juízo de primeiro grau, pois, tratando-se de disposição penal, a matéria é de competência originária do Tribunal de Justiça e obedece a regime legal próprio, instituído pelo Decreto-Lei n. 201/69.

Nesse arrimo, consignou-se em voto vencido lavrado pelo signatário, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2000.008236-8, de Pomerode:

“Reputa-se agente público, para os efeitos da lei em comento, na dicção do seu art. 2º, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo primeiro (da administração direta, indireta, fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de en-

tidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual).

“Conclui-se, dessarte, que o afastamento do cargo é medida excepcional e autorizada unicamente, para os efeitos da lei, ao agente público que exerça cargo, emprego ou função, não se cominando a medida ao agente público eleito, no exercício de mandato, consoante a definição do art. 2º, já enfocada.

“Tal ilação, bem da verdade, guarda um sentido lógico com o Decreto-Lei n. 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, quando, em seu art. 2º, determina que o juiz (relator/tribunal), antes de receber a denúncia, no processo criminal, notifique o acusado (prefeito), incurso em crime de responsabilidade, para que apresente defesa prévia em cinco dias. Somente esgotada essa fase preliminar é que poderá ser recebida a denúncia, manifestando-se o magistrado obrigatória e motivadamente sobre o afastamento do agente público do exercício do cargo durante a instrução criminal ou sobre eventual decreto de prisão preventiva do acusado.

“Parece óbvio, dessarte, numa interpretação sistemática, que a norma do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, aplicável aos agentes públicos ali expressamente nominados, é de caráter penal, não se aplicando aos prefeitos e vereadores, já que estes se submetem ao regime próprio do Decreto-Lei n. 201/67, podendo ser afastados do cargo estritamente no

processo criminal, por garantia da instrução processual, e, assim mesmo, após serem previamente notificados para o exercício do direito constitucional de defesa.

“Na hipótese, o afastamento sumário do cargo do agravante, sem sua oitiva prévia, além de vulnerar a competência exclusiva do Tribunal de Justiça para processá-lo e julgá-lo, a teor do art. 29, inc. X, da Constituição Federal e art. 83, XI, da Carta Estadual, afronta, ainda, o preceito do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal” (j. 3-8-2000).

Prevalece no Superior Tribunal de Justiça, entretanto, o entendimento de que é possível o afastamento do agente político em sede de ação civil pública, embora reservada a essa hipótese casos extremos, sendo necessária, em respeito ao princípio democrático, a nítida demonstração do *periculum in mora* a justificar o afastamento do alcaide.

Nesse sentido, colhe-se precedente da lavra do eminente Min. Teori Albino Zavascki:

“Processo civil e administrativo. Ação civil pública por improbidade administrativa. Medida cautelar de afastamento do cargo. Inteligência do art. 20 da Lei n. 8.429/92.

“1. Segundo o art. 20, *caput*, da Lei n. 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima

como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva.

“2. A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade da sua ocorrência.

“3. Para a configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada” (REsp n. 550135/MG, j. 17-2-2004).

2.2.2. Indemonstrado o perigo de dano irreparável, pressuposto fundamental da medida cautelar, a ensejar o afastamento, *in limine litis*, do Prefeito Municipal, o decisório combatido caracteriza-se como verdadeira antecipação dos efeitos da sentença,

ofendendo o preceito do art. 20, *ca-put*, da Lei de Improbidade.

No caso concreto, ainda que adotado o entendimento de que seria viável o afastamento do Prefeito em sede de ação civil pública, não há sustentar a liminar combatida, porquanto, *in casu*, não se verifica a inviabilidade da obtenção das provas pretendidas sem o afastamento do alcaide, mormente porque se trata de ação civil pública, amparada em amplo conjunto de provas colhidas na fase de inquérito civil. Ademais, conforme se extrai do documento de fl. 89 destes autos, o Ministério Público requereu a produção de “todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente a documental anexa, pericial, testemunhal, o depoimento pessoal dos réus e outros”, pedido, como se vê, genérico, que não permite entrever que prova estaria sob ameaça de dano em decorrência da preservação do mandato.

Os fundamentos da decisão proferida em primeira instância não explicitaram em que consistiria o perigo na demora, consignando-se, equivocadamente, que “neste caso, o que se persegue é a preservação da imagem do poder público frente à sociedade e, neste sentido, em sede de liminar, qualquer dúvida que possa existir quanto à veracidade dos fatos trazidos na inicial, sugere desde logo a aplicação do princípio *in dubio pro societate*” (fl. 128).

A Lei n. 8.429/92, ao contrário, deixa claro que a presunção é a de inocência do réu. Inicialmente, porque determina que o afastamento do car-

go e a suspensão dos direitos políticos somente se dariam após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Além disso, porque dispõe, em seu art. 17, sobre a apresentação de defesa preliminar (§ 7º) e o arquivamento da ação caso manifestamente infundada a alegação de improbidade (§ 8º). A Lei de Improbidade, nesse sentido, harmoniza-se com o Código de Processo Penal, que dispõe de maneira análoga em seus arts. 514 a 516, sendo descabido afirmar-se que, pairando dúvida sobre a veracidade da acusação, impõe-se o afastamento do réu de seu cargo.

Nesse contexto, vulnera o decisório combatido o preceito do art. 20 da Lei de Improbidade, que, mesmo se interpretado como disposição civil, tem como pressuposto, dada a gravidade de suas conseqüências e a sua natureza cautelar, a demonstração da iminência de dano a exigir o afastamento do agente público.

Como é assente, a medida cautelar tem a finalidade precípua de resguardar o (aparente) direito subjetivo da (aparente) iminência de dano irreparável ou de difícil reparação. Na doutrina de Ovídio Baptista, “a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário”. Dessa forma, reside no *periculum in mora* a essência do processo cautelar, que não se destina à satisfação do direito, mas à sua proteção contra a iminência de dano.

Roborando este posicionamento, disserta Alcides Munhoz da Cunha:

“É pois o *periculum in mora*, genericamente considerado, que motiva a adoção das chamadas tutelas sumárias ou dos processos sumários do direito de que se falou, pelos quais se reduz a amplitude da cognição, reduzindo as oportunidades de contraditório, que normalmente é remetido para uma fase ulterior ou para outro processo, tudo para favorecer a antecipação do provimento final, a certificação e execução do direito em lide” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. vol. 11, p. 273).

Ainda que admissível, em casos restritos, a concessão de medida cautelar satisfativa, tal somente ocorrerá quando esse provimento figurar como a única medida eficaz para se evitar o dano iminente. Já na hipótese em que se concede, como ocorrido na espécie, um provimento que antecipa um dos efeitos de futura sentença de mérito (afastamento do Prefeito Municipal), sem que para tanto seja demonstrado o perigo de dano irreparável, está-se, a toda evidência, diante de um provimento antecipatório e não cautelar.

A antecipação de tutela, genericamente considerada, tem os seus pressupostos delineados no art. 273, dentro os quais figura a existência de prova inequívoca. Atendido o princípio da ampla defesa, é recomendável que toda produção de prova seja posta sob o crivo do contraditório, estando pacificado que, em regra, deve o provimento antecipatório aguardar a ouvida da parte adversa.

No caso das medidas antecipatórias concedidas em sede de ação civil pública, registra Ada Pellegrini Grinover:

“Embora se reconheça ser voz corrente que esse inquérito civil tem natureza inquisitorial, é inegável que nele se apresenta – ainda que em estado de latência – um conflito de interesses, sem que para isso, conforme ressaltado, seja necessária a existência de uma acusação formal.

“Portanto, quando se trata de aproveitar, em juízo, a prova coligada nesse procedimento administrativo, é imprescindível a instauração do contraditório, sob pena de afronta à garantia constitucional anteriormente mencionada. E, conforme anteriormente ressaltado, a exigência do contraditório, aí, não significa apenas que a parte possa defender-se em relação às provas contra ela apresentadas; exige-se que o interessado seja posto em condições de participar, assistindo à produção das mesmas enquanto ela se desenvolve” (A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 264).

No caso específico da Lei n. 8.429, entretanto, não há cogitar da antecipação de tutela, haja vista a disposição expressa do art. 20, *caput*, da Lei n. 8.429/92, segundo o qual “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Dessa forma, o afastamento provisório de que trata o parágrafo único deste artigo somente pode ser deferido como medida cautelar, ou seja, se a medida for comprovadamente

te necessária à regular instrução do processo.

Nesse contexto a decisão profligada afronta o privilégio de foro do Prefeito Municipal, já que se trata de medida de natureza penal, de competência originária do Tribunal de Justiça. Em segundo, registra-se que, ainda que admitida a natureza civil do preceito do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade, a medida liminar combatida revela nítida feição de provimento antecipatório e, nesta qualidade, afronta expressa disposição do art. 20, *caput*, da Lei n. 8.429/92, que condiciona o afastamento do alcaide ao trânsito em julgado da *actio*.

Aliado a isso, registra-se a inoportuna invocação, nos fundamentos do decisório proferido em primeira instância, do princípio *in dubio pro societate*, a evidenciar a abusividade na medida combatida, que merece suspensão até o julgamento do recurso especial.

3. Por todo o exposto, concede-se a medida liminar requestada para reintegrar ao mandato o Prefeito do município de Ponte Serrada.

Intime-se.

Florianópolis, 20 de abril de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL N. 2003.025285-1/0002.02, DE CHAPECÓ

Embargante: Leonir Luiz Pompermayer

Advogados: Dr. Acácio Marcel Marçal Sardá e outro

Despacho

1. Tratam-se de embargos de declaração opostos ao julgamento que apreciou o requerimento de liminar em medida cautelar incidental a recurso especial, em que se almeja a atribuição de efeito suspensivo ao reclamo.

Na fundamentação do decisório embargado considerou-se que, mantida a condenação criminal em

sede de apelação, o *decisum* é prontamente executável.

O embargante, em sua insurgência, repisou a tese de que, determinando a sentença que a condenação se desse somente após o trânsito em julgado do decisório, implica *reformatio in pejus* a expedição do mandado prisional na pendência de recurso extraordinário. Acrescentou que a fundamentação do *decisum* embargado é omissa e contraditória na passagem

em que se consigna não haver, no acórdão que julgou o apelo, ilegalidade grosseira. Argumentou que, nas razões recursais, demonstrou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a contradição na resposta aos quesitos enseja nulidade absoluta. Acrescentou que o julgado não considerou a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal que registra diversos pronunciamentos no sentido de que é abusiva a prisão do réu na pendência de recurso extraordinário. Por derradeiro, requereu o acolhimento dos embargos para suprirem-se as deficiências apontadas e conferir-se efeito infringente, concedendo-se a liminar requestada.

2. Rejeitam-se os embargos.

2.1. Não se verifica, nos fundamentos do decisório embargado, omissão, obscuridade ou contradição, merecendo rejeitados os embargos.

Os embargos de declaração, não possuindo natureza autônoma, só se prestam a complementar a decisão embargada, não servindo à abordagem de matérias novas ou daquilo que já foi examinado no acórdão.

Conforme pontificou o Min. Franciulli Neto, a decisão judicial “não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora” (EDREsp n. 392209/SC, j. 16-10-2003).

2.2. O decisório embargado delineou com clareza os motivos por que é inviável atribuir-se efeito suspensivo a recurso extraordinário com base no

dispositivo da sentença, não havendo falar em *reformatio in pejus*.

Colhe-se do corpo da decisão embargada, às fls. 320 a 322:

“O dispositivo da sentença de primeiro grau não condiciona a executividade do acórdão proferido por este Tribunal.

“Argumenta o recorrente que a sentença, *in casu*, teria condicionado o cumprimento da pena ao trânsito em julgado e que, não tendo o Ministério Público recorrido da decisão, teria ela, nesta parte, transitado em julgado, motivo por que o eventual cumprimento da pena teria de aguardar o julgamento do recurso especial.

“Nesse esteio, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

‘Se consta da sentença, de modo expresso, que a segregação do paciente somente se efetivará após o trânsito em julgado da decisão condenatória, a expedição de mandado de prisão, por ocasião do julgamento da apelação, é causa de constrangimento ilegal, máxime se, como na espécie, não houve recurso da acusação. Precedente desta Corte’ (HC n. 12.190/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 9-5-2000)

“No mesmo sentido, consignou o Min. Marco Aurélio de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 70.351-8/RJ, que ‘se é certo, como consta das informações, que o provimento anterior condicionou a prisão do Paciente ao trânsito em julgado e, ainda, que há a possibilidade de serem interpostos o recurso especial e extraordinário, não há como deixar de conceder a ordem’. Naquela ocasião,

entretanto, foi o eminente Ministro vencido no julgamento, decidindo o Pretório Excelso que 'esgotadas as vias impugnativas ordinárias, o decreto de condenação transita em julgado, eis que os recursos eventualmente cabíveis podem ser recebidos, por serem extraordinários, no efeito devolutivo' (rel. Min. Paulo Brossard, j. 22-3-1994).

"De fato, há poucos anos atrás, a jurisprudência era hesitante quanto à possibilidade do segundo grau de jurisdição, ao manter a sentença condenatória, determinar a imediata prisão do réu, se a sentença condicionou o cumprimento da pena ao trânsito em julgado e não houve recurso da acusação.

"Registra-se, nesse tocante, elucidativo pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 25.328/MG, de relatoria do Min. José Arnaldo da Fonseca:

'A questão versada neste *writ* consiste em definir se é lícito ao Tribunal de Justiça, quando da negativa de provimento à apelação do réu, determinar automaticamente a expedição de mandado de prisão contra o mesmo, a despeito de a sentença ter-lhe assegurado expressamente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

'Na assentada de 7 de novembro de 2000, na qualidade de Relator do HC n. 13.378/SP, versando hipótese muito semelhante à presente, proferi voto concedendo a ordem para suspender o mandado de prisão expedido contra o então paciente até o trânsito em julgado da condenação,

como proclamado na sentença de primeiro grau. Na ocasião, consignei em meu voto ser pacífico o entendimento de que os recursos de índole extraordinária – especial e extraordinário – não têm efeito suspensivo, e, por essa razão não impedem a execução da sentença condenatória e, por conseguinte, a prisão do condenado. Nada obstante – advertindo se tratar de matéria bastante controvertida na jurisprudência, inclusive no âmbito desta Corte – asseverei que, se a sentença condenatória condiciona expressamente, a expedição de mandado de prisão ao trânsito em julgado da condenação, e não sendo essa parte da sentença objeto de recurso da acusação, torna-se ela imutável, eis que alcançada pela preclusão. Daí não poder o Tribunal de Justiça, quando da negativa de provimento a recurso interposto somente pela Defesa, determinar automaticamente a expedição de mandado de prisão contra o mesmo' (j. 17-6-2003).

"Atualmente, entretanto, firmou-se a jurisprudência no sentido de que a condenação em segundo grau de jurisdição possui eficácia imediata, não se vinculando o cumprimento do acórdão ao dispositivo da sentença de primeiro grau. Como assentado pelo enunciado da Súmula 267 do STJ, de 25 de fevereiro de 2002, 'a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão'.

"Nesse sentido, colhem-se inúmeros pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça:

‘É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrictão do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada’ (HC n. 29.724/PE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3-2-2004).

‘II — Em princípio, o recurso especial contra *decisum* de segundo grau não tem efeito suspensivo (precedentes do Pretório Excelso e do STJ). III — A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão (Enunciado n. 267 da Súmula do STJ)’ (HC n. 29.354/PA, rel. Min. Felix Fischer, j. 16-12-2003).

‘Tanto o recurso especial, quanto o extraordinário, não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a sua eventual interposição não tem o condão de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra os réus, para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STF e do STJ. Eventual limitação, fixada em 1º grau de jurisdição, não vincula o Tribunal no tocante à expedição de mandado de prisão. Precedentes da Turma. A prisão atacada constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando de qualquer violação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Ordem denegada’ (HC n. 24.787/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 2-10-2003).

“No mesmo esteio, colhe-se pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

‘*Habeas corpus*. 2. Decisão condenatória. Determinação de imediata prisão do condenado. 3. Princípio da presunção de inocência. Art. 5º, LVII, da Constituição Federal. 4. Não possuindo os recursos de natureza extraordinária efeito suspensivo do julgado condenatório, não fere o princípio de presunção de inocência a determinação de expedição do mandado de prisão do condenado. Precedentes. 5. *Habeas corpus* indeferido’ (HC n. 81685/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. 26-3-2002).

‘O benefício de recorrer em liberdade não tem aplicabilidade relativamente aos recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, o que não ofende a presunção de não-culpabilidade inscrita no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Precedentes’ (HC n. 81347/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. 1º-4-2003).

Tem-se, pois, por devidamente fundamentado este ponto da decisão, ressaltando-se que o julgador não é obrigado a responder a todas as alegações das partes, bastando que exponha os motivos por que chegou a seu convencimento. Como bem acentuou o Min. Carlos Velloso, “decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional” (AgRAI 448249/DF, j. 18-11-2003).

2.3. Quanto à suposta omissão no decisório, na passagem em que se rejeitou a alegação de ilegalidade grosseira do acórdão recorrido, subli-

nha-se que não compete à Segunda Vice-Presidência, quando da apreciação de liminar em medida cautelar incidental a recurso extraordinário, reapreciar o mérito da lide.

Não se exige, nos fundamentos de decisão liminar proferida em tutela de urgência, que se proceda a longa incursão no mérito da causa, ante a urgência no provimento, que sucede apreciação sumária da lide.

Em situação análoga já decidiu esta Corte:

“Não se exige, para o deferimento da medida liminar, o exame aprofundado do mérito, já que resultado de cognição sumária” (AI n. 2003.004228-8, de Chapecó, da relatoria do signatário, j. 2-10-2003).

“Em sede de provimento liminar, a análise dos pressupostos para a sua concessão não necessita exaustividade ou aprofundamento na matéria de mérito, bastando trazer a decisão, em seu bojo, os elementos de convencimento do Magistrado” (Ap. Cív. n. 8.506, de Lages, rel. Des. Eder Graf, j. 17-5-1994).

O caso em exame representa situação *sui generis*, pois a decisão embargada apreciou o pedido liminar formulado em medida cautelar incidental a recurso especial, e, portanto, tratou de matéria já examinada pelo Judiciário, em cognição plenária, em primeira e segunda instâncias. Ao denegar a medida cautelar, o *decisum* embargado, declarando indemonstrada a manifesta contrariedade à lei federal, roborou os fundamentos do acórdão combatido.

Nesse contexto, afigura-se de acaciana utilidade que na fundamentação da medida liminar se fizesse novo pronunciamento, no mesmo sentido do acórdão embargado, sobre a preliminar de nulidade da sentença condenatória.

2.4. Como referido na decisão embargada, não se verifica manifesta ilegalidade no acórdão combatido, sendo insubsistente a alegação de nulidade decorrente da suposta contradição nas respostas dos jurados.

2.4.1. Insurge-se o embargante contra a decisão que considerou relativa a nulidade decorrente de contradição nas respostas aos quesitos. De fato, é controvertida, na jurisprudência, a natureza absoluta ou relativa decorrente da contradição nas respostas aos quesitos.

O parágrafo único do art. 564 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948, dispõe que “ocorrerá, ainda, nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão de 16 de março de 1995, pronunciou-se no sentido de que da antinomia entre as respostas dos jurados resulta nulidade absoluta:

“Havendo conflitantes manifestações dos jurados, ocorreu sem dúvida nulidade, que no caso é absoluta por força do art. 564, parágrafo único, do nosso código adjetivo, não havendo necessidade de ser reclamada pela parte” (Ap. Crim. n. 176.544-3/3, rel. Des. Gentil Leite, *in* RT 716/429).

O entendimento encontra consonância com pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os precedentes colacionados pelo recorrente.

A jurisprudência pacífica do STJ, entretanto, reconhece como de natureza relativa a nulidade decorrente da contradição entre os quesitos formulados, prevista pelo mesmo parágrafo único do art. 564 do CPP.

Colhem-se os julgados:

“Tratando-se de nulidade de natureza relativa, eventual irregularidade na formulação de quesitos, no procedimento do Tribunal do Júri, deve ser argüida no momento oportuno, ou seja, após a leitura e explicitação pelo Juiz Presidente, sob pena de reclusão. Precedente do STJ” (HC n. 30267/ES, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 3-2-2004).

“A ausência de protesto no momento oportuno, quanto aos quesitos formulados, como regra, acarretam preclusão (precedentes)” (HC n. 24498/SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 4-3-2004).

“Nulidades porventura permitidas no julgamento pelo Tribunal do Júri devem ser levantadas de imediato, sob pena de ver a discussão precluída nas fases subseqüentes” (HC n. 29333/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 2-3-2004).

O tratamento diferenciado das nulidades previstas pelo mesmo dispositivo legal dá-se em razão de ser concedido ao defensor do acusado a faculdade e o dever de argüir a deficiência na formulação dos quesitos.

No corpo do acórdão do referido HC n. 29233/MG, averbou o eminente relator:

“E aqui entra a viabilidade do remédio heróico: se a defesa entendia pela insuficiência das perguntas, então as questionasse no momento oportuno, ou seja, no instante da sua formulação e promoção ao Conselho de Sentença. Quanto a isso, é inegável o consentimento do defensor, a partir do que se consignou na ata de julgamento, à fl. 16:

‘Obtendo a resposta dos jurados de que estavam habilitados e dispensavam esclarecimentos, o MM. Juiz Presidente leu os quesitos, e, explicando a significação legal de cada um, indagou das partes se tinham requerimentos ou reclamações a fazer. Não houve requerimento ou reclamação’”.

A situação é diversa quando se trata de nulidade advinda da contradição das respostas, uma vez que, logo após proferidas, deverá o magistrado lavrar a sentença (CPP, art. 492), não havendo prévia intimação ao procurador do réu para manifestar a sua eventual irrisignação contra a incoerência das respostas. Dessa feita, somente em sede de apelação será possível alegar-se o suposto vício.

Esse foi também o procedimento seguido no presente processo, extraindo-se da Ata de Sessão de Julgamento, à fl. 428 dos autos:

“Lidos os quesitos, o Presidente, depois de explicar a significação legal de cada um, indagou das partes se tinham requerimentos ou reclamações a fazer. E como fosse negativa a respos-

ta, seguiu-se o julgamento da causa, em sala especial, a portas fechadas, sob a Presidência do Juiz e com a assistência do Promotor de Justiça, Dr. George André Franzoni Gil, dos defensores do acusado Drs. Eloir Araújo de Souza e Sandro Cardoso e dos Oficiais de Justiça, comigo, Técnico Auxiliar. Dadas pelos jurados as devidas respostas aos quesitos, por meio das respectivas cédulas, conforme o termo junto aos autos, e preenchidas as formalidades legais, o Presidente de volta à sala de sessões do Tribunal do Júri, e com a presença do réu perante o Tribunal, publicou sua sentença, condenando o réu à pena de 13 anos de reclusão”.

Dessa feita, seria relevante a argumentação expendida pelo recorrente, caso fosse verificado, que, efetivamente, há contradição nas respostas dos jurados.

2.4.2. No caso em apreço, entretanto, não se verifica a alegada contradição nas respostas aos quesitos, resultando ser de interesse meramente acadêmico discutir-se sobre a natureza absoluta ou relativa da nulidade argüida.

Nos fundamentos do acórdão combatido consignou-se que, a par de preclusa a matéria, não são contraditórias as respostas aos quesitos, sublinhando-se que se trata de quesitos formulados em séries distintas.

No entender do recorrente, há manifesta incompatibilidade entre as respostas dos jurados que, a despeito de considerarem que a depoente não prestou falso testemunho, declararam que o réu não agiu em legítima defe-

sa. Daí conclui falecer de nulidade absoluta o julgamento.

A resposta ao primeiro dos referidos quesitos, entretanto, nada mais diz senão que, no entender da maioria dos jurados, a depoente não prestou falso testemunho, sendo falaciosa a conclusão de que daí adviria, imperiosamente, a necessidade de se reconhecer que o réu agira em legítima defesa.

A apreciação da fiabilidade das palavras de uma testemunha, pelos membros do Conselho, depende de uma série de outras indagações que não, simplesmente, a boa-fé da depoente. Ainda que convicta a testemunha na veracidade da sua interpretação dos fatos, o Conselho não é obrigado a segui-la em todas as suas conclusões.

A firmeza ou a hesitação na fala, a clareza ou a confusão, a consistência ou a incoerência, a completude ou a lacunosidade na exposição dos fatos, tudo será avaliado pelo jurado, que, além disso, deverá sopesar o valor da prova diante de todo o conjunto probatório apresentado pela defesa e pela acusação. Todos esses elementos irão compor o quadro dentro do qual os jurados devem construir o seu convencimento. Daí afirmar-se que, “como qualquer outro meio de prova, a testemunha é relativa” (Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 3, p. 297).

Além disso, analisando-se a questão sob o prisma formal, trata-se de respostas a quesitos em séries distintas, em que a jurisprudência mostra extremada reserva em admitir a possi-

bilidade da existência de contradição nas respostas.

Na fundamentação do *decisum* profligado, registrou-se:

“Além do mais, ‘não ocorre contradição na resposta aos quesitos, quando as séries são distintas, para situações distintas’ (TJPR – AP – Rel. Mattos Guedes – RT 525/399)’ (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Lúria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Martins, Sérgio Mazina e Bicudo, Tatiana Viggiani, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2.524)” (fl. 504).

No mesmo sentido, colhem-se precedentes desta Corte:

“Não existe nulidade decorrente de contradição entre as respostas dos jurados manifestadas em séries distintas, sendo perfeitamente viável que o Conselho de Sentença adote decisão diferente para cada um dos co-réus” (Ap. Crim. n. 2002.012109-1, de Canoinhas, rel. Des. Carstens Köhler, 30-3-2004).

“A contradição nas respostas a quesitos só pode ser detectada quando emergente em uma mesma série, referente à mesma tese ou à matéria inconciliável” (Ap. Crim. n. 2000.003535-1, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 2-5-2000).

O Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes, decidiu:

“A afirmativa de uma série de quesitos e a negativa de outra não implica em nulidade” (REsp n. 34723/PR, rel. Min. Jesus da Costa Lima, j. 18-8-1993).

“A ausência de resposta a quesito referente à falsidade de uma testemunha, ainda mais quando se trata do último da relação, por em não influir na verdade da causa, não enseja nulidade do feito” (HC n. 20221/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15-10-2002).

Dessa feita, não se vislumbra interesse jurídico na discussão concernente à natureza absoluta ou relativa da nulidade aventada, ante a insubsistência da alegada contradição nas respostas aos quesitos. Conforme asseverou o Des. Sérgio Roberto Basch Luz, “o sistema processual penal brasileiro, como anotado na Exposição de Motivos ao CPP, não deixa ‘respiradouro ao frívolo curialismo que se compraz em espolhar nulidades’, porque consagra o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa” (Ap. Crim. n. 2002.011518-0, de Fraiburgo, j. 22-10-2002).

Nesse contexto, não merecem os presentes embargos a almejada atribuição de efeito suspensivo pelos motivos já expostos nos fundamentos da decisão embargada.

3. Por todo o exposto, rejeitam-se os embargos.

Intime-se.

Florianópolis, 13 de maio de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2000.019448-4/0002, DE TIJUCAS**Embargante: Nova Belluno Importação, Acessórios e Equipamentos para Indústria Cerâmica Ltda.****Advogados: Dr. Júlio Guilherme Müller e outro****Embargado: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A.****Advogado: Dr. Fabio Emanuel Iser de Meirelles****Despacho**

1. Nova Belluno Importação, Acessórios e Equipamentos para Indústria Cerâmica Ltda., com amparo no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial contra decisão da antiga Terceira Câmara Civil que, apreciando apelação cível em sede de ação de busca e apreensão decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Suscitou divergência jurisprudencial quanto às matérias objeto de contestação no procedimento do Decreto-Lei n. 911/69.

Devidamente intimado, o recorrido deixou de apresentar suas contra-razões.

Em juízo de admissibilidade, o eminente Des. Newton Trisotto, aplicando a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça, não admitiu o recurso especial, entendendo cabíveis embargos infringentes, considerada a data do julgamento do acórdão, anterior à vigência da Lei n. 10.352/01.

Foram opostos embargos de declaração, pleiteando a aplicação do art. 1.211 do CPC.

2. Inicialmente, necessário dirimir algumas questões que ora se apresentam.

A apelação foi julgada em sessão da extinta Terceira Câmara Civil realizada em 20-11-2001.

A seu turno, a Lei n. 10.352 de 26-12-2001 entrou em vigor três meses depois, portanto, em 26-3-2001.

No entanto, o acórdão somente foi publicado no Diário da Justiça em 19-2-2003.

De fato, merecem ser acolhidos os embargos de declaração. Considerando a nova redação do art. 530, não caberiam embargos infringentes após a publicação do acórdão que julgou a apelação, uma vez que não houve reforma da sentença de mérito.

Corroborando esse entendimento, colhe-se brilhante precedente do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“Processo civil. Direito intertemporal. Matéria recursal. Lei n. 10.352/2001. Alteração do art. 530, CPC. Acórdão publicado antes da vigência da nova lei. Cabimento dos embargos infringentes. Doutrina. Prece-

dentes. Recurso acolhido” (REsp n. 513.885/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ de 1º-7-03).

Do corpo da decisão, extra-se:

“Em matéria processual, o princípio norteador do direito intertemporal, como regra, é o da aplicação imediata das leis, consoante prevê o art. 1.211 do Código de Processo Civil, salvo expressa disposição legal.

“Tratando-se de matéria recursal, no entanto, rege-se a matéria pela aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da decisão, à exceção de alteração de ordem constitucional.

“Barbosa Moreira, a respeito do tema, assinala:

‘Pode acontecer que, na pendência do processo, lei nova modifique o sistema de recursos, quer para facultar algum contra decisão até aí irrecorrível, quer para suprimir recurso existente, quer para alterar-lhe os requisitos de admissibilidade ou os efeitos. O princípio fundamental, na matéria, é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que foi publicada a decisão: a norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os respectivos efeitos já produzidos antes de sua vigência.

‘À luz desse princípio, rigorosamente aplicado, se a lei nova concedeu recurso que não cabia, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que, ao entrar aquela em vigor, ainda não tenha decorrido lapso de tempo equivalente ao prazo de interposição por ela fixado.

‘Se a lei nova suprimiu recurso existente, subsiste a interponibilidade em relação às decisões que, pela lei anterior, podiam ser impugnadas pelo recurso suprimido, até o termo final do respectivo prazo, ou até que ocorra, eventualmente, outra causa de inadmissibilidade; *a fortiori*, têm de ser processados e julgados os recursos já interpostos na data em que a nova lei começou a vigor.

‘Se o recurso cabível era um, e passou a ser outro, continua interponível aquele que o era antes de entrar em vigor a lei nova; e o recurso antigo porventura já interposto processa-se e julga-se como tal’ (Comentários, Forense, 10ª ed., n. 150, p. 269).

[...]

“Ademais, não se deve confundir incidência imediata de leis processuais, de natureza recursal procedimental, com a regra segundo a qual o recurso próprio é o existente à época em que publicada a decisão, como acentuaram, entre outros, Roubier e Galeno, este citando aquele em seu belo estudo ‘O novo direito processual civil e os feitos pendentes’, Forense, 1974. Se não se suprimiu o recurso, não há razão para que prevaleçam as regras anteriores do seu procedimento. Daí a justificativa da sustação dos recursos interpostos, mesmo que já admitidos, devendo os mesmos ficar apensados aos autos da ‘causa’, na instância de sua competência (Direito e Justiça – Suplemento do Correio Braziliense, 22-2-99).

[...]

“E a Quarta Turma, quando do julgamento do REsp n. 472.565/MS

(DJ 31-3-2003), relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ementou:

‘Embargos infringentes. Lei nova. Requisito de admissibilidade. Acórdão não unânime que mantém a sentença.

‘— A lei que rege o recurso é a vigente ao tempo em que publicado o ato recorrível.

‘— Não se aplica a lei nova aos embargos infringentes opostos na vigência da lei velha, os quais não tinham como requisito de admissibilidade haver o acórdão não unânime reformado a sentença de mérito, em grau de apelação. Por isso, deve ser processado o recurso de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, manteve a sentença.

‘— Art. 530 do CPC. Lei n. 10.352, de 26-12-01.

‘Recurso conhecido e provido’”.

Acolhidos os embargos de declaração e presentes os pressupostos para a interposição do recurso especial, passa-se à análise de sua admissibilidade.

O reclamo especial merece ascender à Corte Superior no que concerne à alegada divergência jurisprudencial, prevista na alínea c, inc. III,

do art. 105 da CF, uma vez satisfeitos os requisitos constitucionais de admissibilidade, além daqueles arrolados nos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o reclamo foi interposto à vista de decisão proferida em última instância, bem como se constata o necessário cotejo analítico entre a interpretação objurgada e aquela espousada por outro tribunal, comprovado o dissídio jurisprudencial por meio de cópia autenticada do acórdão apontado conflitante.

No caso concreto, o recorrente alcançou demonstrar a divergência de entendimentos no tocante às matérias objeto de contestação no procedimento do Decreto-Lei n. 911/69.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento aos embargos de declaração e admite-se o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional.

Intime-se.

Florianópolis, 26 de maio de 2004.

Pedro Manoel Abreu,
2º Vice-Presidente.

**TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2004.023008-7, DE BLUMENAU

Relator: Des. Silveira Lenzi

Despacho

João Peixer interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, em razão da decisão de fl. 30, proferida nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de Cláusula Contratual Cumulada Com Repetição de Indébito n. 008.04.014381-0, ajuizada contra Brasil Telecom S.A. – Filial Telesc, que indeferiu o pedido de tutela antecipada para suspender a cobrança mensal da “assinatura básica residencial”.

Sustenta o recorrente que: a) a agravada condiciona o pagamento da tarifa intitulada “assinatura básica residencial” à utilização de cem pulsos mensais, o que transgride o Código de Defesa do Consumidor, porquanto tal prática é considerada como “venda casada”, expressamente vedada pelo art. 39 do referido diploma consumerista; b) os pulsos não utilizados são perdidos pelo consumidor, pois não

são repassados, ou compensados, nos meses subseqüentes; c) por se tratar de contrato de adesão, as suas cláusulas devem ser interpretadas favoravelmente ao consumidor.

Requer a concessão do efeito ativo e, ao final, o provimento do recurso.

É o necessário relatório.

Para a concessão da prestação jurisdicional antecipada do recurso, providência excepcional, necessário verificar se há relevância na fundamentação do reclamo e se a decisão agravada poderá ocasionar lesão grave e de difícil reparação, enquanto perdurar a tramitação do agravo instrumentalizado.

Em análise prévia neste momento efetuada, constato relevante a fundamentação apresentada pelo agravante.

Inicialmente, impõe-se observar que inexistem dúvidas de que a relação travada entre o ora recorrente e a empresa agravada, prestadora de serviço de telefonia fixa, é tipicamente de consumo, sendo, desta forma, aplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, as cláusulas do contrato, tipicamente de adesão, devem ser interpretadas em favor do consumidor, consoante o disposto no art. 39 do Código consumerista.

O serviço prestado pela agravada – empresa privada – é fruto da outorga de concessão pelo Poder Público, sendo que a remuneração da concessionária dá-se por meio de tarifa – preço público – estando sua cobrança condicionada à efetiva utilização de um serviço.

No caso em exame, a cobrança da “assinatura básica residencial” obriga o consumidor a pagar um determinado valor sem que, necessariamente, este tenha utilizado o serviço de telefonia, não lhe sendo possível, ainda, ver compensados ou repassados para os meses subseqüentes, os créditos não utilizados em determinado mês.

A imposição de um consumo mínimo para que então seja disponibilizado o serviço de telefonia revela uma prática ilegal e atentatória ao direito do usuário consumidor, mor-

mente quando não há qualquer previsão contratual para a cobrança da referida “assinatura básica residencial”.

Saliento, por oportuno, que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 5.476/01 que visa o alterar a Lei n. 9.472/72, estabelecendo que o consumidor, no serviço de telefonia fixa comutado, que é o caso dos autos, deve pagar, tão-somente, os pulsos e os minutos efetivamente utilizados, sendo vedada a cobrança da “assinatura mensal básica” e a exigência de consumo mínimo.

Acerca do *periculum in mora*, desnecessárias maiores elucubrações, dado o caráter alimentar dos proventos do recorrente, o qual é utilizado para pagar tarifa nitidamente ilegal.

Do exposto, concedo a prestação jurisdicional antecipada pretendida, determinando a suspensão da cobrança da chamada “assinatura mensal básica” nas contas de telefonia fixa comutada do ora agravante.

Cumpra-se o disposto no inc. V do art. 527 do CPC.

Intimem-se.

Após, à redistribuição.

Florianópolis, 31 de agosto de 2004.

Silveira Lenzi,
Relator.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE NOVA LIMA/MG
PROCESSO N. 605/94**

JUIZ DE DIREITO: DR. ÁTILA ANDRADE DE CASTRO

Vistos

O Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais suscitou a presente dúvida alegando, em breve resumo, que lhe foi requerido o registro de uma criança pelo Sr. Fabiano Sales de Menezes, dele constando como pai e como mãe a Sra. Veridiana do Vale Sales Menezes, embora conste como mãe da declaração de nascimento fornecida pelo hospital a Sra. Elizabete das Dores Menezes e Menezes, mãe do requerente. Justifica o requerimento apresentando declarações de médicos que informam ter sido realizada a fertilização *in vitro* do óvulo da Sra. Veridiana por espermatozóide de Fabiano e posterior introdução do embrião no útero da Sra. Elizabete, que gestou a criança até seu nascimento. Recusou-se o Sr. Oficial a realizar o registro na forma pretendida por ausência de previsão legal,

razão pela qual suscitou a presente dúvida.

Intimado, o suscitado apresentou a impugnação de fls. 26 a 31, ratificando o requerimento de registro originalmente apresentado ao oficial suscitante.

Em seguida, o MP requereu a realização de exame de DNA, cujo resultado foi juntado às fls. 39 a 45, em razão do qual apresentou parecer pela improcedência da dúvida formulada.

Este é o breve relatório. Decido.

O inusitado episódio protagonizado pelo suscitado e por seus familiares não encontra paralelo em nossa sociedade. São conhecidos casos de reprodução assistida, mas nenhum que tenha chegado ao meu conheci-

mento que tenha envolvido diretamente a avó paterna como responsável pela gestação da criança.

Historicamente, o ato de dar à luz sempre foi suficiente para que a gestante fosse considerada a mãe biológica, até porque não se conhecia modo de se produzir embriões fora do útero. Tanto é verdade que mesmo o recente Código Civil — de 2002 — prevê em seu art. 1.597 apenas hipóteses de presunção de paternidade, já que, como dito, até então a maternidade era tida como certa. Com a fecundação *in vitro* o paradigma foi definitivamente rompido, criando a possibilidade de a mulher ser mãe — como os homens sempre foram pais — sem o compromisso da gestação.

Como em outras vitórias da ciência, que a princípio deixaram todos estupefatos, também este avanço, reproduzido no caso ora em estudo, exige reflexão de todos e, especialmente do Poder Legislativo, formas de inseri-lo em nosso sistema legal, já que ao Direito não é dada a faculdade de se distanciar do progresso social e científico, mas sempre tendo em conta os valores que a sociedade cultiva e as balizas estabelecidas pelo texto constitucional, evitando que questões dessa natureza sejam tratadas e decididas apenas sob a idiosincrasia e os valores morais e religiosos de um único ser humano — o juiz — a quem foi dado o dever de julgar cada caso, embora deste se espere, em face da lacuna normativa verificada, que imponha tratamento objetivo e solução justa.

Nesse contexto, ao se analisar o fato sob o prisma jurídico, observa-se que não há proibição legal à sua prática, razão pela qual é de ser este tido como permitido, pois não se percebe qualquer violação dos valores morais e sociais, como se constata pelo tratamento que a ele vem dando a imprensa e a comunidade, atentos ao seu desenrolar, sem demonstrar espanto ou repulsa, mas, ao contrário, reconhecendo o espírito altruísta e solidário da avó diante do infortúnio que a natureza quis, sem sucesso, impor ao filho e à nora. Importante esse último aspecto, pois a gestação de substituição só vem sendo admitida nos países onde já foi regulamentada quando a mãe comprovadamente tem incapacidade de gerar naturalmente o filho e desde que a gestante substituta assim o faça por espírito de solidariedade, exatamente como ocorre no presente caso. E parece que também em nosso País o tratamento jurídico será semelhante, conforme se verifica nos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, especialmente aquele citado no parecer do MP.

Sob o prisma científico e biológico, o processo reprodutivo pode ser entendido, em linhas gerais, como a combinação da carga genética dos pais no momento da concepção, que resultará, ao final da gestação, em um ser único, mas que guarda em si características hereditárias dos pais. A filiação natural decorre, portanto, da transmissão de material genético ao descendente, pelo que se recomenda a atribuição da paternidade e da maternidade àqueles que, independentemente da modalidade de concepção,

forneceram voluntariamente o material genético do qual se originou o novo ser. Desse modo, com a certeza extraída do resultado do exame genético de que Fabiano é o pai e Veridiana a mãe, impõe-se a improcedência da dúvida, de forma que o registro reflita a verdade científica e real.

Enfim, como bem acentuado pelo MP, a presente solução, a par de reconhecer e legitimar o progresso científico que resultou na superação do obstáculo natural à reprodução, também representa, quero crer, a melhor solução que dela esperaria, se já pudesse opinar, a própria criança, pois se está fundindo em única pessoa sua mãe intencional, sua mãe legal, sua mãe genética e a mãe que efetivamente exercerá tão sublime papel ao longo de sua vida.

Com esses argumentos, *julgo improcedente a dúvida* suscitada para determinar o registro da criança na forma em que foi requerido, fazendo nele constar como pai Fabiano Sales de Menezes e como mãe Veridiana do Vale Sales Menezes, bem como os nomes dos avós maternos e paternos e demais anotações de praxe.

P.R.I.

Desde já homologo, se requerida, a dispensa do prazo recursal, autorizando, nessa hipótese, a imediata expedição dos mandados necessários.

Nova Lima, 14 de junho de 2004.

Átila Andrade de Castro,
Juiz de Direito

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE TIMBÓ PROCESSO N. 73.01.000131-2

JUIZ DE DIREITO: DR. ROBERTO LEPPER

Vistos, etc.

L. H., brasileiro, solteiro, menor impúbere, representado por sua mãe, L. H. M., brasileira, casada, industrial, ambos residentes e domiciliados na localidade de Rio Ada, no município de Rio dos Cedros—SC, por intermédio de advogado legalmente habilitado, ajuizou a presente ação revisional de alimentos contra M. T., brasileiro, solteiro, gerente, residente e domiciliado em Rio dos Cedros/SC, alegando, em resumo, que nos autos da Ação de Investigação de Paternidade n. 30/89 ficou

reconhecido que o requerido é o pai do autor. Naquele processo ficou convenionado que o réu pagaria alimentos ao filho à ordem de 20% (vinte por cento) do salário mínimo.

Explicou o autor que o valor dos alimentos arbitrados pelo Juízo vem-se mostrando insuficiente para atender às suas necessidades mínimas, especialmente as despesas com educação, tratamentos médicos e odontológicos, além de vestuário e alimentação. Após relacionar seus gastos mensais, o autor requereu a anteci-

pação da tutela, o deferimento do benefício da assistência judiciária, a citação do acionado, produção de provas e a procedência da demanda, justamente para que a pensão alimentícia outrora fixada seja elevada para 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos mensais auferidos pelo alimentante. Valorou a causa em R\$ 1.000,00.

A inicial veio instruída pelos documentos de fls. 9 a 11.

Designada audiência de conciliação, o requerido apresentou contestação, acompanhada de documentos (fls. 18 a 31), sendo dada oportunidade de manifestação à parte contrária (fl. 17).

Na peça contestatória (fls. 18 a 31), o acionado enfatizou que não houve melhora recente na sua situação financeira. Que tem despesas com sua família e está pagando um financiamento para aquisição da casa própria. Que exerce a função de auxiliar administrativo na empresa Relva Confecções Ltda. — ME, recebendo como salário parcos R\$ 250,00 por mês. Considerando que os alimentos foram fixados no limite das possibilidades financeiras do requerido e que, além disso, não houve nenhuma mudança na sua fortuna, o acionado requereu a improcedência da demanda ajuizada.

Na seqüência, o autor requereu a expedição de ofício à Junta Comercial de Santa Catarina — Jucesc a fim de obter fotocópias do contrato social e respectivas alterações, uma vez que pretende provar que o requerido faz parte do quadro societário da empresa Relva Confecções

Ltda.—ME, o que foi deferido no despacho de fl. 36.

Deferida a produção de prova oral (fl. 56), na audiência de instrução e julgamento foram colhidos os depoimentos da representante legal do autor e também do requerido, bem como ouvidas as testemunhas M. R. A. (fl. 65), A. C. (fl. 66), S. Z. F. (fl. 67) e V. J. T. (fl. 68).

As alegações finais do autor constam dos autos às fls. 69 a 73 e as do requerido às fls. 74 a 83.

Auscultada, a ilustre representante do Ministério Público opinou pela procedência parcial do reclamo inicial (fls. 85 a 87).

Esse é o relatório.

Decido

A dicção do artigo 15 da Lei n. 5.478/68 é a seguinte:

“A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

Com efeito, “a sentença que estipula alimentos não constitui coisa julgada e, conseqüentemente, pode ser revista a qualquer tempo, porquanto ‘Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo’ (CC, art. 401)” (TJSC — Apelação Cível n. 96.007805-3, de Videira, rel. Des. Francisco Borges, j. em 31-3-97).

Em se tratando de fixação de pensão alimentícia, os pressupostos norteadores encontram-se delimitados no artigo 400 do Código Civil, haja vista que o balizamento na quantificação das verbas alimentares tem como marcos o binômio da necessidade de quem os reclama e a possibilidade de quem os paga. Dessa forma, conforme salienta Silvio Rodrigues, “a regra é vaga e representa apenas um *standard* jurídico. Assim, abre ao juiz um extenso campo de ação, capaz de possibilitar o enquadramento dos mais variados casos individuais” (*in* Direito de Família, vol. 6, 4ª ed., p. 358 e 359, Ed. Saraiva).

O mesmo raciocínio vale também para os pleitos revisionais, seja para majorar, seja para minorar a verba alimentar já fixada.

Objetivamente, Yussef Said Cahali professa que “para que seja acolhido o pedido de revisão, deve ser provada a modificação das condições econômicas dos interessados. Na revisão, subsiste o princípio da proporcionalidade do art. 400 do CC, de tal modo que o alimentando deve provar não só a necessidade de ser a pensão aumentada, como também que o alimentante tem condições de suportar o seu aumento. [...] As hipóteses previstas no art. 401 do CC são alternativas e não concomitantes, bastando a prova de uma delas para justificar o pedido de revisão; assim, se, após a sentença, os recursos do alimentante aumentam, criando-se desproporção considerável entre a pensão que ele presta ao cônjuge ou ao parente, e a fortuna que frui,

eleva-se a quantia anteriormente fixada, como se faria se ao alimentário somente agora se reclamasse alimentos” (*in* Dos Alimentos, Revista dos Tribunais, 1985, 2ª edição, p. 591).

No que concerne à mutabilidade do *quantum* da pensão alimentícia, Washington de Barros Monteiro é enfático ao anotar que “não é inalterável o *quantum* da pensão alimentícia fixada pelo juiz na ação ordinária de alimentos. Referido *quantum* é arbitrado depois de convenientemente sopesadas as necessidades do alimentado e a idoneidade financeira do alimentante, circunstâncias eminentemente variáveis no tempo e no espaço. De pleno direito, o julgamento proferido submete-se à condição de que os dados permaneçam no mesmo estado, *rebus sic stantibus*” (*in* Curso de Direito Civil, 2º vol., 34ª ed., p. 290, Saraiva, São Paulo, 1994).

A propósito, as disposições dos artigos 400 e 401 do Código Civil são alternativas e não concomitantes, bastando a prova da ocorrência de uma delas para viabilizar o pedido de revisão (precedentes do STF, *in* RTJ 96/1.274, 48/698).

“O valor fixado a título de alimentos pode ser revisto a qualquer momento, no entanto, devem ser levadas em consideração as necessidades do alimentando e as possibilidades econômico-financeiras do alimentante, assim como as particularidades que a situação concreta apresenta” (TJSC — Ap. Cív. n. 2001.004881-7, de Concórdia, 1ª CC, rel. Des. Ruy Pedro Schneider, julgada em 22-5-2001).

É intuitivo que o aumento da verba alimentar, livremente convencionado entre as partes, somente pode ser deferido com supedâneo em prova consistente.

Ao contrário do que alega o acionado, os documentos de fls. 40 a 44 provam que o requerido é mesmo sócio da empresa Relva Confecções Ltda. — ME, o que me induz a acreditar que seus ganhos sejam significativamente superiores aos minguados R\$ 250,00 que ele diz receber mensalmente como auxiliar administrativo da referida empresa. Esse valor é quase o que ganha uma costureira que trabalha na mencionada confecção. Se o autor recebesse por mês o que declarou ser a sua renda, nem sequer poderia pagar os R\$ 208,00 mensais referentes à prestação do financiamento da casa própria que ele afirmou manter.

É claro que o fato de o requerido figurar como sócio minoritário (1% das cotas do capital social) da já referida pessoa jurídica não passa de um artifício para tentar passar uma imagem distorcida da realidade, com o propósito de eclipsar a sua verdadeira capacidade financeira, cujo elemento é vital para a quantificação dos alimentos. O requerido sabe muito bem que quanto menor a renda comprovada menor será a verba alimentar fixada em prol do filho.

Como o juiz não é um autônomo acéfalo, tendo a necessária experiência do cotidiano, do pai de família, do homem que paga suas contas, que vai ao supermercado, que desfruta de momentos de lazer, é perfeitamente

capaz de pinçar do plexo probatório as verdades que brotam dos entremeios dos fatos mais vistosos. Tem o juiz uma idéia precisa das necessidades de uma criança ou de um adolescente, do custo da educação fundamental e superior, do que eles precisam ou gostam de vestir, do que os jovens buscam em suas tribos, do que consomem na fase de crescimento. Tem o magistrado uma noção do que percebe um grande e um modesto empresário e pode visualizar a extensão do risco de cada um. E o que é do conhecimento comum se presume e, por isso mesmo, dispensa a produção de provas suplementares. Com toda certeza ninguém manteria em atividade uma empresa, com todos os riscos que lhe são inerentes, para contentar-se em ganhar apenas R\$ 250,00 mensais, pois, se assim fosse, trabalharia como empregado, ganhando mais e neutralizando a possibilidade de ser engolido num revés.

“Na ausência de outros elementos de prova, os sinais exteriores de riqueza e o padrão de vida do alimentante podem e devem ser considerados quando da fixação do valor dos alimentos” (TJSC — Apelação Cível n. 42.757, de São José, rel. Des. Newton Trisotto, ac. unân. da Terceira Câmara Civil, publ. no DJSC de 13-6-95, p. 5).

Outro sinal evidente da estável situação econômica do réu é o fato de ele circular, nas ruas da cidade onde mora, com um automóvel GM/Monza, veículo que, no passado, já foi objeto do desejo de consumo de grande parte da classe média brasileira, mas que ainda hoje, apesar de ultrapassado,

pode ser considerado um carro confortável. Também não é dos mais econômicos quando o assunto é consumo de combustível, mormente em tempos de difusão mercadológica dos carros populares, que apresentam autonomia quase inacreditável há alguns anos. Quem transita com um automóvel possante, que prima pelo conforto e desempenho, não deve estar demasiadamente preocupado quando fica frente a frente com uma bomba de combustível.

A prova oral complementar também sugere que a empresa da qual o requerido é sócio com a mulher é modesta, com apenas dez ou doze empregados, o que me leva a concluir que o réu não é uma pessoa abastada, que pode dar festas requintadas ou mesmo tomar com regularidade um legítimo *scotch* como seus concorrentes mais bem-sucedidos e suas mulheres emergentes, mas um esforçado empreendedor, num mercado (têxtil) nem sempre muito constante, mas extremamente competitivo.

O simples fato de possuir mais filhos, ou mesmo ter constituído uma nova unidade familiar, em nada modifica a obrigação de prover o sustento de todos os que dele dependam para viver, *em igualdade de condições*, pois a paternidade traz consigo responsabilidades das quais não pode o requerido pretender distanciar-se.

Nas ações de alimentos, inserindo-se, nesse contexto, também as revisionais, as sentenças são de índole dispositiva ou determinativa, nas quais o juiz pode decidir conforme as

circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, sendo perceptível o descompasso entre o que ganha o alimentante (modesto, porém próspero, empresário do ramo têxtil) e o que necessita o adolescente L. para viver com dignidade (que recebe do pai um auxílio financeiro de apenas vinte por cento do salário mínimo, que hoje representam irrisórios R\$ 48,00), mostrando o tratamento desigual entre o que o autor recebe do pai e o que certamente recebem os outros dois filhos do requerido, hei por bem elevar o valor dos alimentos para o patamar de 1 (um) salário mínimo por mês, que, penso, está melhor contextualizado dentro do binômio possibilidade/necessidades que dita as diretrizes da quantificação da obrigação alimentar.

A respeito do assunto, apanha-se da jurisprudência:

“Revelando os elementos fáticos existentes nos autos que os alimentos vigorantes apresentam evidente desacordo com as necessidades de quem os recebe e com as possibilidades do pagador, integrados encontram-se os suportes essenciais à adequação da verba alimentar à nova realidade detectada” (TJSC — Apelação Cível n. 97.008027-1, de São José, 1ª CC, rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 30-9-97).

Diante do exposto, julgo procedente, em parte, o pedido veiculado nesta ação revisional de alimentos que L. H. promove contra M. T., e, em conseqüência, condeno o vencido a pagar ao autor, a título de alimentos, a quantia mensal correspondente a 1 (um) salário mínimo, devidos a partir

da citação, posto que “a sentença que concede alimentos tem efeitos *ex tunc*, como ensina Savigny (Traité, 6º, § 244), e com isso não se estará concedendo alimentos pretéritos, pois como tal só podem ser considerados aqueles anteriores à inicial da ação” (Yussef Said Cahali, *in* Dos Alimentos, 3ª ed., São Paulo, RT,1998, p. 858).

Condeno o requerido ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. Contudo, “fica sobrestada pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50, a condenação ao pagamento de custas judiciais e honorários de advogado pelo beneficiário da assistência judiciária gratuita, extinguin-

do-se a partir de então, caso no decorrer deste lapso temporal não seja comprovada pela parte vencedora mudança na situação econômica do vencido” (TJSC — Apelação Cível n. 2000.004939-5, de Orleans, 3ª CC, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 27-6-2000; *idem*: REsp n. 227.114/RN, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9-11-99).

Custas na forma da lei.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Timbó, 25 de abril de 2003.

Roberto Lepper,
Juiz de Direito.

JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DA CAPITAL PROCESSO N. 23.00.043981-1

JUIZ DE DIREITO: DR. RODRIGO ANTÔNIO DA CUNHA

Vistos, etc.

Álvaro Danton Bertoli, qualificado nos autos, e por advogado constituído, aforou, perante este Juízo, “ação ordinária de indenização” (*sic*) contra Ézio Giannino Librizzi, também qualificado na exordial, aduzindo, em resumo, que este, por não se conformar com o fato de estar o autor a manter relacionamento amoroso com Suzana Vitória, sua “ex-mulher” e de quem estaria separado, após realizar inúmeras ligações telefônicas para ela, ofendendo a moral e a honra do autor, por estar aquele mantendo querela

judicial com sua “ex-mulher”, e, no afã de investigar a vida desta, veio a contratar os serviços de “detetive particular” que, segundo assevera, teria passado a “vigiar” todos os passos do autor, fotografados e filmados, violando sua intimidade e sua vida privada, e que lhe teria causado apreensão e angústia ao descobrir que estava tendo seus passos vigiados pelo requerido, que, assim procedendo, “utilizou-se indevidamente da imagem do autor e da sua posição social para obter vantagem processual na querela judicial,

mantida com a ex-mulher, onde discutem altos valores patrimoniais, o que o autor nada tem a ver” (*sic*).

Após discorrer, longamente, sobre a violação aos princípios contidos no art. 5º, V e X, da Constituição Federal e, ainda mais, ao direito que lhe é assegurado pelo art. 159 do Código Civil, a reparação do dano decorrente da prática do ato ilícito imputável ao requerido, trouxe à colação ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais que dariam sustentação à demanda instaurada e sugerindo “que o dano moral seja arbitrado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), principalmente ante a inegável capacidade econômica do requerido e da condição econômica e social do autor [...]” (*sic*). Pleiteia a produção de todo o gênero de provas admitidas em direito, inclusive a requisição de uma fita de vídeo que integra demanda diversa, em tramitação perante a 2ª Vara de Família desta Comarca, findando por pugnar pela procedência da ação, “com a condenação do requerido ao pagamento da indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ou o valor que Vossa Excelência entender cabível, acrescido de juros legais e correção monetária” (*sic*), bem como pelos ônus da sucumbência, conferindo ao acionamento o valor de R\$ 200.000,00 e instruindo a exordial com inúmeros documentos (fls. 2 a 74).

Citado (fl. 78), ofertou o requerido sua contestação, instruída com diversos documentos (fls. 82 a 118), dando conta, primeiramente, que a propalada “investigação” teria sido

levada a efeito por um período de somente dois dias e destinada, exclusivamente, a fazer prova do comportamento público adotado por Suzana Vitória que, em demanda tramitando em segredo de justiça, estaria a pleitear a concessão de alimentos provisionais por parte do requerido, ao argumento de haver mantido com ele “união estável”, que viria a ser objeto, posteriormente, da *actio principalis* a ser proposta, não havendo, dessa forma, violação aos direitos do autor e, por conseguinte, danos passíveis de reparação. Propugnou, assim, pela improcedência da ação, com a condenação daquele nas cominações de estilo.

Na dilação que lhe foi assinada, retorna o autor aos autos para impugnar, integralmente, os termos da contestação ofertada (fls. 121 a 126), ratificando a argumentação já aduzida na vestibular, não mais “sugerindo”, contudo, mas, sim, estipulando, dessa feita, expressamente, o *quantum* indenizatório que almeja haver do demandado ao aduzir, sem rodeios que “*Rebatidos os fatos alinhavados na contestação, o autor vem requerer a total procedência da presente ação, condenando-se o contestante ao pagamento da indenização pleiteada na inicial no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)*” (*sic*), fl. 125, grifei).

Tratando a questão de mérito de matéria exclusivamente de direito, tornando de todo despicie da produção de provas em audiência, procedo o julgamento antecipado da lide, no estado em que se encontra, nos precisos termos do enunciado do

art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Em breve escorço, o relatório.

Decido

Versam os presentes autos de pleito indenizatório decorrente de ato reputado ilícito, alicerçado nos ditames contidos no art. 5º, V e X, da Constituição Federal c/c o art. 159 do Código Civil então em vigor, pela qual pretende o autor haver do requerido, à guisa de indenização por danos morais, o montante, primeiramente “sugerido” e, ao depois, estipulado expressamente de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), por haver procedido a investigação particular por meio de terceiros, para não só relatar toda a movimentação e atividades executadas pelo autor como também para filmá-lo e fotografá-lo durante tais investigações, sem que fosse de seu conhecimento, o que importaria em violação ao seu direito à privacidade, intimidade e à imagem.

Não se olvida, absolutamente, que por força do enunciado do art. 5º, V e X, a Carta Magna, dentre os direitos e garantias individuais, erigiu, à condição de princípio, a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando-lhes, desde logo, o direito de haver de todo aquele que vier a violar tais princípios a correspondente indenização pelo dano material ou moral causado.

Proemialmente, há de registrar desde logo, posto de todo reprovável, tanto sob o aspecto ético, quanto sob o moral e o legal, que o autor veio a residir em Juízo, valendo-se, para tanto,

de peças extraídas de demanda alimantar, promovida por sua atual “namorada” de nome Suzana, contra o ora requerido que, estando a tramitar perante a 2ª Vara de Família desta Comarca, por sua própria natureza (art. 155, II, CPC), encontra-se acobertada por “segredo de Justiça”, gravando-se, dessa forma, sendo de extrema ilicitude, por parte do autor (e de seu patrono), que não figura como parte naqueles autos, não só a extração de cópia ou de qualquer documento que os integram, como também, e o que é pior, a ampla publicidade que já agora está a dar a estes, posto que não há qualquer óbice legal ao acesso de terceiros aos autos e, por conseguinte, a toda documentação a eles encartada, fato este de extrema gravidade, mormente quando já assentado na jurisprudência pátria que “A violação do dever de sigilo de determinadas ações (artigo 155, II, do Código de Processo Civil) sujeita o infrator às sanções civis e penais do prejuízo da publicidade [...]” (TJSP — AI 132.796-4 — São Paulo — 3ª CDPriv. — Rel. Des. Ênio Zuliani — j. 14-12-1999 — v.u.).

Feita esta breve, porém necessária, digressão acerca da ilegal publicidade dada a fatos constantes de autos que, tal qual já acentuado anteriormente, tramitam em segredo de Justiça para o qual, obviamente, contou o autor com o prestimoso auxílio de sua “namorada” e do patrono por ela constituído para a retirada daqueles autos do cartório, e posterior extração de cópias dos documentos que lhes interessavam. Cotejando-se atentamente a farta documentação carreada aos

presentes autos, aos quais já aportaram peças também trasladadas daqueles autos de Alimentos Provisionais, dessa feita pelo requerido que, entretanto, ostenta a condição de parte demandada no pleito alimentar em comento. Dessome-se de todo o processado que, ao contrário do que se procura apregoar na peça póstica, o requerido, indubitavelmente, ao ser demandado pela atual “namorada” do autor, em medida cautelar de alimentos, dita como preparatória de uma futura ação destinada não só ao reconhecimento como também à extinção de sociedade de fato, derivada de união estável que asseverou ela haver mantido com o requerido, no afã precípua de exercer sua defesa, veio a contratar os serviços de terceiros para a realização de investigação minuciosa sobre o comportamento público daquela com quem, confessadamente, manteve outrora um “relacionamento aberto” e que, já estava e, ao que tudo indica, está a demandá-lo, fato que imerece descurado ou ignorado, pois necessário ao desenvolvimento de toda a exposição subsequente.

Logo, a tão decantada “investigação”, levada a efeito por “detetives particulares”, contratados para tanto pelo requerido tinha e teve como objetivo único apurar o comportamento daquela (=Suzana Vitória) que estava e está a demandá-lo judicialmente, almejando a fixação de verba alimentar em seu favor por conta de uma alegada “união estável” que assevera haver mantido com ele que, inadmitindo-a peremptoriamente, e visando a exercer plenamente o direito de defesa, que também lhe é assegurado pela

Carta Magna em seu art. 5º, LV, pretendia valer-se, como se valeu, dos resultados colhidos ao longo de um curto período em que durou a referida “investigação”, resultados estes que, repete-se uma vez mais, foram levados ao interior de processo que estava e ainda está a tramitar em “segredo de Justiça”, se já gora estão a ser trazidos ao conhecimento público, deve-se, tão-somente ao próprio autor que, confessadamente (fl. 3), “há aproximadamente cinco meses atrás” (*sic*) teria iniciado um “namoro” com aquela que está a litigar com o requerido!

Tal “investigação”, destinada a fazer prova da defesa de quem ostenta a qualidade da parte demandada, em processo judicial “sigiloso” por sua própria natureza, imerece ser tida como torpe e, muito menos, ilícita, pois, sabidamente, não há no ordenamento jurídico pátrio nenhuma norma ou preceito legal que proibam o acompanhamento de quem quer que seja em vias públicas ou locais abertos ao público em geral.

Ademais, por maior que se apresente a irrisignação demonstrada pelo autor, e ao contrário do que procura fazer crer, a verdade é que, não era ele a pessoa destinatária da “investigação”, mas, sim, Suzana, com quem estaria “namorando” há 5 (cinco) meses, ou seja, desde o mês de fevereiro de 2000, pois fotografado em companhia dela em 7-7-2000, portanto, 3 meses antes de vir esta a manejar seu pleito alimentar (24-5-2000, fl. 96), ao qual fez cumular pedido de separação de corpos (?).

Assim, partindo-se de tais premissas, quais sejam, a de que a finali-

dade única da “investigação” era a de demonstrar a inveracidade das assertivas formuladas naqueles autos pela demandante/alimentanda Suzana e, mais ainda, os deslizes comportamentais em sua forma de proceder. A participação do autor, tanto no “relatório da investigação” quanto nos flagrantes fotográficos, presta-se a erigi-lo à condição não de investigado ou “ator principal” do procedimento investigativo, posição esta destinada à sua “namorada”, mas, sim, à de mero “coadjuvante” ou, quando muito, de um simples “figurante” desbordando, além mais, ao puro delírio, tenha a tão decantada “investigação” importado em qualquer violação à sua privacidade e/ou intimidade.

Tal se diz porquanto, segundo qualquer filólogo, dentre os quais o pranteado mestre Aurélio, os substantivos privacidade e intimidade, conceitualmente análogos, prestam-se a adjetivar as qualidades de “privado” e “íntimo” de tudo aquilo que ocorre ou atua no interior de alguém ou de algum lugar, constituindo-se, dessa forma, em antônimos do adjetivo “público”, que designa o que é conhecido de todos; manifesto; notório ou, ainda, que se realiza em presença de testemunhas, em público; não secreto!

Ora, se todo o conteúdo do “relatório” investigativo, da mesma forma que os flagrantes fotográficos, circunscrevem-se a fatos ou atos praticados pela investigada e seu “namorado”, o ora autor e coadjuvante, não no recôndito de um lar ou em local outro privado, mas, sim, em plena via pública ou estabelecimentos abertos e freqüentados ir-restritamente pelo público em geral, por-

tanto, na presença de todos, não há falar ou sequer cogitar em violação da privacidade e, muito menos, da intimidade, seja do autor/coadjuvante, seja de sua “namorada”/investigada, mas, sim, e tão-somente, em inúmeras das situações retratadas em flagrantes fotográficos, senão de puro exibicionismo, ao menos de uma inusitada carência de compostura por parte de ambos ao encenarem e dar vazão, em público e à vista de todos, a “tórridos” arroubos de paixão juvenil!

No tocante à propalada violação à imagem da qual, segundo o autor, estaria o requerido a se valer para tirar proveito processual, deve-se esclarecer, desde logo, que a expressão “imagem”, contida no texto constitucional, transcende, em muito, à simplista noção da imagem física e/ou fisionômica de alguém, reproduzida por meio mecânico, eletrônico ou humano, dizendo respeito, isso sim, ao bom conceito desfrutado por alguém em seu meio social.

Dessa forma, limitando-se a investigação patrocinada pelo requerido a captar as imagens fisionômicas, tanto do autor, quanto de sua “namorada”/investigada e, mesmo admitindo-se, *ad argumentandum tantum*, por “sugestão” do próprio autor, pudesse, em tese, vir o seu conceito ou a sua reputação a ser abalados ao ser fotografado em companhia da “investigada” esboroa-se, por completo, tal possibilidade, primeiramente por haver tais fotografias sido captadas em locais públicos e, ao depois, mesmo que assim não fosse, coube a ninguém menos, senão ao

próprio autor, a responsabilidade de vir dar-lhes mais publicidade, não sem antes violar, para tanto, e contando, a toda evidência, com o concurso da própria “investigada” e do seu patrono, norma legal vigente que impunha e ainda impõe o “segredo de justiça” ao processo do qual extraídos, indevida e ilicitamente, os flagrantes fotográficos fotocopiados, dos quais se valeu o autor para instruir a peça exordial.

Releva ponderar, por derradeiro, que se é o próprio autor quem confessa, sem rodeios, que seu relacionamento amoroso com a “namorada”/investigada Suzana teria-se iniciado em data anterior à propositura, por parte desta, de medida cautelar destinada não só à obtenção de alimentos provisionais como também à separação de corpos do ora requerido, de quem se dizia companheira, de todo inverossímil apresenta-se, em freqüentando ambos os mesmos ambientes sociais citadinos, ignorasse o autor os liames agora, ou outrora, existentes entre sua “namorada” e o requerido, bem como o litígio nos quais se encontravam envolvidos, o que, ainda assim, não refreou a impetuosidade do próprio autor que, propositadamente, não só se expôs em público em companhia de sua “namorada”, como também protagonizou, em público, sem o menor rubor (ao menos à época), cenas tórridas e incontidas de paixão, havendo ter-se como descambando para o hilário uma suposta pretensão do requerido, sugerida pelo autor, de estar aquele fazendo uso de sua imagem (fotografias) para a obtenção de vantagens, sejam elas pessoais, sejam processuais, ignorando ou, ao menos, procurando ignorar o au-

tor que é sua “namorada” Suzana, e não o requerido, quem está pleiteando alimentos, alegando, para tanto, a existência de uma outrora “união estável” existente entre ambos.

Destarte, com a devida vênia, para o requerido de nenhuma valia se apresenta o decantado prestígio ou a reputação angariada e desfrutada pelo autor, por haver exercido ou estar a exercer funções em cargos públicos relevantes, consabidamente de natureza político-partidária, pelo simples fato de que não é o patrimônio moral e, principalmente, financeiro do autor que está em jogo na demanda aforada por sua “namorada”, mas, sim, e, tão-somente, o do próprio requerido.

Isso posto, e diante de toda a argumentação aduzida, sopesando, criteriosamente, todos os elementos probatórios que restaram carreados aos autos, deixando à calva e sem rebuço a inexistência de qualquer violação à imagem, à privacidade e à intimidade do autor, julgo improcedente a presente ação condenando-o, desde logo, ao pagamento de honorários advocatícios em favor do requerido, arbitrados em 20% sobre o valor conferido ao acionamento, posto ser este, tal qual exposto anteriormente, o verdadeiro proveito econômico por aquele perseguido.

Custas, pelo autor.

Publique-se,

Registre-se,

Intimem-se.

Florianópolis, 19 de março de 2004.

Rodrigo Antônio da Cunha,
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) 279-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BLUMENAU

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 321-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BOM RETIRO

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 277-3000

FÓRUM DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 658-9200

FÓRUM DA COMARCA DE BRUSQUE

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 251-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CAÇADOR

Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 561-2500

FÓRUM DA COMARCA DE CAMBORIÚ

Rua Goiânia 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 365-2440

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO BELO DO SUL

Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 249-3300

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPO ERÊ

Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 655-1185

FÓRUM DA COMARCA DE CAMPOS NOVOS

Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 551-0400

FÓRUM DA COMARCA DE CANOINHAS

Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 621-5600

FÓRUM DA COMARCA DE CAPINZAL

Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 555-8000

FÓRUM DA COMARCA DE CAPITAL (CENTRAL)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 251-6500

FÓRUM DISTRITAL DO NORTE DA ILHA CAMPUS DA UFSC

Av. Desembargador Vítor Lima, 183 — fundos — Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 331-3300

FÓRUM DISTRITAL DO CONTINENTE

Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 271-1900

FÓRUM DA COMARCA DE CAPIVARI DE BAIXO

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 623-0567

FÓRUM DA COMARCA DE CATANDUVAS

Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 525-1019

FÓRUM DA COMARCA DE CHAPECÓ

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 321-9400

FÓRUM DA COMARCA DE CONCÓRDIA

Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 441-1500

FÓRUM DA COMARCA DE CORONEL FREITAS

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 347-0522

FÓRUM DA COMARCA DE CORREIA PINTO

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 243-1000

FÓRUM DA COMARCA DE CRICIÚMA

Av. Santos Dumont, s/n — 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 — Itape-
ma 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 — Sa-
guaçu

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 — Cen-
tro

CEP: 88540-000 — Otacilio Costa

Telefone: (49) 275-8000

FÓRUM DA COMARCA DE PALHOÇA

Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Cen-
tro

CEP: 88130-220 — Palhoça

Telefone: (48) 279-3300

FÓRUM DA COMARCA DE PALMITOS

Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
 CEP: 89887-000 — Palmitos
 Telefone: (49) 647-0111

FÓRUM DA COMARCA DE PAPANDUVA

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
 CEP: 89370-000 — Papanduva
 Telefone: (47) 653-6000

FÓRUM DA COMARCA DE PINHALZINHO

Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
 Telefone: (49) 366-1226

FÓRUM DA COMARCA DE POMERODE

Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode
 Telefone: (47) 387-2204

FÓRUM DA COMARCA DE PIÇARRAS

Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras
 Telefone: (47) 347-4000

FÓRUM DA COMARCA DE PONTE SERRADA

Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
 Telefone: (49) 435-0151

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO BELO

Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
 CEP: 88210-000 — Porto Belo
 Telefone: (47) 369-4242

FÓRUM DA COMARCA DE PORTO UNIÃO

Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
 CEP: 89400-000 — Porto União
 Telefone: (42) 521-3700

FÓRUM DA COMARCA DE PRESIDENTE GETÚLIO

Rua Kurt Hering, 14 — Centro
 CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
 Telefone: (47) 352-5000

FÓRUM DA COMARCA DE QUILOMBO

Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
 CEP: 89850-000 — Quilombo
 Telefone: (49) 346-2000

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO CAMPO

Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
 CEP: 89198-000 — Rio do Campo
 Telefone: (47) 564-8900

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO OESTE

Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
 CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
 Telefone: (47) 543-9300

FÓRUM DA COMARCA DE RIO DO SUL

Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
 CEP: 89160-000 — Rio do Sul
 Telefone: (47) 531-4700

FÓRUM DA COMARCA DE RIO NEGRINHO

Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
 CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
 Telefone: (47) 644-2558

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA CECÍLIA

Rua XV de Novembro, s/n — Centro
 CEP: 89540-000 — Santa Cecília
 Telefone: (49) 244-6500

FÓRUM DA COMARCA DE SANTA ROSA DO SUL

Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
 CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
 Telefone: (48) 534-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
 CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
 Telefone: (48) 245-4000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

Av. São Bento, 401 — Colonial
 CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
 Telefone: (47) 631-1900

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO CARLOS

Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 325-1000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO DOMINGOS

Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 443-0111

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 444-2053

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOÃO BATISTA

Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 265-6300

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOAQUIM

Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 233-6000

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 271-9600

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO CEDRO

Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 643-0033

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 344-8200

FÓRUM DA COMARCA DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 631-1500

FÓRUM DA COMARCA DE SEARA

Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 452-1211

FÓRUM DA COMARCA DE SOMBRIO

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 533-0645

FÓRUM DA COMARCA DE TAIÓ

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 562-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TANGARÁ

Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 532-1240

FÓRUM DA COMARCA DE TIJUCAS

Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 263-8000

FÓRUM DA COMARCA DE TIMBÓ

Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 281-1700

FÓRUM DA COMARCA DE TROMBUDO CENTRAL

Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 544-8100

FÓRUM DA COMARCA DE TUBARÃO

Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 621-1500

FÓRUM DA COMARCA DE TURVO

Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 525-8000

FÓRUM DA COMARCA DE URUBICI

Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 278-4182

FÓRUM DA COMARCA DE URUSSANGA

Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 465-1264

FÓRUM DA COMARCA DE VIDEIRA

Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — 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

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

585.637 (STJ) — Santa Catarina	431
589.933 (STJ) — Santa Catarina	430
2002.016677-0 — Braço do Norte	633
2002.019552-4 — Tangará	614
2003.013119-1 — Ibirama	655
2003.013337-2 — Chapecó	516
2003.023580-9 — Joinville	745
2004.023008-7 — Blumenau	849

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2003.009889-5 — Criciúma	611
2003.013767-0 — Timbó	609
2003.016233-0 — Urussanga	606

APELAÇÕES CÍVEIS

1997.009533-3 — Joinville	521
1998.011815-8 — Palhoça	651
1999.004161-1 — Itaiópolis	506
1999.005092-0 — Itajaí	598
1999.005501-9 — Blumenau	711
1999.020972-5 — Tubarão	749
2000.008900-1 — São Domingos	583
2000.019934-6 — Abelardo Luz	660
2001.007821-0 — Urussanga	629
2001.011229-9 — Capinzal	511
2001.021492-0 — Curitiba	718
2001.022018-0 — São José	728
2002.007205-8 — Biguaçu	692

2002.013761-3 — Lages	638
2002.013962-4 — Papanduva.....	577
2002.025254-4 — Santa Cecília	619
2003.000733-4 — Capital.....	671
2003.016500-2 — Capital.....	624
2003.020855-0 — Capital.....	707
APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA	
2002.011259-9 — Braço do Norte.....	737
2004.002207-7 — Capital.....	733
APELAÇÕES CRIMINAIS	
1997.008677-6 — Capital.....	795
2003.000767-9 — Palhoça.....	786
2003.006320-0 — Balneário Camboriú.....	774
2003.009813-5 — Blumenau.....	811
2003.010477-1 — Chapecó	816
2003.010948-0 — Ponte Serrada.....	782
2003.021813-0 — Chapecó	802
ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL	
1999.014247-7 — Capital.....	461
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL CÍVEL	
2000.019448-4 — Tijucas.....	843
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	
1998.014574-0 — Itajaí	496
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA MEDIADA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL	
2003.025285-1 — Chapecó	835
EMBARGOS INFRINGENTES	
2003.007197-0 — Capital.....	498
2003.013714-9 — Criciúma.....	757

INQUÉRITO

2003.028379-0 — Catanduvas..... 768

MEDIDA CAUTELAR

2004.005606-0 — Ponte Serrada..... 827

**MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

54-8 — Distrito Federal 411

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

422.814-9 (STF) — Santa Catarina 417

RECURSOS ESPECIAIS

431.478 (STJ) — Santa Catarina 428

515.285 (STJ) — Santa Catarina 421

599.968 (STJ) — Santa Catarina 425

SENTENÇAS

605/94 — Nova Lima/MG 853

2300043981-1 — Capital..... 860

073.01.000131-2 — Timbó..... 855

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

ABORTO EUGÊNICO

- Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental – Autonomia da vontade. Dignidade da pessoa humana. Saúde. Gravidez. Interrupção. Feto anencefálico. Possibilidade. 411

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA

- Extinção, sem julgamento do mérito, em razão de intempestividade do ajuizamento da lide principal – Inocorrência. Prazo peremptório de trinta dias a partir da liminar. Pretensão cautelar dirigida ao restabelecimento dos sócios minoritários na função profissional coincidente com a atividade econômica da sociedade. Exclusão extrajudicial dos empreendedores minoritários mediante deliberação do capital social majoritário. Recurso provido, e, no mérito, julgado improcedente o pedido inicial. 671
- Sociedade por cotas de responsabilidade limitada – Falecimento de sócio-gerente. Liminar que concede ao inventariante o direito de administrar a empresa em conjunto com o sócio remanescente. Impossibilidade. Liminar revogada. Recurso provido. 633

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

- Alienação fiduciária – Litigância de má-fé. Não caracterização. Honorários de advogado. Apreciação equitativa do juiz. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. 624

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Acidente de trabalho – Latrocínio. Funcionário de estabelecimento bancário incumbido do transporte de valores e documentos em carro particular. Risco previsível. Obrigação de indenizar. Recurso do réu desprovido e dos autores provido parcialmente. 583
- Contrato de transporte de passageiros – Ocorrência de sinistro. Morte e lesões corporais. Responsabilidade civil fundada na teoria do

risco objetivo. Dever de indenizar. Dano moral. Pensão mensal por morte. Recurso parcialmente provido.....	598
— Furto de veículo em estabelecimento de ensino – Gratuidade e ausência de controle de entrada e saída de veículos. Ausência de contrato de depósito e do dever de guarda. Recurso desprovido por maioria de votos. Voto vencido.....	711
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO	
— Cumulação de indenização previdenciária com a civil – Possibilidade. Recurso adesivo da autora. Aumento do valor arbitrado a título de indenização por dano moral. Necessidade em virtude da perda do genitor. Recurso da autora provido e o da ré parcialmente.....	577
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS	
— Responsabilidade por vício do serviço prestado para restauração de caminhão – Pleito indenizatório abrangendo dano material e lucros cessantes. Postulação fundada no Código do Consumidor. Decisão da instância inicial, acolhendo em parte o pedido. Recurso provido por maioria, invertido o ônus da sucumbência. Voto vencido.	511
AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO	
— Instituição de ensino superior – Mensalidades. Carga horária de disciplinas. Créditos cobrados e não lecionados. Autonomia universitária. Relação de consumo. Prática abusiva. Restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente. Art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Preliminares rejeitadas. Recurso da ré desprovido e provido parcialmente o apelo dos autores.....	692
AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS	
— Improbidade administrativa – Ex-prefeito. Dano comprovado por perícia técnica. Recusa dos assistentes técnicos em assinar o laudo. Irrelevância. Recurso parcialmente provido.	749
AÇÃO DECLARATÓRIA	
— Ação declaratória de nulidade por vício de citação – Prescindível ajuizamento de ação rescisória. Confissão ficta. Não influência na apreciação do pleito principal. Citação por edital. Prejuízo à defesa. Necessidade de prévia citação por oficial de justiça quando frustrada pelo correio. Sentença mantida. Recurso desprovido.....	619
— Desapropriação de imóvel por interesse social – Pedido reconhecido por sentença da caducidade do decreto municipal. Interesse de agir inexistente. Ato compositivo da lide confirmado. Desprovimento.	728

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDOS DE CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

- Duplicatas sem aceite que não correspondem à venda de mercadorias – Protesto indevido de duplicatas. Imprudência do banco endossatário. Critérios razoáveis na fixação do dano moral. Responsabilidade solidária caracterizada. Recurso da autora parcialmente provido e o do banco desprovido. 638

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA

- Direito autoral – Obra cinematográfica. Documentário. Pretendido reconhecimento de direito autoral exclusivo sobre as imagens. Provas documental e testemunhal. Co-autoria da obra mantida. Trabalho intelectual desenvolvido com a soma das ações entre os litigantes. Sentença mantida. Recurso desprovido por maioria. Voto vencido. 563

AÇÃO MONITÓRIA

- Ação monitória intentada com base em documentos que comprovam a existência de obrigação para pagamento de soma em dinheiro. Inteligência do disposto no artigo 1.102a. do Código de Processo Civil. Existência de prova escrita no caso concreto. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Contrato oneroso. Evicção. Configuração. Reconvenção. Admissão do pedido contido no pleito monitório e desistência da reconvenção no segundo grau de jurisdição. Extinção do procedimento recursal em relação aos desistentes. Retratação posterior. Irrelevância. Por maioria de votos dar provimento parcial aos recursos. Voto vencido..... 521

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Indeferimento do processamento de recurso especial – Intempestividade. Inteligência da Súmula 256 do STJ. Agravo não conhecido. 431
- Processual civil – Protocolo integrado. Não aplicação aos recursos dirigidos ao STJ. Súmula 256/STJ. Agravo desprovido. 430
- Vide Recurso.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

- Incidente de inconstitucionalidade suscitado em sede de apelação – Embargos do devedor em execução fiscal. Taxa Referencial. Selic. Instituída pelas Leis Federais n. 9.065/95 e 9.250/95 – Adoção da Selic pela Lei Estadual n. 5.983/81, alterada pela Lei n. 10.297/96.

Inconstitucionalidade afastada. Incidente improcedente, por maioria de votos. Voto vencido.....	461
---	-----

C

CALÚNIA

— Queixa-crime – Delitos de imprensa. Calúnia. Injúria. Difamação. Nulidades inexistentes. Prova documental perfeita para o reconhecimento das práticas delitivas em concurso formal. Improcedência da exceção da verdade.	795
---	-----

CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO

— Cheques – Propositura dentro do tríduo legal. Veracidade. Sustação dos títulos. Defeito do produto e tentativa de acordo com a vendedora. Prova inexistente. Protesto do título efetuado fora do prazo legal. Ato ilegal. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido.....	655
--	-----

CÓDIGO CIVIL

— Art. 20 (1916).....	671
— Art. 50	205
— Art. 159	860
— Art. 177, <i>caput</i> (1916).....	692
— Art. 1.518 (1916).....	638
— Art. 1.597	853

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 6º, IV.....	692
— Art. 14	511
— Art. 26, I e II	655
— Art. 42, parágrafo único	692

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 3º	728
— Art. 9º, II.....	619
— Art. 17	624
— Art. 17, V.....	609
— Art. 18, <i>caput</i>	609
— Art. 20, § 1º.....	577
— Art. 20, § 3º	521, 583, 692 e 749

— Art. 20, §§ 3º e 5º	598
— Art. 20, § 4º	521, 619, 624 e 671
— Art. 20, § 5º	583
— Art. 37	611
— Art. 70, III	598
— Art. 219.....	638 e 692
— Art. 224	619
— Art. 245	711
— Art. 267, IV	629 e 671
— Art. 267, VI	629 e 671
— Art. 267, VIII.....	737
— Art. 267, § 4º	737
— Art. 269, I	671
— Art. 302	711
— Art. 319	711
— Art. 330, I	692
— Art. 333, I	511, 619, 624 e 655
— Art. 368	511
— Art. 433, parágrafo único	749
— Art. 473	609
— Art. 515, § 3º	521 e 671
— Art. 538, <i>caput</i>	614
— Art. 557, § 1º	606, 609 e 611
— Art. 557, § 1º-A	417
— Art. 583	421
— Art. 585, I	421
— Art. 593, II	425
— Art. 614, II	660
— Art. 733	516
— Art. 740, parágrafo único	660
— Art. 806	671
— Art. 808, I	671
— Art. 1.050	651
— Art. 1.102a	521

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 84	745
-----------------	-----

— Art. 188, parágrafo único	786
— Art. 367	782
— Art. 386, III	811
— Art. 386, VI	774
— Arts. 513 e seguintes	811
— Art. 523	795
— Art. 563	795
— Art. 566	795
— Art. 600, § 4º	811
— Art. 609, parágrafo único	757
— Art. 654, § 2º	757

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 302	191
------------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 18	191
— Art. 29	782
— Art. 44, I e § 2º	816
— Art. 69	757
— Art. 70	795
— Art. 124	411
— Art. 126, <i>caput</i>	411
— Art. 128, I e II	411
— Art. 129, § 1º, I	782
— Art. 155, § 4º, II	774
— Art. 157, § 3º	786
— Art. 297	816
— Art. 299	811
— Art. 304	816

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 97, § 2º	461
— Art. 161, § 1º	461

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL — 1989

— Art. 85, VII	496
— Art. 128, IV	461

CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 1988

— Art. 5º, V e X.....	598 e 860
— Art. 5º, IX.....	506
— Art. 5º, XXIV.....	707
— Art. 5º, XXVII.....	563
— Art. 5º, XXXII.....	692
— Art. 5º, XXXVI.....	313
— Art. 5º, XXXVIII, a.....	191
— Art. 5º, XL.....	313
— Art. 7º, XXVIII.....	163
— Art. 37.....	749
— Art. 37, XIII.....	417
— Art. 40, § 4º.....	417
— Art. 40, § 7º.....	733
— Art. 40, § 13.....	313
— Art. 60, IV, § 4º.....	313
— Art. 103.....	411
— Art. 105, I, a.....	745
— Art. 105, I, d.....	163
— Art. 105, III, a.....	521
— Art. 109, I.....	163
— Art. 114.....	163
— Art. 150, IV.....	461
— Art. 170, V.....	692
— Art. 192, § 3º.....	461
— Art. 207.....	692
— Art. 220.....	506

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA

— Falsidade documental – Professor que estimula a adulteração da carteira de identidade de alunos para simular a idade necessária à participação em campeonato desportivo. Vínculo psicológico comprovado. Condenação. Sentença mantida. Recurso desprovido.....	816
— Falsidade ideológica – Delito imputado a funcionário público no exercício de suas funções. Veracidade da declaração inserida no documento. Atipicidade da conduta. Absolvição. Recurso provido.....	811

D

DANOS MORAIS

- Publicação de matéria ofensiva e inverídica em jornal – Ausência de confirmação dos fatos narrados. Violação ao direito de intimidade e vida privada. Dever de indenizar. Sentença confirmada. Recurso desprovido. 506

DESAPROPRIAÇÃO C/C IMISSÃO DE POSSE

- Desapropriação indireta – Obrigação de indenizar o particular pela perda da propriedade inescusável. Princípio constitucional da justa indenização. Valorização do imóvel. Abatimento do percentual correspondente na sentença. Inadmissibilidade, *in casu*. Recurso provido... 707

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Embargos de declaração em recurso especial cível – Alegação de divergência jurisprudencial quanto às matérias de contestação no procedimento do Decreto-Lei n. 911/69. Divergência demonstrada. Provimento aos embargos e admissão do recurso especial. 843
- Embargos de declaração na medida cautelar no recurso especial – Insurgência sobre determinação da sentença para que a condenação ocorresse somente após o trânsito em julgado. Implica *reformatio in pejus* a expedição do mandado prisional na pendência de recurso extraordinário. Argumento de nulidade decorrente de contradição nas respostas aos quesitos. Pedido de efeito suspensivo ao reclamo. Rejeição aos embargos. 835
- Medida cautelar preparatória – Recurso especial visando a efeito suspensivo ao recurso interposto. Afastamento do prefeito de seu cargo. Decisão da Terceira Vice-Presidência que denegou a atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. Alegação de admissibilidade pelo STJ. Concessão da liminar para reintegrar ao mandato o prefeito municipal. 827

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Agravo de instrumento com pedido de efeito ativo – Linha de telefonia fixa. Suspensão de cobrança mensal da “assinatura básica residencial”. Deferimento da suspensão do efeito ativo. 849

DOCTRINA

- Os diversos tipos de tutela antecipada – Alcides Munhoz da Cunha. Professor na UFPR. 27
- Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741 e transporte interestadual de passageiros. Alexandre Pontieri. Advogado em SP. 43

— O formalismo, a lógica do razoável e a tecnologia na efetividade da justiça – Antonio Carlos Facioli Chedid e Antonio Carlos Facioli Chedid Júnior. Advogados e Professor em SC.	51
— Da responsabilidade processual objetiva na execução dos Juizados Especiais Cíveis – Cláudia Gueiros de Freitas Azevedo Maia. Jornalista e Advogada em Recife - PE.	75
— Da impossibilidade de extensão dos efeitos penais da Lei Federal n. 10.684/2003 (Refis Federal) para o caso de parcelamento pelo Revigotar instituído pela Lei Estadual n. 12.646/2003 – Ernani Guetten de Almeida. Promotor de Justiça.	101
— Considerações gerais sobre a recuperação judicial de empresas – Fábio Ulhoa Coelho. Professor PUC/SP.	109
— Breve estudo sobre a evolução histórico-conceitual e o conteúdo da propriedade privada – Francisco Luciano Lima Rodrigues. Juiz de Direito e Professor da UFCE.	125
— Desmistificando a ementa – Hildebrando Campestrini. Professor da UFMS.	153
— Competência em Acidente de Trabalho: Exame Jurisprudencial – Juan Augusto Faria de Oliveira. Assessor Jurídico no TJSC.	163
— Delito culposo – Leoberto Baggio Caon. Advogado em Santa Catarina.	191
— Limites e possibilidades da constituição de uma ciência do Direito na visão epistemológica de Luis Alberto Warat – Pedro Manoel Abreu. Desembargador no TJSC.	221
— Desconsideração da personalidade jurídica – O perigo do eventual abrandamento na apreciação dos pressupostos específicos do artigo 50 do Código Civil – Análise comparativa – Olavo Rigon Filho. Advogado e Professor da AJUFESC.	205
— Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas – Ruy Samuel Espindola. Advogado e Professor em SC.	243
— Regulação e serviços públicos – Sérgio Roberto Baasch Luz. Desembargador no TJSC.	281
— Aspectos contemporâneos da intervenção do Ministério Público no processo civil – Volnei Carlin. Desembargador no TJSC.	289

E**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- Ação direta de inconstitucionalidade – Ausência de contradição no julgado. Rejeição. 496

EMBARGOS DE TERCEIROS

- Cerceamento de defesa – Testemunhas não arroladas na peça inaugural. Inobservância ao rito estatuído pelo art. 1.050 do CPC. *Error in procedendo* não configurado. Recurso desprovido. 651

EMBARGOS INFRINGENTES

- *Vide* Recurso e Recurso crime.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 121, § 3º 802
- Art. 122, I e § 1º 802
- Art. 184, § 3º 802
- Art. 243 757

EXECUÇÃO

- Nota promissória – Embargos rejeitados. Julgamento antecipado. Defesa cerceada. Inocorrência. Demonstrativo do débito atualizado. Exigências legais satisfeitas. Coação. Argumento repellido. Recurso desprovido. 660

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

- Agravo de instrumento – Mandado de prisão. Exigência do pagamento da totalidade do débito. Descabimento. Recurso provido. 516

F**FALÊNCIA**

- Intimação do protesto realizada em pessoa não identificada – Impossibilidade de se aferir a impontualidade do devedor. Processo extinto sem julgamento do mérito. Recurso desprovido. 629

FURTO QUALIFICADO

- Emprego de fraude – Réu que empregou artifício ou ardil para se apossar dos cheques que estavam em poder do tabelionato de notas e protestos ao solicitar a exibição dos títulos por si emitidos e em protesto. Agravante configurada. Recurso defensivo desprovido. Precária situação financeira do réu. Assistência judiciária deferida..... 774

H**HISTÓRIA JURÍDICA**

- A pena de morte no Brasil na visão do bacharelado Luiz Gallotti, posteriormente Presidente do Supremo Tribunal Federal – Celso Leal da Veiga Júnior. Coordenador do Curso de Direito da Univali, Tijucas/SC..... 327
- O justo e a justiça política – Rui Barbosa..... 343

I**INQUÉRITO**

- Indiciados prefeito municipal e proprietário de empresa particular – Dispensa de licitação. Fato julgado definitivamente na esfera cível. Coisa julgada. Denúncia rejeitada..... 768

L**LATROCÍNIO**

- Morte da vítima – Subtração frustrada. Materialidade e autoria sobejamente comprovadas. Alibi não comprovado. Inversão do ônus da prova. Condenação mantida. Recurso desprovido. 786

LATROCÍNIOS TENTADO E CONSUMADO

- Ato infracional – Autoria e materialidade comprovadas. Adolescente que, muito embora não tenha sido o autor direto dos golpes deferidos contra a vítima fatal, anuiu previamente à conduta dos comparsas,

tendo com eles combinado uso de arma branca. Resultado previsível.
Co-autoria caracterizada. Recurso conhecido e desprovido..... 802

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETOS

— N. 1.790/1997	718
— N. 3.017/1989 — <i>Vide</i> Regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.	
— N. 4.599/1978 — Art. 12, parágrafo único	733
— Art. 14.....	733

LEIS

— N. 5.983/1981 — Art. 69.....	461
— N. 10.297/1996	461
— Art. 41, II, c e § 3º	718
— N. 12.646/2003	101

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 81.240/1978	498
------------------------	-----

DECRETOS-LEIS

— N. 2.848/1940	411
— N. 4.657/1942 — <i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 7.661/1945 — <i>Vide</i> Lei de Falências.	

LEIS

— N. 1.060/1950 — <i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 4.132/1962 — Art. 3º	728
— N. 5.172/1966 — <i>Vide</i> Código Tributário Nacional.	
— N. 5.250/1967 — <i>Vide</i> Lei de Imprensa.	
— N. 5.988/1973 — Art. 16, parágrafo único	563
— N. 6.091/1974	737

— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.435/1977	498
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.357/1985	— Vide Lei do Cheque.	
— N. 8.009/1990	— Art. 1º	660
	— Art. 5º	660
— N. 8.038/1990	— Art. 4º	795
— N. 8.069/1990	— Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— Vide Lei dos Crime Hediondos.	
— N. 8.078/1990	— Vide Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.666/1993	— Vide Lei de Licitações.	
— N. 9.065/1995	461
— N. 9.250/1995	461
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.714/1998	795
— N. 9.868/1999	— Art. 7º, § 2º	411
— N. 9.882/1999	— Art. 2º, I	411
	— Art. 4º, § 1º	411
	— Art. 5º, § 1º	411
— N. 10.628/2002	745
— N. 10.684/2003	101
— N. 10.741/2003	43
LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)		
— Art. 12, <i>caput</i>	757
— Art. 14	757
— Art. 18, III	757
LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)		
— Art. 4º	774
— Art. 16	606
LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)		
— Art. 161	782
LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)		
— Art. 1º	421
— Art. 11	421

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 20	795
— Art. 21	795
— Art. 22	795

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 3º	728
— Art. 5º	498

LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 17, I, f	768
— Art. 17, § 4º	768
— Art. 89 e parágrafo único	768

LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (Lei Complementar n. 101/2000)

— Art. 21, parágrafo único	737
----------------------------------	-----

LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)

— Art. 32	655
— Art. 33	655
— Art. 36	655
— Art. 48	655

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 1º, II	786
— Art. 2º, § 1º	786

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 101/2000 (Federal) — <i>Vide</i> Lei de Responsabilidade Fiscal	
— N. 129/1994 (Estadual) — Art. 5º, II, <i>be</i> § 3º	733
— N. 156/1997 (Estadual) — Art. 33	707
— N. 161/1997 (Estadual)	707
— Art. 163/ 1998 (Estadual)	733

LESÃO CORPORAL GRAVE

— Gravidez – Aborto. Desconhecimento da gravidez. Dúvidas que se resolvem em favor das rés. Sentença absolutória reformada. Materialidade e autoria comprovadas. Aplicação da suspensão condicional da pena. Obediência ao artigo 161 da Lei de Execução Penal. Recurso provido	782
---	-----

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Apelação – Pensão por morte. Dependente. Estudante universitário. Cancelamento. Ilegalidade. Recurso desprovido para reforma parcial da sentença. 733
- Apelação cível em mandado segurança – Substituição tributária. ICMS. Base de cálculo. Margem de valor agregado. Ausência de regulamentação. Por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Voto vencido 718
- Concurso público – Nomeação de aprovados após o prazo de validade e em período eleitoral. Nulidade flagrante. Ordem denegada. Recurso desprovido. 737

N**NOTICIÁRIO**

- 113º Aniversário de instalação do Tribunal de Justiça, com entrega de Medalhas do Mérito Judiciário a ilustres personalidades catarinenses 351
- Discurso de posse – Des. Cesar Abreu..... 369
- Discurso de posse – Des. Fernando Carioni..... 393
- Discurso de posse – Des. Gastaldi Buzzi..... 373
- Discurso de posse – Des. Luiz Carlos Freyesleben..... 383
- Discurso de posse – Des. Marcus Túlio Sartorato. 372
- Discurso de posse – Des. Ricardo Fontes. 366
- Discurso de posse – Des. Rui Fortes. 376
- Discurso de posse – Des. Torres Marques..... 390
- Discurso de posse do Des. Amaral e Silva como Presidente do TJSC – Solenidade da posse em 1º-2-2002. 359
- Conselhos aos novos juízes empossados no dia 16-07-2004 – Desembargador Jorge Mussi, Presidente do Tribunal de Justiça. 404
- Discurso em sessão solene de posse dos juízes substitutos ocorrida em 16-7-04 no Tribunal Pleno – Des. Anselmo Cerello. 396
- O Perigo Ronda o Judiciário – Des. Eládio Torret Rocha, Vice-Corregedor-Geral da Justiça. 406

P

PARECERES

- Tributação dos inativos e pensionistas – Kiyoshi Harada. Advogado e Professor em São Paulo..... 313
- Ação popular: Três aspectos destacados e controvertidos – Péricles Prade. Advogado em Santa Catarina..... 303

R

RECURSO

- Agravo de instrumento – Ação civil pública. Despacho que remeteu os autos ao STJ. Equívoco. Improbidade administrativa. Ex-prefeito municipal. Competência do juízo de primeiro grau. Recurso parcialmente provido. 745
- Agravo de instrumento – Decisão que não recebeu a apelação por intempestiva. Ocorrência da interrupção do prazo para a interposição do apelo. Aplicação do disposto no art. 538, *caput*, do CPC. Apelação tempestiva. Agravo provido..... 614
- Agravo em agravo de instrumento – Advogado sem poderes para representar os recorrentes em juízo. Pedido para juntada posterior de instrumento de mandato. Inaplicabilidade. Ato processual inexistente. Reclamo não conhecido. 611
- Agravo inominado em agravo de instrumento – Falta de peças obrigatórias. Negativa de seguimento. Assistência judiciária. Nomeação judicial de advogado. Juntada de procuração. Momento adequado. Recurso provido..... 606
- Previdência privada complementar – Introdução de novas normas. Limitação de benefícios. Aplicação das regras antigas. Provimento negado..... 498

RECURSO CÍVEL

- Agravo inominado – Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento ante a preclusão. Anterior interposição de recurso contra o mesmo *decisum*. Seguimento negado. Interposição de novo agravo. Impossibilidade. Litigância de má-fé. Caracterização. Decisão mantida. Recurso desprovido..... 609

RECURSO CRIME

- Embargos infringentes – Divergência relativa à desclassificação do crime do art. 14 da Lei n. 6.368/76 para a causa especial de aumento de pena do art. 18, III, do mesmo normativo. Configuração da associação nos moldes preconizados pelo art. 14. Manutenção da decisão. Admitida a progressão do regime da pena. Decisão: por maioria regimental conceder *habeas corpus* de ofício para fixar o regime inicialmente fechado. Voto vencido... 757

RECURSO ESPECIAL

- Execução de sentença – Alienação de imóvel no curso da demanda. Ausência de registro da penhora. Impossibilidade de fraude à execução. Inexistência de má-fé do comprador. Decisão no sentido de negar seguimento ao recurso. 425
- Falência – Requerimento. Pequeno credor. Licitude. Indeferimento. Substituição do processo executivo. Abuso inexistente. 421
- Processual civil – Taxa de Esgoto. Legislação municipal. Recurso não conhecido pela alínea “b”. Violação reflexa a dispositivos infraconstitucionais. Negativa de seguimento ao recurso. 428

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Estabilidade financeira – Inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente. Recurso provido. 417

REGULAMENTO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS (Decreto n. 3.017/1989)

- 718

S**SENTENÇAS**

- Ação ordinária de indenização – Dano moral. Ofensa à moral e à honra. Relacionamento amoroso com ex-mulher do réu. Alegação de estar sendo vigiado por detetive particular contratado pelo réu. Violação à imagem, à privacidade e à intimidade do autor. Improcedência. 860
- Ação revisional de alimentos em investigação de paternidade – Reconhecimento. Pagamento de alimentos no patamar de 20% do salário mínimo. Valor insuficiente. Procedência em parte para elevar a quantia dos alimentos para um salário mínimo. 855

- Dívida suscitada pelo oficial do registro civil das pessoas naturais – Registro de nascimento. Fertilização *in vitro*. Introdução do embrião do casal no útero da avó paterna para a gestação. Nascimento da criança com vida. Avanço científico da reprodução humana. Ausência de proibição legal. Dívida im procedente. Registro da criança com anotações de praxe..... 853

SÚMULA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- N. 7 619

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 1 a 297 435
— N. 256 430

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 235 163
— N. 473 737
— N. 501 163
— N. 562 583
— N. 610 786
— N. 736 163

ÍNDICE ONOMÁSTICO

A

— Alcides Munhoz da Cunha.....	27
— Alexandre Pontieri	43
— Amaral e Silva	359 e 768
— Anselmo Cerello.....	396 e 461
— Antonio Carlos Facioli Chedid	51
— Antonio Carlos Facioli Chedid Junior	51
— Antônio de Pádua Ribeiro.....	430
— Átila Andrade de Castro.....	853

C

— Carlos Alberto Menezes Direito.....	425
— Carlos Prudêncio	506
— Carstens Köhler	786
— Castro Filho	421
— Celso Leal da Veiga Júnior	327
— Cesar Abreu.....	369
— Claudia Gueiros de Freitas Azevedo Maia	75
— Cláudio Barreto Dutra	745

D

— Dionízio Jenczak.....	563 e 598
-------------------------	-----------

E

— Eládio Torret Rocha.....	406 e 614
— Eliana Calmon	428
— Ellen Gracie	417
— Ernani Guetten de Almeida.....	101

F

— Fábio Ulhoa Coelho	109
— Fernando Carioni	393 e 655
— Fernando Gonçalves	431
— Francisco Luciano Lima Rodrigues	125
— Francisco Oliveira Filho.....	351 e 728

G

— Gastaldi Buzzi	373 e 671
------------------------	-----------

H

— Hildebrando Campestrini	153
---------------------------------	-----

I

— Irineu João da Silva.....	757 e 816
-----------------------------	-----------

J

— Jaime Ramos.....	737
— Jorge Mussi.....	404 e 774
— Jorge Schaefer Martins.....	521 e 757
— José Volpato.....	577
— Juan Augusto Faria de Oliveira.....	163

K

— Kiyoshi Harada.....	313
-----------------------	-----

L

— Leoberto Baggio Caon.....	191
— Luiz Carlos Freyesleben.....	383 e 516
— Luiz César Medeiros.....	461 e 733

M

— Marco Aurélio.....	411
— Marcus Tulio Sartorato.....	372 e 583
— Maria do Rocio Santa Ritta.....	651
— Maurílio Moreira Leite.....	802
— Monteiro Rocha.....	498 e 521

N

— Nelson Schaefer Martins	638
— Newton Janke	711
— Newton Trisotto.....	461

O

— Olavo Rigon Filho	205
— Orli Rodrigues.....	511

P

— Pedro Manoel Abreu.....	221, 461, 827, 835 e 843
— Péricles Prade	303

R

— Ricardo Fontes.....	366 e 619
— Roberto Lepper.....	855
— Rodrigo Antônio da Cunha	860
— Ronaldo Moritz Martins da Silva.....	611
— Rui Barbosa	343
— Rui Fortes	376 e 749
— Ruy Samuel Espíndola	243

S

— Salete Silva Sommariva.....	511
— Salim Schead dos Santos.....	624
— Sérgio Izidoro Heil	609
— Sérgio Paladino	496
— Sérgio Baasch Luz	281 e 633
— Silveira Lenzi.....	461 e 849
— Solon d'Eça Neves.....	757 e 782
— Sônia Maria Schmitz.....	718
— Souza Varella.....	795

T

— Torres Marques	390 e 811
— Trindade dos Santos	461 e 660
— Tulio Pinheiro	629

V

— Vanderlei Romer	707
— Victor Ferreira	606
— Volnei Carlin.....	289, 692, 711 e 718

W

— Wilson Augusto do Nascimento.....	563
-------------------------------------	-----

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
Norberto Nazareno Barreiros Fortes
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: Juarez Oliveira

