

JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

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

Ano XXXII – 4º trimestre de 2006 e 1º trimestre de 2007 – N. 113 Florianópolis – SC – 2008

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a cargo da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expendido em seus trabalhos. Todos os trabalhos publicados nesta Revista são cópia fiel dos expedientes recebidos na Diretoria de Documentação e Informações.

Comissão de Jurisprudência (Portaria n. 240/06)

Diretor

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. Eládio Torret Rocha — Presidente

Des. Nelson Juliano Schaefer Martins

Des. Fernando Carioni

Des. Salim Schead dos Santos

Des. Edson Nelson Ubaldo

Des. Cid José Goulart Júnior

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

Jurisprudência Catarinense / Tribunal de Justiça — Vol. 1,
no. 1 (jul./set. 1973)—.— Florianópolis: TJ/SC, 1973.—
21cm

Trimestral

Repositório autorizado sob n. 8/85—STF e 18/91—STJ

ISSN: 1981-402X

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 23 IPTU: um estudo sobre sua estrutura jurídica – Luiz Antônio Zanini Fornerolli.
- 82 O direito fundamental à moradia e a humanização da Justiça – Janine Stiehler Martins.
- 108 As causas de cessação da eficácia das medidas cautelares e os direitos indisponíveis – Marcelo Volpato de Souza e Lionardo José de Oliveira.
- 127 A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas – Mauro Ferrandin.
- 140 Revisão criminal: uma retrospectiva histórica no direito pátrio – Rafaella Zanatta Caon.
- 158 Legitimidade do Ministério Público e as garantias constitucionais – Renato Guilherme Gomes Cunha.
- 167 Reengenharia do Poder Judiciário: alternativa para uma justiça ágil – Silvio Dagoberto Orsatto.

NOTICIÁRIO

- 183 Discurso de posse do Desembargador Hilton Cunha Júnior
- 187 Discurso proferido pelo Desembargador Alcides Aguiar em comemoração ao 115º aniversário do TJSC

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 209 Ação Penal
- 225 Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 235 *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 249 Conflito de Competência
- 256 *Habeas Corpus*
- 261 Recurso Especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

269 Ações Diretas de Inconstitucionalidade

SEÇÃO CIVIL

294 Mandados de Segurança

309 Mandado de Segurança e Agravo Regimental em Mandado de Segurança

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

317 Agravo em Agravo de Instrumento

323 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

328 Ação Rescisória

338 Embargos Infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

357 Apelações Cíveis

433 Ação Rescisória

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

451 Apelação Cível

458 Ação Rescisória

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

466 Agravo de Instrumento

477 Apelações Cíveis

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

487 Embargos Infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

494 Agravo de Instrumento

507 Apelação Cível

514 *Habeas Corpus*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

519 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

537 Agravo de Instrumento

549 Apelação Cível

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

- 566 Embargos Infringentes
- 580 Mandado de Segurança

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 593 Apelações Cíveis
- 632 Apelação Cível em Mandado de Segurança

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 638 Agravo de Instrumento
- 645 Apelação Cível em Mandado de Segurança

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 650 Apelação Cível

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

- 655 Embargos Infringentes
- 659 Revisão Criminal

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

- 663 Apelações Criminais
- 672 Recurso de Agravo

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

- 679 Apelações Criminais
- 747 *Habeas Corpus*

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 755 Recurso Especial na Apelação Cível
- 757 Recurso Especial em Apelação Criminal
- 761 Recurso Ordinário no Mandado de Segurança
- 764 Recurso em Sentido Estrito no *Habeas Corpus*

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 769 Medida Cautelar no Recurso Especial em Mandado de Segurança
- 773 Recursos Especiais em Apelações Cíveis

781 RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

799 ÍNDICE NUMÉRICO

805 ÍNDICE POR ASSUNTO

831 ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dezembro de 2007)

Presidente

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Primeiro Vice-Presidente

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Segundo Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Corregedor-Geral da Justiça

Des. NEWTON TRISOTTO

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz Subst. de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA
Juíza Subst. de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz Subst. de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO
Juiz Subst. de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz Subst. de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO
Juiz Subst. de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI
Juiz Subst. de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Juiz Subst. de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juíza Subst. de Segundo Grau REJANE ANDERSEN
Juiz Subst. de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR
Juiz Subst. de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO
Juiz Subst. de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Juiz Subst. de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Juiz Subst. de Segundo Grau RICARDO José ROESLER

Juiz Subst. de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz Subst. de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO
Juiz Subst. de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA
Juiz Subst. de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

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. SOLON d'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – 1º Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – 2º Vice-Presidente
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – 3º Vice-Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO – Corregedor-Geral da Justiça
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

SEÇÃO CIVIL

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR
Des. ANSELMO CERELLO
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULLIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Juíza Subst. de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José GASPAR RUBIK
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. EDSON Nelson UBALDO
Des. NEWTON JANKE

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente
Des. ANSELMO CERELLO
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CID José GOULART Júnior

Des. JAIME RAMOS

Juíza Subst. de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (subst. Des. José Volpato)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. José GASPAR RUBIK

Des. EDSON Nelson UBALDO

Juiz Subst. de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. NEWTON JANKE

Juiz Subst. de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz Subst. de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARLI MOSIMANN Vargas

Juiz Subst. de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

Juíza Subst. de Segundo Grau REJANE ANDERSEN (Cooperadora)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – Presidente

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Juiz Subst. de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz Subst. de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN – Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CID José GOULART Júnior

Juiz Subst. de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Juíza Subst. de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. ANSELMO CERELLO – Presidente

Des. JAIME RAMOS

Juíza Subst. de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (subst. Des. José Volpato)

Juiz Subst. de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente

Juiz Subst. de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz Subst. de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz Subst. de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA

SEÇÃO CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Juiz Subst. de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Juiz Subst. de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Juiz Subst. de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Cooperador)

DOCTRINA

IPTU: UM ESTUDO SOBRE SUA ESTRUTURA JURÍDICA

Luiz Antônio Zanini Fornerolli*

O Município, os Estados e a União receberam da Constituição Federal respectivos poderes para tributar. Coube ao Município¹, por força da Lei Maior, a possibilidade de instituir, com competência plena, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, respeitando, porém, a própria Constituição e as normas gerais de Direito Tributário.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O imposto predial é de há muito conhecido na competência dos municípios brasileiros, que, com o nome de “décima urbana”, tributavam imóveis edificados.

No Brasil, o imposto sobre a propriedade de prédios e terrenos urbanos nasceu com a Carta de 19-5-1799, da Rainha Dona Maria, que dispunha:

atendendo ao nosso favor, que me proponho conceder-lhe, suprimindo os contratos de sal e pescaria de baleias, me proponho estabelecer o imposto de décima, nas casas das cidades marítimas e a extensão do tributo do papel selado que já se paga nos meus domínios do continente da Europa (BALEEIRO, 2001, p. 243).

A competência transcrita na Constituição Federal, em face desse imposto, foi vacilante com o passar dos anos. A partir de 1934, a instituição do IPTU passou a ser do município (CF de 1934, art. 13, § 2º, inc. II; CF de 1937, art. 28, inc. II; CF de 1946, art. 29, inc. I; CF de 1967, art. 25, inc. I; EC n. 1, de 1969, art. 24, inc. I; e CF de 1988, art. 156, inc. I) (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 204).

* Juiz de Direito, mestre em Gestão Tributária pela Esag e máster em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha, na Espanha.

1 Segundo o art. 147 da CF, a competência para instituir o IPTU pode ser exercida pela União, em Território Federal, desde que este não seja dividido em Municípios; e também pelo Distrito Federal.

Conformado pela atual Constituição Federal, o IPTU é um tributo que incide sobre a propriedade, a posse ou o domínio útil do bem do contribuinte, assim compreendidos o terreno e as edificações nele existentes, sem nenhuma regra discriminatória, quer quanto a um quer quanto ao outro. Não é tolerado, por ser tributável o imóvel como um todo, que haja concepções de incidência diversa sobre o imóvel e outra para o terreno.

Malgrado isso, a lei pode estabelecer alíquotas diferentes para imóveis que se encontram em situações diversas, como é o caso de terreno edificado ou não. A questão não se vence por aí, uma vez que a legislação pode dar tratamento diferenciado em razão do uso e da localização do bem imóvel (CF, art. 156, § 1º, inc. II).

Está-se, assim, tratando da seletividade do IPTU. Imposto seletivo é aquele que apresenta alíquotas diversas para objetos diversos. Nesta qualidade não importa o sujeito, o que se observa é o objeto (MACHADO, 2001, p. 329).

A seletividade consiste em graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca ou nenhuma tributação (CONTI, 1997, p. 166).

A questão da seletividade, em se tratando de IPTU, ganhou corpo com o inc. II do § 1º do art. 156 da Constituição Federal. Merece relevo distender que a redação do § 1º do art. 156 fora trazida pela Emenda Constitucional n. 29, de 13-9-2000. No inciso dito, tem-se que o IPTU poderá ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Assim prevendo, o Texto Maior concebeu a possibilidade de o ente tributante, em especial o município, estabelecer alíquotas diversas em razão da localização e do uso do imóvel. No particular, está-se tratando da função extrafiscal do IPTU, já que essa tributação não se tem centrado na capacidade contributiva, e, sim, como instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica e social.

À guisa de orientação, a rigor, não se está tratando de progressividade propriamente dita, pois a Constituição estabelece a possibilidade de alíquotas diferentes, e não como fez no inciso I, quando assentou a progressividade em face do valor do imóvel.

A progressividade é um artifício de extrafiscalidade que, de modo genérico, constitui-se na proporcionalidade do aumento da alíquota, na medida em que se aumenta a base tributável, perseguindo atingir o princípio da capacidade contributiva.

Dentro da concepção funcional dos tributos, em sua vocação original, o IPTU revela-se, primordialmente, como tributo fiscal. Teleologicamente, o objeto do imposto é a obtenção de recursos financeiros para a manutenção do município, não escapando da idéia que, por ser imposto, não há vinculação na aplicação da receita por ele obtida.

Independentemente de o axioma funcional do IPTU estar preso à fiscalidade, a Constituição Federal de 1988 insculpiu premissas das quais o legislador ordinário possa valer-se para dar-lhe outros contornos. Assim é que ditou regras de progressividade, uma fiscal, centrada no valor do imóvel (art. 156, § 1º, inc. I, com redação da EC n. 29), e outra extrafiscal, consubstanciada no inadequado aproveitamento do solo urbano (art. 182, § 4º, inc. II).

Em ambos os casos, o constituinte originário e o derivado, respectivamente, buscaram luzes para amainar, ou quem sabe reduzir, a especulação dada aos investimentos imobiliários, permitindo que estes sejam mais bem aproveitados, sintonizando-os com um bom emprego mais racional, voltado, sobretudo, para a função social da propriedade, conforme regência do plano diretor para a utilização do espaço urbano. Não se esqueça, por oportuno, que é o desabrigo uma das fontes de agitação social. A utilização idônea de tais ferramentas constitucionais ajuda a uma sociedade mais igualitária.

À luz do molde constitucional, na ordem do IPTU é tributada, além da territorial, a propriedade predial, que nada mais é do que a edifi-

cação erigida sobre a terra nua. Diz Aliomar Baleeiro (2001, p. 243) que a concepção predial passa pelo entendimento vetusto de prédio urbano ou rústico, daí o sentido da semântica. Contudo, para o fato gerador da obrigação tributária, pouco importa sua utilização econômica (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 203; MACHADO, 1997, p. 82) ou o título jurídico do contribuinte. Não importa ainda se o imóvel nu está tendo serventia ou se está precariamente utilizado ou mesmo não utilizado.

O CTN, em seu art. 32, dispõe que

o imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Consoante se verifica pela fórmula legal, o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, desde que observado o atendimento, no mínimo, de dois melhoramentos mantidos ou construídos pelo poder público, conforme rol destacado no § 1º do mesmo art. 32 do CTN.

O direito de propriedade é uma espécie de direito real (CC, arts. 1.228 e 1.225) no qual ao proprietário é facultado o uso, o gozo e a disposição da coisa, como ainda o direito de reivindicá-la de quem injustamente a possua.

O novel Código Civil trouxe uma nova disciplina do direito de propriedade, condicionando este às finalidades econômicas e sociais, visando à preservação da flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e à precaução para não poluição de ar e águas (CC, art. 1.228, § 1º).

Quanto ao domínio útil, aquele decorrente ao titular de enfiteuse, ainda que previsto no CTN, não encontra mais regência no Código Civil de 2002. No sistema anterior, pelo art. 678, a enfiteuse era caracterizada pelo aforamento ou aprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última

vontade, o proprietário atribuía a outrem o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquiria, e assim se constituía enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão ou foro anual, certo e invariável.

Há que fazer advertência quanto aos terrenos de marinha e acrescidos, pois o Código Civil de 2002, mesmo não considerando a enfiteuse um direito real (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 415), coloca-a a salvo no § 2º do art. 2.038, enfatizando que as enfiteuses já constituídas deverão seguir a sorte de uma lei especial.

No que concerne à posse, segundo o disposto no art. 1.196 do CC, considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

A doutrina nacional (MONTEIRO, 1989, p. 19; VENOSA, 2002, p. 48; DINIZ, 1987, p. 32) conduz ao entendimento de que o art. 485 do CC/1916, reprisado no art. 1.196 do CC/2002, foi construído sob forte inspiração da teoria objetiva patrocinada por Jhering. A posse verifica-se pela relação de fato entre a pessoa e a coisa, em face de sua utilização econômica, divisando-se pela conduta do possuidor que possui a coisa como se proprietário fosse. É a exteriorização da propriedade. Pela teoria objetiva, ao contrário da subjetiva, para ser considerado possuidor há que ter a coisa com a intenção de ser proprietário dela.

Posse não é mera detenção da coisa. Caracteriza-se, sobretudo, pela maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o ânimo nada mais é do que o propósito de servir-se da coisa como proprietário (RODRIGUES, 2000, p. 17).

Sacha Calmon Navarro Coêlho (2002, p. 353) diz que não é qualquer posse que deve ser tributada. A posse descrita no CTN como tributável é a de pessoa que se considera proprietária da coisa. Só quando a posse exterioriza a propriedade é possível tomá-la como núcleo do fato jurídico criador da obrigação tributária do IPTU.

Por evidente, verifica-se que na Constituição Federal a descrição do IPTU é uma e no Código Tributário Nacional é outra. Não se encontra na CF a previsão, como fato gerador, nem da posse nem do domínio útil. Porém, não existe senão um excesso na descrição do CTN, não se constituindo em antinomia (COELHO, 2002, p. 355), dado que o conceito de propriedade trazido pela Constituição Federal é amplo, estando nele incluídos: a propriedade propriamente dita, a posse com *animus domini* e o domínio útil.

A conclusão a enredar é que, neste caso, a posse está compreendida num espectro maior, que é a propriedade. Ila-se, pois, que só é plausível essa compreensão para tributar o possessor quando este exerce a posse na intenção de que seja o proprietário. Está aí, numa visão patrimonialista, a ligação do ânimo com a coisa. Neste caso, a justificativa é que, se o proprietário paga, lícito é estender tal compreensão ao possuidor que age como se proprietário fosse. Aquele de quem ninguém contesta a posse. Não há oposição. Só não é proprietário porque não detém o título.

Para diferenciar, não é o caso, por exemplo, do locatário, que, mesmo tendo o exercício da posse direta da coisa, não age como se proprietário fosse. Não tem com a coisa íntima ligação, a ponto de descortinar-se a possibilidade de ser sujeito na obrigação tributária. Não age ele como dono da coisa. Não se tem como efetivo, de fato, indiscutível, incontestável, dono do bem que na oportunidade está a ocupar.

Dessarte constitui-se o aspecto material da hipótese de incidência do IPTU o direito de propriedade sobre imóveis, a posse sobre imóvel, entendida esta como a exteriorização do domínio ou o direito do enfiteuta sobre a coisa alheia, sobre imóveis urbanos.

A respeito, minudeia Misabel Abreu Machado Derzi, na atualização da obra de Aliomar Baleeiro (2001, p. 246), que o IPTU

alcança a propriedade (situação jurídica da pessoa *in re plena*) sobre imóveis, terrenos, ou prédios urbanos. Havendo desmembramento da propriedade, todos aqueles que conservam a titularidade do domínio realizam o fato jurídico tributário,

a saber, o nu-proprietário (exceto o senhorio na enfiteuse); o fiduciário, no fideicomisso; o arrendante; o locador; o titular que cede os direitos de uso e habitação; o promissário comprador, com contrato irrevogável, inscrito no Registro Imobiliário; o titular de propriedade resolúvel etc.; o domínio útil, como propriedade efetiva e econômica, quase propriedade plena, inclusive a enfiteuse especial que se dá sobre os terrenos de marinha; a posse como exteriorização da propriedade ou condição de sua aquisição *ad usucapionem*.

O *caput* do art. 32 do CTN, para melhor compreensão, deve ser sintonizado com as disposições editadas no § 1º do referido artigo. O legislador condicionou a existência da hipótese de incidência, em seu aspecto material, à localização em zona urbana.

O § 1º vem então a definir legalmente o que se deve entender por zona urbana ou, como prefere Misabel Abreu Machado Derzi (BALEEIRO, 2001, p. 247), *aspecto especial de validade da norma tributária*. Pelo dispositivo, tem-se que a zona urbana deve ser definida por lei municipal, observado o requisito mínimo de existência de dois melhoramentos construídos ou mantidos pelo poder público municipal.

Segundo a norma, o que estabelece a caracterização da zona urbana ou rural é a localização, em face do atendimento de dois dos cinco melhoramentos tecidos pelos incisos do § 1º do referido artigo. A destinação da área e sua ocupação não são elementos que demonstram utilidade para a caracterização do imóvel. Aliás, o STF² já pontificou que o critério para a caracterização do imóvel como rural ou urbano somente pode ser estabelecido por lei complementar federal, uma vez que tal critério é definido como princípio geral de direito tributário, devendo ser adotado em toda a Federação.

Todavia, por força do § 2º do artigo em comento, pode a lei municipal cuidar dos espaços urbanizáveis, com o fito de expansão para fins de tratar os loteamentos futuros, tendo por objeto não só a habitação,

2 RE n. 93.850-8-MG, relator Ministro Moreira Alves. Ementário do STF n. 1.264-2.

mas também a indústria e o comércio, mesmo que estejam em áreas não cobertas na modulação do § 1º.

Atesta Aliomar Baleeiro (2001, p. 248) que a razão jurídica para tal dispositivo está em que o loteamento aprovado acarreta, a princípio, valorização dos imóveis, ensejando maior capacidade contributiva dos proprietários e possuidores.

2 COMPETÊNCIA

Dimana dos arts. 156, inc. I, e 147 da Constituição Federal que compete aos Municípios e ao Distrito Federal instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Disso decorre que cabe às Câmaras Legislativas Municipais, exercendo seu poder de tributar, criar o IPTU. Não é de se olvidar que a Constituição Federal não cria ou institui o tributo, apenas estabelece a competência tributária para que os municípios, por seus legítimos representantes, o façam.

No art. 24, a Constituição Federal estabeleceu o que é comumente conhecido como a competência concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, regendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por estes (MORAES, 2002, p. 686). Ainda que o art. 24 não mencione o município em seu *caput*, a interpretação sistemática da Constituição conduz à conclusão de que ele está implicitamente incluído. Tal conclusão é tirada pela interpretação da combinação dos arts. 156 e 30, inc. I, da Constituição Federal. Ora, se é que cabe ao município instituir impostos, cabe-lhe também, por lógica, legislar sobre eles, e, assim o fazendo, estará legislando sobre direito tributário concorrentemente com os demais entes federados.

Desta estampa, cabe ao legislador municipal, observando os princípios informados na Constituição Federal pela competência (art. 156, inc. I) e pelas limitações (art. 150, 151 e 152), instituir o tributo municipal atento ao que Roque Antônio Carrazza (2001, p. 246) convencionou chamar de *arquétipos dos tributos*.

Na avaliação do mencionado autor,

a Constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com certa margem de liberdade para o legislador – a *norma padrão de incidência* (o *arquétipo genérico*, a *regra matriz*) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a *hipótese de incidência possível*, o *sujeito ativo possível*, o *sujeito passivo possível*, a *base de cálculo possível* e a *alíquota possível*, das várias espécies e subespécies de tributos. Em síntese, o legislador, ao exercer a competência tributária, deverá ser fiel à *norma-padrão de incidência* do tributo pré-traçada na Constituição (grifos no original).

Desta feita, pelo império da lei, ao instituir a norma terá o legislador de observar não só a hipótese de incidência, mas, também, a base de cálculo, as alíquotas, os sujeitos da relação tributária e ainda infrações e sanções, quando pertinentes, evidenciando em seu discurso abstrato as limitações implícitas e explícitas descritas na Constituição.

Está-se tratando do princípio da legalidade, pleonasticamente previsto na CRFB (art. 5º, inc. II, e 150, inc. I), que tem por fim perfilar a segurança jurídica em prol do contribuinte. O detalhamento só tem sentido quando a Administração, exercendo sua capacidade fiscal, vier a observar conformidade com a lei. Do contrário, é írrita a preocupação com que se houve o constituinte ou o legislador ordinário. O poder da Administração é vinculado e esta vinculação é à lei.

Em se tratando de direito tributário, a legalidade, como observado alhures, envolve a chamada *reserva de lei*, donde se deduz, a princípio, a exigência de lei no seu sentido formal e material. A advertência é relacionada com a possibilidade de instituição de tributo por Medida Provisória. Hoje a matéria não comporta a ferrenha discussão de outrora, uma vez que a questão ganhou moldura constitucional (CF, art. 62, § 2º).

O princípio da legalidade tributária traz junto a si três outros princípios, a saber: da irretroatividade, da anterioridade e da capacidade contributiva. Este está oculto e é de ser subentendido dentro do espectro maior que é o da legalidade. O princípio da legalidade o guarda como

informador. Isso quer dizer que no processo legislativo já deve haver um juízo de engendro de lei, que deve ser sopesado na fórmula da lei, em seu primeiro contorno, o sentido de antever a capacidade do contribuinte em arcar com essa novel espécie tributária, tal qual concebida.

A capacidade contributiva é de fundo político e axiológico, mas de decisiva e penetrante influência no plexo de princípios estritamente jurídicos que norteiam a prática da tributação (DERZI; COÊLHO, 1982, p. 32).

Ao lado do direito criminal, o direito tributário se avulta em face de um corolário maior que tem braço atrelado não só à segurança, mas sobretudo à justiça. Em sociedades modernas, civilizadas e organizadas, os contribuintes devem ter o juízo de que estão, de fato, contribuindo de forma conveniente para o Estado desincumbir-se de suas despesas. Por outro lado, o Estado deve legislar tributariamente na certeza de que a sociedade, com siso de conformação, aceitará a medida impositora, com a consciência de que ela é necessária às despesas ordinárias e extraordinárias do Estado.

As regras sociais, para gerarem confiança e para determinarem cumprimento, estando arraigadas na consciência popular, não podem ser efêmeras. Nesse caso, devem ser perenes, com o escopo de gerar a segurança que os princípios da sociedade lhes impõem.

A comparação com o direito penal não é à toa. Ambos – o tributário e o penal – têm ponto de contato nas arbitrariedades e desmandos destinados pelos governantes à sociedade. Por justificada razão, em face da ausência de padrões legais e éticos, os povos, por suas lutas intestinas, tiveram que cabrestear os governos e gerar uma nova conformação, que trazia a obediência à lei como garantia de paz e de segurança.

Desta feita, tem-se arraigado nas sociedades modernas, mormente as democráticas, que ao lado do Estado Democrático de Direito estará o princípio da legalidade tributária, que se subsume numa só intelecção:

não haverá Estado Democrático onde não houver obediência à reserva legal.

Não mais, como outrora, o tributo deve ser encarado como atributo único e exclusivo dos governantes. Pelo contrário. Hodiernamente, o fórum para o juízo da necessidade, possibilidade e cobrança de um tributo é o parlamentar. Aliás, é assim desde 1225 na antiga Inglaterra, na época de João Sem Terra. Já naquela época chegou-se à conclusão de que não há tributação sem representação (*no taxation without representation*).

Converge a este entendimento que não se indaga a possibilidade de tributo se ele não proveio do parlamento e, por descortino, indiretamente do povo, já que este é que legitima aquele. Aqui se observa a aceitação do tributo pelo povo. Desse consentimento próprio nasce a conformação pela imposição, originando o pagamento sem traumas.

Pois bem, imanta a legalidade na anterioridade e na irretroatividade. A legalidade traz que a lei não é ato de governo, e sim de parlamento, que é formado pelos representantes do povo, possuindo legitimação para auto-imposição do tributo. A anterioridade reverbera a inoportunidade de o povo ser surpreendido pela imposição de tributo, sem que haja previsão antecipatória. Visa, sobremaneira, a que o contribuinte tenha a faculdade de organizar suas receitas e despesas, planejando-se apropriadamente para o futuro, que, neste caso, há de ser certo. A irretroatividade é servil no sentido de gerar no contribuinte a sensação de que a lei impositiva tributária nunca retroagirá, salvo para beneficiá-lo.

Não refoge a observação de que a obediência pelo governo desses três princípios o redimiria da incredulidade, o faria mais sério e confiante. O planejamento da política tributária permite que a política interna flua com mais dinamismo, auspiciando o equilíbrio social com o progresso econômico. Todos, sociedade e governo, ciosos de seus deveres, fariam sua parte. A primeira contribuindo e o segundo aplicando a receita ingressa pela tributação, conforme a necessidade escorreita e planejada, fazendo

ceder a improvisação, o casuísmo, a irresponsabilidade, o imediatismo de um governo lânguido e descompromissado com a sociedade.

A tributação de ocasião, caracterizada pelo momento, é própria de um desgoverno, ainda que imposta por um governo. Os atos de império, mesmo com indumentária de lei, não corporificam ou legitimam a necessidade popular. Daí ressaí a não-conformação pela sociedade da sanha impositiva do Estado, que sem broquéis investe sobre a renda e o capital privados. Está-se falando da insatisfação popular pela exacerbação do tributo. Mesmo que este seja oriundo de um processo legislativo, não deixa de ser um ato marginal, desagradável, distorcido da realidade, máxime quando o legislador foi mero pária da legalidade para informar a reserva legal. Ao Legislativo se reserva a tarefa legiferante e não mera figura de retórica para ratificar a intenção distorcida e malévola da cobiça do Executivo.

O Executivo, como de costume, com sua força financista e de barganha, faz cair por terra todas as forças vivas que se opõem a ele. Para que isso ocorra basta seu interesse, não só de política tributária, mas de todo e qualquer interesse. Não se compraz em atuar numa batalha legiferante honrada. Para ele, esta é extenuante e desnecessária, uma vez que atua na má-formação do amálgama do Estado brasileiro, que é disforme, mormente em razão da disfunção de seus Poderes. Uns mandam mais que outros. Outro só legitima a intenção doutro e, por fim, mais um, que se acanha em dizer que é o primeiro que manda.

Nesse palco, que nada é de iluminado, apenas servil a interesses, tem-se depositada a crença de que o absolutismo já fora extirpado. Com efeito, por vezes ousa o Executivo, por vezes tiradas do obscurantismo, invadir a sede de nosso tempo, desabrochando como se fosse a chave da salvação das almas.

Mas, malgrado o anseio popular, o que se observa é justamente o contrário. No Brasil atual, muito pouco mudou do passado – ou quase nada. A política de favorecimento, de empobrecimento do Estado é prática

cotidiana, ainda que o governo timoneiro seja outro, que quando era oposição combatia as mesmas práticas que hoje desenvolve. São os discursos de ocasião que muito servem para render à sua frente mídia. Mídia esta que, descompromissada com a verdade, apega-se ao poder para fugir do tabelionato ou da bancarrota, voltando as costas à sociedade.

Sob o império desse clima nada favorável, observam-se mandos e desmandos. Todos erigidos para satisfação efêmera, para atuar como cortina de fumaça, escondendo a realidade na névoa. Debruçado em práticas desarrazoadas, desenfronha-se, de ordinário, um governo fraco, sem lindes, que é tomado por atitudes irresponsáveis, oportunistas, imediatistas, próprias de Estado autoritário, que manda às favas os interesses maiores da sociedade. O primordial é a manutenção no poder; caso possível, adotam-se políticas públicas em benefício social.

Esse é um Estado sem robustez, sem força, com pouca construção democrática, ou quando esta existe serve tão-só para titular discurso evasivo e enfadonho, que é endereçado contra o grupo que está no poder. Do revés, não o pratica.

É nesse campo pouco fértil que se observa o interesse de nossa nação ser manipulado. A tranqüilidade, a confiança e a certeza de um governo trazem não só a paz social, mas, também, o crédito ao governado, a íntima sensação de segurança de que o Poder está imbuído de bons propósitos, entre eles o de tributar com justiça, provendo com parcimônia seus cofres, à medida das forças da sociedade.

A submissão a valores axiológicos sobre as medidas tributárias determinaria na sociedade, em especial no contribuinte, o respeito pelo governo, que é pedra de toque para evitar a evasão fiscal, uma vez que o contribuinte consciencioso paga o tributo porque vê que o pagamento é universal, é justo, e antolha a aplicação da receita tributária em seu favor.

A tributação reina sobranceira quando o contribuinte enxerga a utilidade na instituição do tributo, quando divisa que ele é fruto da construção de uma política tributária sólida e perene, e percebe que o parlamentar

desenvolveu seu papel construtivo e não meramente consolidador dos interesses do governo.

A justiça da tributação passa, necessariamente, pela divisão de responsabilidade entre o Parlamento e o governo na formação da lei, que constituem freios e contrapesos que são guindados para consolidar um Estado Democrático. A fiscalização é mútua e a possibilidade de conluíus e maldades fica afastada.

Partindo-se do estado homeostático do sistema brasileiro, vislumbra-se a concepção de que não há tributo sem lei. O que se mostra verdadeiro, ainda, é que essa lei deve ser prévia e que só retroagirá para beneficiar o contribuinte.

Desta feita, observa-se que a segurança jurídica é um instrumento jurídico para que o contribuinte exerça, em face da previsão objetiva da lei, juízo de antevisão, de cautela e de prevenção. O contribuinte atento à lei pode cogitar com precisão seus direitos e deveres, perante a própria lei.

Como se percebe, a meta jurídica horroriza as medidas de deleite efêmeras e casuísticas. São princípios antagônicos. A segurança jurídica em matéria de tributação não tolera atos abruptos e confusos que geram intranquilidade, gestos nutridos para satisfação momentânea e circunstancial, como de costume materializáveis quando muito por leis inconstitucionais, quando não por decretos ou normas de instrução.

Não escapa à realidade que a forja do Estado Democrático está centrada na obediência à lei, tendo de ser esta lastrada em princípios constitucionais, sob pena de invalidade pelo controle difuso e concentrado do Poder Judiciário.

Alberto Pinheiro Xavier (1978, p. 45), tratando da legalidade e da tipicidade do tributo, refere-se à legalidade como princípio da proteção pela confiança na lei fiscal. Isso quer dizer que as leis tributárias devem ser elaboradas de tal modo que garantam ao cidadão a confiança no quadro

jurídico delas decorrente. Tal quadro é aquele de direitos e obrigações, não só para o contribuinte, mas também para a Administração Pública.

Quando o império da lei fica condicionado, está-se tratando da lei formal, escrita e de cunho material, ou seja, daquela que fora submetida a um processo legislativo escorreito, sem sobressaltos. A lei que traz em si elementos ou critérios que oportunizam sua aplicação ao caso concreto, no mundo dos fatos, deve ser clara e objetiva, não trazendo em suas dobras ensanchas para aplicação, por parte do administrador, de subjetivismos ante as imprecisões de regência.

A lei tributária deve marcar o que se chama de *tipicidade tributária*. A tipicidade é eiva da legalidade porque na lei deve estar contido fato gerador do tributo, sua alíquota, a base de cálculo, e os sujeitos passivos e ativos da obrigação tributária. Desse modo, a precisão da descrição serve para não margear dúvidas ao contribuinte e ao aplicador sobre a aplicação da norma tributária.

Portanto, é a tipicidade tributária a expressão máxima do princípio da legalidade, uma vez que, com esmero e pontualidade, existe a prescrição da norma de conduta.

Muito a propósito, Alberto Pinheiro Xavier (1978, p. 83-99) leciona que a tipicidade divide-se nas características por ele cunhadas como seleção, exclusivismo e determinação. A seleção está atrelada ao momento de criação legislativa, no qual o legislador seleciona os fatos, amoldando-os, tipificando-os e atribuindo-lhes efeitos determinados. A exclusividade é a mera imposição legal: o tributo é produto de lei, é exclusivo e contém todos os dados para sua aplicação. A tipicidade, por sua vez, traz imanenente a determinação, que é a abstração, a concreção e a especificidade. A descrição estrita da conduta do contribuinte gera a obrigação tributária – concreção.

Disso decorre, como já abordado, que o poder de tributar implica a criação do tributo por meio da descrição da hipótese, a fixação de suas

bases de cálculo e alíquotas, bem como a previsão dos sujeitos da obrigação tributária.

Em descortino, é de se perceber que o IPTU, tal qual emoldurado pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional, permite à Administração como também ao contribuinte um conhecimento jurídico a seu respeito. Contudo, a Constituição Federal não cria o IPTU, apenas discrimina a sua competência, outorgando ao município o exercício da capacidade potestativa de instituí-lo. E o município, lastrado em sua autonomia, decide livremente por sua instituição ou não.

O Brasil, inspirado na tradição lusitana concebida inicialmente pelas Ordenações Manuelinas (1521) e posteriormente pelas Filipinas (1603), estabeleceu o regime municipal dentro da estrutura colonial brasileira de então (FERREIRA, 1990, p. 190).

Antes de divagar sobre a autonomia municipal é necessário encarar se o município, tal qual figurado em nossa Constituição Federal, pertence ou não à Federação brasileira. O tema ganha relevo tendo em vista, e é fato, que o município não tem assento de representação no Poder Central da Federação. Observe-se que junto ao Congresso Nacional há a representação do povo pelos deputados e no Senado Federal há a representação dos senadores, no que toca aos Estados-membros.

Conquanto a ausência de representação junto ao poder central, no Brasil pelo menos, o município faz parte da Federação. Não é de se olvidar que a Constituição Federal outorga ao município autonomia, dando-lhe capacidade de auto-organização e de auto-gestão, inclusive com competência legislativa (CF, arts. 29 e 30). Não bastasse isso, o art. 1º situa o município dentro da Federação, dando-lhe paridade com os Estados. Observe-se também o art. 18 da Constituição Federal, que situa o município dentro da organização do Estado brasileiro. Por essas e outras razões, não há como negar a participação do município na Federação brasileira.

Outro não é o entendimento de Alexandre de Moraes (2002, p. 713), o qual defende que

a Constituição Federal consagrou o município como entidade federativa indispensável a nosso sistema federativo, integrando-o na organização político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se nota na análise dos arts. 1º, 18, 29, 30, 34, VII, e, todos da Constituição Federal.

Perfilha a mesma opinião José Afonso da Silva (1998, p. 620), sustentando, em síntese, que o sistema constitucional brasileiro elevou o município à condição de entidade autônoma, dando-lhe competência própria e capacidade de auto-organização. Aliás, esta, mais a normatização própria, o autogoverno e a auto-administração, são as características da autonomia municipal (MORAES, 2002, p. 29).

Desta feita, a competência tributária municipal é fruto da previsão constitucional, que tem como fundamento a autonomia regidamente prevista nos arts. 18, 29 e 30 da Constituição Federal.

É de se observar, conforme estampa trazida pela Constituição Federal no seu art. 18, que o município está em pé de igualdade com o Estado, não havendo entre os entes federados subordinação ou coisa que o valha. A rigor, observa-se uma isonomia, pois a ambos fora dada uma autonomia, a qual, porém, deve ser exercida nos termos ditados na Constituição.

Carlos Ari Sunfeld (1998, p. 171) diz que o Estado brasileiro, em sendo federal, tem suas atribuições, tanto legislativas como administrativas, descentralizadas entre as várias pessoas políticas – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios –, de forma que, pelo prisma jurídico, impera entre as pessoas políticas absoluta igualdade, pois todas são *criaturas da Constituição*, que a cada qual atribuiu uma esfera irreduzível e impenetrável de competências, para que pudessem vir a ser exercidas com toda independência.

Dessa forma, as pessoas jurídicas do Estado brasileiro não detêm superioridade hierárquica, exercendo todas as competências e atribuições conforme suas autonomias previstas na Constituição Federal.

Tratando-se de competência tributária, a autonomia municipal está centrada na outorga ao município de: capacidade de auto-organização através da regência por lei orgânica (CF, arts. 29, *caput*, e 30); autogoverno, via a eleição democrática do dirigente municipal e de sua Câmara de Vereadores (CF, arts. 29, inc. I, e 31); auto-administração, por intermédio da administração de sua unidade autônoma por meio de serviços públicos e na instituição de tributos, arrecadação e aplicação de recursos financeiros (CF, arts. 30 e 156).

Não escapa da idéia que o município tem seu administrador na pessoa do Prefeito Municipal; tem sua administração guiada pela Lei Orgânica; tem seu poder legislativo centrado nos assuntos de interesse local; tem sua vereança eleita para legislar conforme seu peculiar interesse; tem seu planejamento e ordenamento territorial; tem a sua possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual quando couber. Enfim, o município tem vida própria, podendo reger seu destino na medida autorizada pela Constituição Federal.

No tocante à tributação, o inc. III do art. 30 da Constituição Federal dispõe que “compete ao município instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei”.

A Constituição Federal, desenhando os campos de competência tributária, previu, no art. 156, a possibilidade de os municípios brasileiros instituírem três tributos. No dizer de Hugo de Brito Machado (2001, p. 40), a Constituição restringiu a atividade tributacional dos entes federados àquela matéria que lhe foi “constitucionalmente destinada”. Lembrando Luciano Amaro (1997, p. 96), constata-se que a “Constituição não cria tributos; ela outorga *competência tributária*, ou seja, atribui *aptidão para criar tributos*” (grifos no original).

Pois se assim é, a Carta de 1988 outorgou ao município a possibilidade para criar os seguintes impostos: imposto sobre a propriedade

predial e territorial urbana, o de transmissão *inter vivos* e o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

Especialmente quanto ao IPTU, o constituinte traçou sua regramatrix, especificando a quem compete instituí-lo. No particular e de forma genérica, a regra cunhada pela Constituição consiste na circunstância de o proprietário do imóvel urbano pagar o referido imposto.

Veja-se bem, esse é o modelo constitucional. Abstraindo isso, cabe ao legislador ordinário municipal disciplinar, observando os parâmetros disciplinados na CF, sobre o sistema tributário e, na legislação infraconstitucional quanto às normas gerais em matéria tributária (CTN), reger a instituição e a cobrança do IPTU.

Contudo, em situação excepcional, a União, em face da previsão do inc. II do art. 154 da CF, circunstanciada na iminência ou em estado de guerra, poderá instituir imposto dito extraordinário, estando ou não na sua competência tributária, que com o findar da excepcionalidade deverá ser suprimido.

Isso quer dizer que a União em situação excepcionalíssima poderá investir sobre a competência tributária municipal e instituir impostos. Diante disso, a instituição e a majoração do IPTU são da competência tributária municipal, contudo a União pode ter essa competência nos casos de iminência ou casos de guerra externa.

Enfim, abstraindo a exceção antes vista, a Constituição Federal convergiu ao município a competência para instituir o IPTU e a ele, invocando sua autonomia, compete detalhar todos os aspectos da hipótese de incidência desse imposto. Com efeito, por autorização constitucional, observando a CF e o CTN, o município tem competência para instituir o IPTU.

3 ASPECTO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPTU

Como já analisado, o fato gerador do IPTU é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou acessão física, assim como norteados em lei civil, localizado em zona urbana.

Ao tratar do tributo como norma tributária, Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 124, 129-130) diz que o critério³ material da hipótese tributária pode bem ser chamado de *núcleo*, uma vez que é o dado central que o legislador passa a condicionar quando faz a menção aos demais critérios.

Nesse sentido, sustenta que o critério material ou objetivo da hipótese tributária resume-se no comportamento de alguém (pessoa física ou jurídica), consistente num ser, num dar ou num fazer, que é obtido mediante processo de abstração da hipótese tributária, vale dizer, sem se considerar os condicionantes de tempo e de lugar (critérios temporal e espacial).

Adverte Geraldo Ataliba (1998, p. 95) que o aspecto material é o mais complexo da hipótese de incidência, posto que contém todos os dados de ordem objetiva, configuradores do arquétipo em que ela — a hipótese de incidência — consiste. Dizendo melhor: “é a própria consistência material do fato ou do estado de fato descrito pela hipótese de incidência”.

Nessa dicção, observando o lastro doutrinário, tem-se que o IPTU traz em sua regra de modelo legal, expressamente, o comportamento ou a conduta de alguém, materializada pela circunstância de ser proprietário, possessor ou exercer o domínio útil de um bem imóvel.

O fato gerador, ou melhor, jurígeno do imposto é o evento determinado por um fato, ou consistente na prática de um ato, que independe de qualquer iniciativa ou participação do Estado, e é de responsabilidade,

3 Há autores que o chamam de *aspecto* em vez de *critério* (ATALIBA, 1998, p. 70; CARVALHO, 2002, p. 108; entre outros).

única e exclusiva, do contribuinte em face da ação exercida ou da qualidade de ser titular.

No campo do IPTU, basta que o contribuinte detenha a propriedade ou as figuras jurídicas a ela assemelhadas, para então estar sujeito à exação do Estado. Vale lembrar que o contribuinte não se utiliza da bilateralidade para se encontrar em situação de gerar a incidência tributária. Nesta ocorrência age sozinho, sem auxílio do Estado, que também só atuará após a configuração da materialização da hipótese tributária.

Não se olvide que da ocorrência do fato imponible no mundo dos fenômenos, conforme a legal e anterior previsão da hipótese de incidência, é que o contribuinte, realizando o fato gerador, dá surgimento à obrigação tributária. Da realização do fato imponible está o contribuinte obrigado ao recolhimento da imposição estatal.

É de se verificar que o IPTU envolve o relacionamento de uma pessoa a uma coisa, condição esta de ter para si um imóvel, na figura jurídica delimitada como proprietário, possessor ou enfiteuta. Ter o imóvel como proprietário, por exemplo, é a materialização da hipótese de incidência, sendo, pois, passível de gerar a relação jurídico-tributária entre o proprietário – neste caso – e o município.

O art. 32 do CTN condicionou o relacionamento que envolve a pessoa e a coisa às instituições do direito civil. De forma especificada, já se teve oportunidade de tratar das figuras previstas na lei tributária como agentes passivos da relação obrigacional.

Por outro lado, a leitura que se faz deste mesmo dispositivo, no que se refere à norma padrão, é que o legislador prevê a tributação do prédio e, distinto deste, do território, não importando que aquele esteja assentado sobre este. Isso quer dizer que a tributação incide sobre ambos, o que não destoa dos conceitos passados pela teoria civilista da propriedade, que no caso engloba as duas situações jurídicas (prédio e terreno). Neste caso, o prédio considera-se acessão (CC, art. 1.248, inc. V).

Não se pode perder de mira que prédio é a edificação construída sobre o terreno, e pode ser uma casa ou um edifício. Prédio, neste caso, é o urbano, já que o rústico está fora da órbita de abrangência do IPTU; deste cuida o Imposto Territorial Rural – observe-se aqui que o tributado é apenas o território, não importando o que está edificado no prédio rústico. O sentido é a exploração agrícola.

No IPTU, o sentido da expressão *predial* é restrito ao imóvel edificado, independentemente da utilização econômica, que, em voga, só tem serventia para o fito de graduar a tributação. Doutra banda, a expressão *territorial* tem correspondência com o terreno não construído, ou seja, sem benfeitorias.

É de se sublinhar que, a exemplo do prédio, a localização e a destinação do terreno exercem papel importante após a caracterização dos dados substanciais que servem de suporte à hipótese de incidência. É, a rigor, uma consequência da norma tributária, pois se apresentam como ferramenta útil para estabelecer a graduação do tributo.

O foco na repartição impositiva do prédio em relação ao terreno que nele está depositado é de utilidade ao direito tributário, diferentemente do que ocorreu no direito civil. Observa-se, por exemplo, que o terreno pode estar alugado e o locatário sobre este pode edificar um imóvel. O ente tributante, divisando tal ocorrência, pode cobrar o IPTU pela propriedade do terreno do locador e cobrar do locatário o imposto predial, pois a ele pertence o prédio edificado em terras de outrem, desde que a construção esteja averbada na matrícula do Registro Imobiliário.

O art. 32 do CTN condiciona a existência da hipótese tributária à propriedade, ao domínio útil ou à posse de bem imóvel *por natureza ou por acessão física*. Pois bem, o que são bens imóveis por natureza e o que são os provenientes de acessão física?

Aqui, também se apodera do princípio informador trazido no art. 110 do CTN. São bens imóveis por natureza: o solo, a superfície, os acessórios e as adjacências naturais, que compreendem as árvores, os frutos

pendentes, o espaço e o subsolo, na forma delimitada pelo antigo art. 43, inc. I, do CC de 1916. Hoje, o art. 79 do CC de 2002 diz que são imóveis o *solo* e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Pela nova regra de direito civil, o legislador deixou de exemplificar na norma o que ele entendia como acessão física, não repetindo o que jazia no inc. II do art. 43 do CC revogado, *in verbis*: “[...] tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura, ou dano”.

A propósito, o novo Código Civil abandonou a classificação dos bens imóveis trazidos pelo Código de 1916. Assim, enquanto o art. 32 do CTN não for alterado, há que utilizar os conceitos previstos no CC revogado.

São considerados ainda acessão, e por tal adquire-se a propriedade imóvel, na forma do art. 1.248 do CC, vetusto art. 536 do CC/1916, a formação de ilhas, o aluvião, a avulsão, o abandono de álveo, as plantações e as construções.

Fundado ainda na teoria civilista, quem pode ser sujeito passivo da relação tributária? Ressalta-se que o proprietário, o possuidor e o enfiteuta já foram alvos de considerações alhures. Conquanto isso, serão novamente, entretanto far-se-á uma abordagem mais ampla, não esquecendo outras figuras que porventura assumem, de fato, o papel de pagadores de IPTU.

Entrementes, estando o proprietário de imóvel urbano, compreendido este pelo terreno e edificação, sujeito ao pagamento do IPTU ao município da situação do imóvel, como fica a situação do *nu-proprietário*, do *fiduciário*, do *titular dos direitos de uso e habitação*, do *arrendante*, do *promissário comprador de imóvel* e outros?

Como sabido, o Código Civil não traz a definição de propriedade, mas o faz apenas do direito de propriedade. Pois bem, se a Constituição Federal determina que o aspecto material da hipótese de incidência do

IPTU é a propriedade e, juridicamente, tem-se a definição de propriedade como sendo o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar de quem injustamente a detenha, isso permite que se conclua que quem detiver alguns desses direitos, acompanhados do *animus* de ser proprietário, poderá figurar no pólo passivo da obrigação de pagar o aludido imposto (FURLAN, 2000, p. 61).

O nu-proprietário é figura do direito civil decorrente do instituto do usufruto. O usufruto é o direito real que permite ao titular fruir as utilidades e frutos da coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade, cabendo ao usufrutuário o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (CC/2002, art. 1.394). O usufrutuário pode, por assim dizer, usar, consumir e vender os frutos, dar a coisa em locação, fazendo seus os alugueres.

A existência do usufruto não faz decair a responsabilidade tributária do nu-proprietário; mesmo passando a coisa à posse direta do usufrutuário, o nu-proprietário não deixa de ser proprietário do bem para fins do IPTU, uma vez que é dele o domínio da coisa – base da sujeição do fato imponible. Enfim, o contribuinte é nu-proprietário, não sendo o usufrutuário sujeito passivo da relação tributária (DERZI; COÊLHO, 1982, p. 125).

A partir deste ponto será abordada a questão do fideicomisso. Este se opera quando o testador deixa seus bens a uma pessoa que, após a morte, transmite, por dado tempo ou sob condição, a outra. Respectivamente, está-se tratando do fiduciário e do fideicomissário (CC/2002, art. 1.951 e seguintes).

O fiduciário recebe desde logo os bens, enquanto o fideicomissário só os receberá com a morte do fiduciário, ou pela ocorrência do termo marcado pelo testador. O fiduciário exerce a propriedade plena enquanto perdurar o encargo, situando-se como sujeito passivo da obrigação tributária no que toca ao IPTU. Vale lembrar que será também fideicomissário quando receber o bem do fiduciário.

Há ainda outro direito real, quais sejam os direitos de *uso* e *habitação*. O uso, como está a indicar o nome, é a utilização da coisa para atender às necessidades do usuário ou de sua família (redação do art. 742 do CC de 1916). Diga-se que o uso é o usufruto restrito tão-só ao uso. Seria uma espécie de usufruto, conforme bem dimensiona o atual art. 1.413 do CC.

A habitação é outro direito real sobre coisa alheia, com imposição mais restrita ainda que o uso. Decorre do art. 1.414 do CC de 2002 que o direito de habitação é restrito à utilização somente para habitar, ficando vedada a locação e o comodato. Dir-se-ia, a rigor, que é um uso limitado à habitação. É outra subespécie de usufruto (CC, art. 1.416) e uma espécie de uso (CC, art. 1.414).

Em ambas as situações jurídicas de desfrute sobre a coisa, em momento algum o domínio foi transferido ao usuário ou ao habitante. Estes exercem a posse direta; logo, nesses casos, o contribuinte do IPTU é o proprietário da coisa imóvel.

Tem-se ainda a figura da locação, na qual ganham repercussão jurídico-tributária as figuras do *arrendante* ou do *locatário*. No caso do locatário, este exerce tão-só a posse direta sobre o imóvel que ocupa, razão pela qual é questão pacífica que o responsável tributário da relação obrigacional atinente ao recolhimento do IPTU é o proprietário do imóvel.

Para o município tributante, é irrelevante a relação contratual locatícia havida entre locador e locatário. Para todos os fins, o responsável tributário será sempre o proprietário, tal como desenhado no art. 32 do CTN. O que pode ocorrer, e costumeiramente ocorre, é que em contrato locatício o locador estipula com o locatário a obrigação de este pagar o IPTU, porém isso não altera o estado das coisas na seara tributária. Isso quer dizer que quem é o responsável pelo pagamento do IPTU continua a ser o locador. A responsabilidade do locatário a respeito é meramente contratual com o locador, sem ingerência na tributação.

Com relação à figura do promissário comprador de imóvel ou da promessa irretratável e irrevogável de compra e venda: a quem compete pagar o IPTU?

Partindo-se da premissa de que o promitente comprador está na posse do bem imóvel, entende-se correto que a ele cabe o encargo de recolher o imposto. A posse aqui é o divisor de águas, pois vale juridicamente como marco para identificar o sujeito passivo da relação tributária, na forma preconizada no art. 32 do CTN.

Outras considerações devem ser erigidas a respeito, pois, consoante a legislação em vigor, a promessa de compra e venda pode ou não estar averbada no Registro Imobiliário. Observe-se que o contrato em análise é uma promessa que só se encontra perfectibilizada quando o comprador cumpre a avença, quitando o preço ajustado.

Antes disso, o promissário vendedor é o proprietário do bem imóvel, não há o que questionar. O que ocorre é que o promissário vendedor outorga ao comprador a imissão na posse do bem negociado, dando-lhe a posse indireta. Contudo, não é estranha a conduta do Fisco municipal dar ao promissário comprador a condição de sujeito passivo, quando imitado na posse do bem, munido de contrato irretratável e com prova da quitação do contrato.

Tratando-se de direito civil, a solução da administração tributária é injurídica, pois a propriedade só se transfere com a transcrição (CC, art. 1.245). Assim, antes da transcrição do título aquisitivo da propriedade, quem deve arcar com o encargo impositivo é o proprietário e não o promissário comprador, que enquanto não houver a transcrição não exerce o domínio da coisa adquirida.

Porém, isso não é o que ocorre usualmente. É costume assente que o contrato quitado e averbado é instrumento servil à imposição tributária em desfavor do promissário comprador. E é de se concordar que a promessa quitada e averbada já seria um bom indicativo da propriedade do

imóvel. Diga-se que estaria inserido ato constitutivo anterior à inscrição, pois os elementos necessários a esta já existem.

A roborar tal entendimento, conforme o dístico presuntivo da riqueza, é sobre o possuidor direto, promissário comprador, que deve recair a inflição, pois é ele que exerce em última análise a posse da coisa, desfrutando de seu prazer, havendo a inequívoca intenção de propriedade.

Merece relevo ainda a análise da *propriedade resolúvel*. Na forma do art. 1.359 do CC de 2002 (antigo art. 647), resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se, por igual, resolvidos os direitos reais concedidos durante sua vigência.

É de se observar que a condição e o termo estão regidamente previstos no título aquisitivo da propriedade. Como exemplificação do presente instituto, tem-se o fideicomisso e o contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda.

O caso em desate é de fácil solução para o direito tributário, mormente para identificar quem é o responsável pelo pagamento do tributo. Enquanto perdurar a propriedade, antes da ocorrência do termo ou da condição, é o proprietário do bem o sujeito passivo da relação obrigacional tributária, na exata compreensão do art. 117 do CTN.

Mesmo que já tratado anteriormente, há a figura do enfiteuta. Na ordem do Código Civil revogado, a enfiteuse (art. 674, inc. I) era considerada como direito real, ao lado da propriedade e outros mais direitos (p.ex.: as servidões, o usufruto, o uso, a habitação etc.).

No ordenamento civil posto, não há mais a previsão de antanho, contudo isso não quer dizer que não exista mais o instituto da enfiteuse. A enfiteuse que mais ganha relevo em dias atuais é aquela surgida pela ocupação tolerada por particulares (domínio útil) dos terrenos de marinha, que são bens públicos dominiais da União (domínio pleno ou direto).

Terrenos de marinha são faixas de terras contadas a partir de uma determinada distância do quebramento do mar, na costa nacional, em

direção à terra. Calha trazer que o Decreto-Lei n. 9.760, de 3 de setembro de 1946, rege quais são os bens imóveis da União e, numa lista de 12 espécies, inclui os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Consoante o art. 2º do Decreto-Lei supracitado, os terrenos de marinha são os terrenos em uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar médio de 1831, situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés, e os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

O art. 3º também traça que são os acrescidos de marinha os terrenos que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

A seguir, tratar-se-á do *possuidor*. Não é qualquer posse que dá surgimento à obrigação tributária por parte do possuidor. A posse que postula vocação para o encargo tributário é aquela descortinada em face da intenção do possuidor possuí-la, na compreensão de ser o verdadeiro proprietário do bem imóvel que ocupa. É de se dizer que a posse exigida seria a *ad usucapionem*, em confronto com a *ad interdicta*.

De feito, a redação do art. 34 do CTN não foi a melhor que poderia ser dada, pois o sujeito passivo da relação jurídico-tributária não pode ser o possuidor a qualquer título. A propósito, sabe-se que aquele que não detém a posse com espírito de considerar sua a propriedade não pode ser tido como possuidor para fins de lei. Como exemplo, tem-se que o locatário, o comodatário e aqueles que exercem a posse advinda de vício não trazem junto a si a condição de envergar a sujeição impositiva do IPTU.

Para tal mister deve o possuidor considerar que detém a posse como se sua fosse a propriedade. O possuidor comporta-se como faria o proprietário (VENOSA, 2002, p. 48). Na compreensão passada por Jhering sobre a posse, é de fundamental importância fixar o destino econômico dado à coisa (DINIZ, 1988, p. 31), sendo a exteriorização da propriedade,

a visibilidade do domínio, o poder de dispor da coisa (MONTEIRO, 1989, p. 19).

Nessa concepção, o locatário, o credor anticrético, o usufrutuário, o comandatário, o arrendatário etc. não munem o exercício da posse do sentimento que os faz titular de um direito, comportando-se à semelhança de como fariam se proprietários fossem da coisa. Às escâncaras, não se comportam como o faria o proprietário, pois sabem que sua posse advém de uma relação negocial ou jurídica, o que os impede de desenfronhar aquele sentimento de proprietário.

Na seara da posse há, ainda, a questão referente às favelas, na contagem da existência do imóvel solo e do imóvel prédio. Toma-se por favela o conjunto de habitações populares toscamente construídas, com arruamento sem planejamento, de debilitada presença e assistência do Estado, quando existentes, e, sobretudo, com recursos higiênicos deficientes.

De início, é de avocar-se mais uma vez a capacidade contributiva, que é estratificada pelo signo presuntivo da riqueza. Ora, a pessoa que mora em uma favela já é por si só tarifada como necessitada, pois, não o fosse, por certo lá não moraria. Dessa conclusão há uma interrogação pontual séria sobre a capacidade dessa pessoa em contribuir para com o Estado. De ordinário, são miseráveis, carentes na acepção da palavra, divorciados pelo Estado dos demais segmentos sociais, pela ausência de recursos; marginalizados, ainda que não sejam marginais; depositados em regiões debilitadas à margem das regiões atendidas pelo poder público; agrupados pelo descaso público; sectarizados pela vida.

As ocupações de áreas que constituem favelas, em regra, são clandestinas. Essas áreas podem ser públicas ou particulares. Não importando a propriedade da área ocupada, o IPTU é indevido.

Nesse passo, são pertinentes as observações seguintes. Primeiro, por questão lógica, quem mora em casebre edificado com resto de materiais de construção e em circunstâncias similares, com lonas, latas, plásticos, sem um mínimo de condição digna, por óbvio está *a latere* de toda e qualquer

exação. Pois se dinheiro tivesse para contribuir para com o Estado, antes contribuiria consigo.

Segundo, por questão jurídica, na situação de a coisa pertencer a uma pessoa política há a imunidade intergovernamental recíproca, prevista na Constituição Federal, no art. 150, inc. VI, alínea *a*. Sendo assim, em tese, a imposição tributária seria possível só no que toca à posse.

No entanto, neste caso, não há como seccionar a edificação do solo. A construção tacanha não se constitui de propriedade autônoma para fins tributários. A posse é tributada, como se viu, quando há o sentimento de propriedade pelo possuidor sobre a coisa, o que não é o caso. Existe, sim, uma ocupação, sabidamente ilegal por parte do ocupante, que malbarateia a ilicitude do ato praticado.

A posse para fins tributários só é relevante quando não oriunda de precariedade e quando for desconhecido o proprietário ou, quando conhecido, está ele em lugar incerto e não sabido. Em casos como esses, a posse é tida como a exteriorização do domínio.

Por outro lado, quando a ocupação for em área particular, a solução não fica muito longe do antes dito sobre a responsabilidade do favelado. Aqui, como ali, não há o que tributar dele.

O mesmo não se diga do proprietário do imóvel. Cá, ao revés de lá, não há reciprocidade de imunidade, havendo em decorrência a obrigação de pagar do particular. É de se evidenciar que nesse caso o IPTU será menor, já que o município não o terá como construído, não havendo a incidência tributária sobre a construção.

Consoante a compreensão de que a natureza do IPTU seja imposto pessoal, com base nas raias da primeira parte do § 1º do art. 145 da Constituição Federal, a qual determina que sempre que possível deverão os impostos ter caráter pessoal, assim como graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, chega-se à conclusão de que não apenas o proprietário, mas todo aquele que detiver alguns dos poderes a

ele inerentes, porém aptos a ensejar a presunção de sua capacidade contributiva, poderá figurar no pólo passivo da obrigação tributária (FURLAN, 2000, p. 62).

Diante desse entendimento, é de se inferir que a materialidade da hipótese de incidência tributária deve constituir-se em signo presuntivo da riqueza, vindo tal remate a calhar sobre a não-sujeição do IPTU ao ocupante de barraco em favela.

Ainda, em sendo a materialidade da hipótese de incidência tributária um fato presuntivo de riqueza, aquele que a realiza tem imantada a presunção de ter capacidade de contribuir para com o Estado.

4 ASPECTO PESSOAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPTU

O aspecto pessoal do imposto é o conjunto de elementos segundo o qual se pode identificar os sujeitos da relação jurídica tributária (FURLAN, 2000, p. 74). Noutras palavras, é um instrumento de indicação de sujeitos da relação jurídica tributária que se encontra fundado na consequência da incidência do IPTU.

Isso quer dizer que há a relevância da identificação dos sujeitos após verificada a ocorrência do fato imponible, ou seja, realizado o fato imponible, exsurge a obrigação tributária, que é o liame jurídico que vincula dois sujeitos, ativo e passivo, a um objeto, uma obrigação.

Assim, na relação tributária há dois pólos. Num lado situa-se o Estado, entendido, pois, no sentido lato, como o titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação. Noutro vértice está o particular, que é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo e seus acessórios.

Calha enfatizar, em se tratando do sujeito ativo, que nada proíbe, pelo contrário, tudo autoriza, que o Estado, no exercício da titularidade da competência, possa delegar a terceira pessoa, pública ou privada, a capacidade tributária ativa. Ou seja, há a atribuição para outra pessoa de integrar a relação jurídica de natureza fiscal, na condição de sujeito ativo,

podendo, em decorrência, exigir tributos (CARVALHO, 2002, p. 163). Em palavras miúdas, o sujeito ativo é o credor da obrigação tributária. É a pessoa que tem o direito subjetivo de arrecadar o tributo.

Em se tratando do sujeito ativo da obrigação tributária, mister se faz, outra vez, diferenciar a competência da capacidade tributária. Aquela, como visto, é a faculdade de criar tributos, regendo em lei a hipótese de incidência. Esta – a capacidade –, como cediço, é a aptidão do Estado, em sentido largo, de ocupar a posição de credor da obrigação jurídico-tributária.

Pinçando a Constituição Federal, tem-se que a pessoa que enverga a titularidade ativa na obrigação decorrente do IPTU, de uma forma geral, é o município (CF, art. 156, inc. I). Vale registrar ainda que a Lei Maior, em seu art. 147, confere legitimidade ativa para a União, em Território Federal, não dividido em municípios, e ao Distrito Federal também. Desse modo, é o município o credor da obrigação tributária, cabendo-lhe após o lançamento exigir o pagamento do tributo.

Doutra banda, tem-se o sujeito passivo da relação tributária, que é a pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, de quem será exigido o cumprimento de prestação pecuniária, caracterizada como de natureza real (CARVALHO, 2002, p. 165).

É o devedor, convencionalmente chamado de contribuinte, que terá seu patrimônio reduzido em face da arrecadação do tributo. A pessoa física ou jurídica fica na contingência legal de ter o comportamento objeto da obrigação, em detrimento do próprio patrimônio, e em favor do sujeito ativo da relação jurídico-tributária (ATALIBA, 1998, p. 77).

Ainda, de Geraldo Ataliba (1998, p. 77), cabe trazer que o sujeito passivo, em regra, é a pessoa que está em conexão íntima, relação de fato, com o núcleo que é o aspecto material da hipótese de incidência tributária. Adverte o autor que nem sempre essa conexão se apresenta às claras, cabendo ao intérprete, frente a isso, desvendá-la.

Observe-se o IPTU. A Constituição Federal apenas dá a entender que o contribuinte do IPTU se resume na figura do proprietário, o que é um equívoco, pois o legislador infraconstitucional se serviu da circunstância do fato imponível, orientando-se por princípios financeiros, e estendeu o plexo àquelas situações que guardavam similitude com a do proprietário.

Diz Geraldo Ataliba (1998, p. 79) que “o legislador deve colocar como sujeito passivo, nos impostos, a pessoa cuja capacidade contributiva é manifestada (revelada) pelo fato imponível”.

Tendo por enfoque o IPTU, o aspecto pessoal da hipótese de incidência deste imposto no plano passivo da obrigação está centrado na figura da pessoa do proprietário e de seus assemelhados, conforme descrito no art. 32 do CTN.

5 ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPTU

Conforme já se teve oportunidade de verificar, a propriedade ou sua aparência sobre um bem imóvel constitui o aspecto material da hipótese de incidência do IPTU. Por outro lado, também já se investigou que o proprietário ou aquele a ele assemelhado potencializa o aspecto pessoal da hipótese de incidência do IPTU.

Doravante o estudo se apoiará sobre o tempo, para o fim de enfrentar a relevância do aspecto temporal na hipótese de incidência do IPTU.

O critério ou aspecto temporal disposto na hipótese de incidência importa na indicação das circunstâncias de tempo. Sua sublime afirmação toca a importância de descerrar o momento em que se reputa ocorrida a hipótese de incidência, tal qual nutrida na lei.

Nesse aspecto, a análise se abeberará da lição de Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 134), que conceitua critério temporal das hipóteses tributárias como “aquele conjunto de elementos que nos permite identificar a condição que atua sobre determinado fato (também representado abstratamente – critério material), limitando-se no tempo”.

Outra não é ensinança de Geraldo Ataliba (1998, p. 85), que define o aspecto temporal da hipótese de incidência como a propriedade que esta tem de designar o momento em que se deve reputar consumado, acontecido ou realizado um fato imponible.

Nada mais é do que o estabelecimento por parte do legislador do momento em que deve ser considerada, em forma abstrata, a consumação do fato imponible. É importante lembrar, por oportuno, que o fato imponible é a ocorrência no mundo fenomênico de um fato que se subsume na hipótese de incidência.

A legislação, por vezes explícita e em outras implicitamente, indica o momento em que o fato imponible é tido por consumado. No caso do IPTU, a lei sempre o rege explicitamente, o que não ocorre, por exemplo, com o IPI, com o ICMS, em que a lei não se ocupa com o momento em que deve acontecer o fato hipoteticamente descrito, permitindo concluir-se que, em qualquer momento, uma vez acontecido o fato imponible, vê-se materializada a hipótese de incidência (ATALIBA, 1998, p. 85; CARVALHO, 2002, p. 40).

De acordo com Sacha Calmon Navarro Coêlho (DERZI; COÊLHO, 1982, p. 148), segundo o aspecto temporal da hipótese de incidência tributária, os tributos podem ser: *certus quando* e *incertus quando*. O primeiro (*certus quando*) representa aqueles em que a lei expressa ou implicitamente indica um momento certo para que se dê a ocorrência do fato gerador, como, por exemplo, o IPTU, em 1º de janeiro de cada ano. Já o *incertus quando* concebe aqueles em que a lei não marca um momento para que ocorra o fato gerador. Tem-se como exemplo o ICMS, pois, na medida em que haja operação relativa à circulação de mercadorias ou serviços, há a ocorrência do fato gerador.

Com relação ao IPTU, o tratamento de realização do fato imponible está perfeitamente caracterizado na legislação como marco depurador da incidência tributária. O aspecto temporal do IPTU marca no tempo o momento em que se deve considerar ocorrida a sua hipótese de incidência,

permitindo que a ocorrência do fato jurígeno determine a derivação de todos os efeitos jurídicos relevantes dele decorrentes.

Esse marco temporal deve ser fixado pelo legislador municipal por meio de lei ordinária, que delinear, apontando no tempo, o momento em que se deve considerar ocorrido o fato jurídico tributário. A indicação deve consistir no dia e mês, para cada ano, dissipando assim possíveis dúvidas, para dela extrair os efeitos jurídicos pretendidos. Em regra, é sempre o dia 1º de janeiro de cada ano (exercício financeiro).

Isso não quer dizer que o legislador não possa estabelecer outra data para o nascimento da relação jurídico-tributária, que poderá ser bienal, anual, ou qualquer outra fração de tempo, até mesmo diária (BECKER, 1972, p. 391). Releva dizer que o período deve ficar à discricionariedade do legislador.

Contudo, como experimentado e regra usual, é que seja eleito pelo legislador municipal o lapso temporal compreendido de um ano civil. Infere-se daí que a pessoa física ou jurídica que realizar o fato imponible, ou seja, ter a propriedade, o domínio útil ou a posse de um bem imóvel, no dia 1º de janeiro de cada ano, assumirá a condição de sujeito passivo da relação tributária, constituindo-se como contribuinte do referido imposto.

Alfredo Augusto Becker (1972, p. 391-392) acentua que,

quando o Estado de fato jurídico que configura o núcleo (base de cálculo) da hipótese de incidência dos impostos de propriedade territorial ou predial tiver por medida de tempo (coordenadas de tempo) o ano civil, então, a hipótese de incidência somente estará realizada ao término do *último momento* do dia 31 de dezembro. A regra jurídica tributária (que criará a relação jurídica tributária em cujo conteúdo está o dever jurídico de pagar o imposto em tela) somente poderá incidir depois de realizada a hipótese de incidência, de modo que incidirá a regra jurídica tributária vigente no *primeiro momento* do dia primeiro de janeiro do novo ano (grifos no original).

Não é demais crivar que, transcorrido o marco temporal, que no IPTU é determinado, realizado está o fato jurígeno, dê presente o aspecto material da hipótese de incidência tributária, instaurando-se plenipotenciária a obrigação jurídico-tributária. Fruto disso, nasce o vínculo jurídico, em que o credor tributário passa a ter direito subjetivo de exigir do devedor certa prestação pecuniária em dinheiro.

6 ASPECTO ESPACIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPTU

Depois de desfraldados os aspectos material, pessoal e temporal do tributo, é preciso abordar o espacial. Essa abordagem é de relevo, sobretudo porque nela se precisam os elementos necessários e suficientes para identificar a circunstância de lugar que condiciona o acontecimento do fato jurídico (CARVALHO, 2002, p. 130).

Não é sem razão, pois o comportamento de um sujeito (ter, ser, estar e fazer) deve estar delimitado em condições espaciais – diga-se mais claro, no espaço. Por isso, tem-se como aspecto espacial da hipótese de incidência tributária a indicação de circunstâncias relevantes para a configuração do fato imponible (ATALIBA, 1998, p. 93).

Não verve a mais simplória discussão de que o fato imponible, como fato, fato da vida real, materializado no tempo, tem que ser operado em determinado lugar, porque é esta determinação de lugar que cuida o aspecto espacial da hipótese de incidência do tributo.

Parafraseando Geraldo Ataliba (1998, p. 93), a hipótese de incidência só qualifica um fato como hábil a determinar o nascimento de uma obrigação quando esse fato se dê no âmbito territorial de validade da lei, isto é, na área espacial a que se estende a competência do legislador tributário.

Pois bem, na especificidade do IPTU a questão ganha relevo, uma vez que a norma impositiva tributária deve ser aplicada dentro do universo do município, contudo a eficácia da lei será limitada às regiões atendidas conforme rol do § 1º do art. 32 do CTN, ou seja, aquelas compreendidas dentro do perímetro urbano do município.

Aqui se descalva a distinção entre o aspecto espacial da hipótese de incidência do IPTU e a eficácia da lei instituidora do IPTU.

A lei tributária tocante ao IPTU rege a obrigatoriedade da incidência, considerando determinadas áreas urbanas, nada obstante tenha a lei municipal eficácia plena em todo o território municipal, compreendido este na composição da área urbana mais a rural (CARVALHO, 2003, p. 257).

Dessarte há que ater, para o fim de fazer a cobrança do IPTU, se o local onde se situa o bem imóvel corresponde à área geográfica tida como urbana. Essa elucidação é de fundamental importância, pois a lei toca a todo o território municipal, porém só gera eficácia tributária municipal a determinadas e específicas áreas localizadas dentro do limite inferior do perímetro urbano.

A significância guarda correspondência aos acontecimentos ocorridos dentro de uma área geograficamente delimitada, escapando as demais das vestes da imposição municipal, caindo, porém, nos braços do imposto federal, Imposto Territorial Federal (ITR).

Logo, é forçoso que seja caracterizada a situação do imóvel e, acima de tudo, delimitada a área urbana para, após isso, exercer-se juízo se a lei municipal alcança eficácia sobre o local pontuado como da situação do bem imóvel. Essa compreensão é importante para que não haja dúvida da situação do bem, pois a incerteza pode gerar a tributação municipal e a federal.

Desta feita, há que determinar no espaço geográfico a área de influência do IPTU, ou seja, a compreendida como urbana, restando, de consequência, expungida a rural. É mero exercício de raciocínio lógico. Onde se inclui uma, exclui-se a outra.

O § 1º do art. 32 do CTN é pedra de toque à solução. Diz o preceptivo que se entende como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados

em pelo menos dois dos incisos, construídos ou mantidos pelo poder público.

Os incisos tocam ao seguinte: I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II – abastecimento de água; III – sistema de esgotos sanitários; IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento; e V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

Pelo que se deduz, a zona urbana deve ser alvo de lei municipal, que por sua vez deverá tomar em conta pelo menos dois melhoramentos dos cinco incisos previstos no § 1º do art. 32.

O CTN, como regra geral disciplinadora e veladora do princípio federativo, rege de forma harmônica o que é compreendido como zona urbana, devendo o legislador municipal considerá-lo para delimitar no município o que se compreende como zona urbana.

Não se observa, no particular, nenhuma ofensa à Constituição Federal. Não se vislumbra, por igual, vulneração ao princípio da autonomia do município. O que o CTN faz é reger, de forma única e num país de contorno continental, o que deve ser entendido como zona urbana. Ao não fazê-lo, por certo, haveria várias concepções, o que violaria o sentido de normatização geral do CTN.

O constituinte não definiu na Constituição Federal o que seria zona urbana, logo é lícito que o legislador infraconstitucional o faça, sem, contudo, invadir seara de competência daquele.

É importante ressaltar que a compreensão de zona rural exsurge, por exclusão, do que seja zona urbana. Imagine-se a desordem legislativa no país se cada legislador municipal pudesse delimitar, sem freios e a seu único critério, o que seria zona urbana.

Com efeito, a formação do município é muito mais um advento social do que político-jurídico. Os povoados se fazem por migração, onde, ao lado dos precursores, instalam-se as vizinhanças. Na verdade é obra da

natureza, muito mais do que fruto dos impulsos do homem. O homem é ser gregário e isso o move a viver em sociedade, ao lado dos outros, formando os povoados e posteriormente, por evolução, uma cidade.

Doutro giro, não seria tão-só calcado nisso que o legislador municipal, balastrado na Constituição Federal, em especial no disciplinamento do *interesse local*, sem regras estanques e de caráter geral, estabeleceria o que ele entende que naquele município se compreende como zona urbana.

A rigor, o CTN deixou preciso que a delimitação urbana, por lei, pertence ao município titular da competência para instituir o IPTU.

Vale trazer à tona, ainda, que o ITR é da competência da União e seu campo de incidência corresponde, por exclusão, ao que dentro do município não se compreende como zona urbana, que, por ilação, será rural.

Pois bem, tratando-se do ITR, algumas considerações de cunho legal merecem ser feitas ante a aparente antinomia de normas, mormente entre o CTN (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966) e a lei que instituiu o Sistema Nacional de Cadastro Rural (Lei n. 5.868, de 12 de dezembro de 1972), uma vez que esta última reservou uma nova dinâmica para a definição do que seria zona rural.

Inicia-se com um périplo pelo Estatuto da Terra (ET), Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. O Estatuto da Terra, no inc. I do art. 4º, para efeito de lei, disciplina o que considera ser imóvel rural.

Por esse ordenamento conceituado está que imóvel rural é o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.

Ponto de destaque à conceituação de zona rural para o Estatuto da Terra é a destinação, sendo desimportante a localização da coisa imóvel para efeito da exploração agrícola, pecuária e agroindustrial. Por essa via, a definição da incidência do IPTU para o ITR passaria pela destinação da coisa a ser tributada, pouco importando sua localização.

Contudo, a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecida como Código Tributário Nacional, que estabelece para o território nacional as normas gerais de direito tributário, em seu art. 32 deu uma nova concepção para a caracterização do imóvel urbano e rural. Ao revés da compreensão passada pelo Estatuto da Terra, que trazia como marco identificador a *destinação* da coisa, o CTN inovou abordando a questão pela sua *localização*. Logo, o que interessa para individuar a terra como urbana ou rural é sua localização, sendo desinfluyente a destinação do emprego da área.

O fulcro é lastrado pelo art. 29 da lei em comento, pois esta deixa claro que o ITR é da competência da União e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel, *localizado fora da zona urbana*.

Por sua vez, diz o art. 32 do CTN que compete ao município a definição de zona urbana, dès que observados os parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, entendidos como equipamentos urbanos e zona urbana por equiparação (FURLAN, 2000, p. 48).

Na evolução legislativa, tocante ao assunto em desate, tem-se o Decreto-Lei n. 57, de 18 de novembro de 1966. Esse Decreto-Lei traz dispositivos sobre lançamento e cobrança do ITR, instituindo normas sobre arrecadação da dívida ativa correspondente.

Em suma, a nova ordem estabelece, pela interpretação por ela passada, em face das disposições contidas nos arts. 14, 15 e 16, que o imóvel estará no campo de incidência do IPTU, desde que destinado para fins não-rurais, qualquer que seja a sua localização.

A propósito, apresentam-se os artigos:

Art. 14. O disposto no art. 29 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel que, comprovadamente, seja utilizado como "sítio de recreio" e no qual a eventual produção não se destine ao comércio, incidindo assim, sobre o mesmo imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, a que se refere o art. 32 da mesma lei.

Art. 15. O disposto no art. 32 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, não abrange o imóvel de que, comprovadamente, seja utilizado em exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, incidindo assim, sobre o mesmo, o ITR e demais tributos com o mesmo cobrados.

Art. 16. Os loteamentos das áreas situadas fora da zona urbana, referidos no parágrafo 2º do art. 32 da Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966, só serão permitidos quando atendido o disposto no art. 61 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.

Pelo art. 14 tem-se que o sítio de recreio estará sujeito ao IPTU, desde que sua produção não tenha fim comercial. E, por outro lado, diante do art. 15, incide o ITR sobre o imóvel localizado em zona urbana, desde que sujeito à exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial.

É fácil perceber que pelo Decreto-Lei o critério de definição da coisa como urbana ou rural ficou centrado, novamente, na destinação do imóvel, desacreditando-se a localização, viga do CTN.

Em 1972, foi promulgada a Lei n. 5.868, mais precisamente no dia 12 de dezembro. O fito desta lei foi criar o Sistema Nacional de Cadastro Rural e dar outras providências.

Não bastasse o tumulto legislativo a respeito do tema, veio esta lei que, em vez de cancelar a concórdia, patrocinou uma difusa confusão, pois alterou o critério da situação do imóvel previsto no CTN, como também o critério exclusivo da destinação do imóvel passado pelo Decreto-Lei n. 57/66, para adotar como critério não só a destinação do imóvel, mas, também, o da sua extensão territorial.

Da Lei n. 5.868/72, pinça-se:

Art. 6º Para fim de incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, a que se refere o art. 29 da Lei número 5.172, de 25 de outubro de 1966, considera-se imóvel rural aquele que se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e que, independentemente de sua localização, tiver área superior a 1 (um) hectare.

Parágrafo único. Os imóveis que não se enquadrem no disposto neste artigo, independentemente de sua localização, estão sujeitos ao Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, a que se refere o art. 32 da Lei número 5.172, de 25 de outubro de 1966.

A rigor, finca-se no emaranhado legal que a área tida por inferior a um hectare, mesmo estando localizada em zona rural, está no campo de incidência do IPTU, passando a ser, pelo menos para fins tributários, como imóvel urbano.

Tenaz é a síntese de Valéria Furlan (2000, p. 50), na qual ela expressa que

a Lei n. 4.504/64 estabeleceu o critério da destinação do imóvel, somente. O Código Tributário Nacional, então lei ordinária federal, fixou o critério da localização, o da situação do imóvel (equipamentos urbanos) e o da equiparação (loteamentos). O Decreto-Lei n. 57/66 trouxe novamente apenas o critério da destinação e acrescentou o da situação do imóvel (tamanho da área).

Pois bem, como resolver o imbróglio criado pelo legislador? De início aborda-se a questão de sobreposição legal anterior à Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1/69.

Qual é o móvel dessa motivação demarcatória? Acontece que com a Constituição de 1967 passou a existir formalmente no Brasil a *lei complementar, ex vi* do inc. II do art. 49, instrumento legislativo desconhecido no palco da Constituição Federal de 1946.

Doutra forma, pelo § 1º do art. 19 da conhecida Carta Magna de 1969, na verdade EC n. 1/69, ficou assentado que a lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder tributário. Essa lei, em razão da matéria, passou a ser o Código Tributário Nacional.

Antes da CF de 1967 não havia empecilho da revogação de uma lei ordinária sobre a outra, como foi o caso do CTN sobre o Estatuto da Terra. Nem mesmo em se tratando do Decreto-Lei n. 57/66 sobre o CTN.

Por outro lado, a dimensão tornou-se outra com a CF de 1967. O Código Tributário Nacional, em razão da matéria, passou a ter *status* de lei complementar (BALEIRO, 2001, p. 236), havendo o empecilho, então, de um Decreto-Lei ter poder revogatório de matéria disciplinada por ordenamento legal em que o *quorum* para a aprovação da lei fosse seletivo – maioria absoluta mais um. Disso decorre que, como lei complementar que é, só pode ser revogada por outra lei complementar, salvo mudança na Constituição a respeito da matéria a ela reservada.

É de observar que o constituinte da década de sessenta assim como o da de oitenta reconheceu a Lei n. 5.172/66 – Código Tributário Nacional – como lei complementar, como também lhe assegurou o caráter material, convalidando-o e integrando tal preceito no ordenamento legal pátrio vigente.

Em razão desse robustecimento do CTN, não poderia a Lei n. 5.868/72, que é ordinária, revogar dispositivo contido na lei que prevê normas gerais do direito tributário. Como se percebe, diante desse panorama jurídico, a lei ordinária invadiu seara limitada de lei complementar, o que a invalida desde a cepa.

Invulgar, nesse aspecto, é a ensinança de Sacha Calmon Navarro Coêlho (DERZI; COÊLHO, 1982, p. 155), que apregoa que

ela [refere-se o autor à Lei n. 5.868/72] é destituída de eficácia na parte em que pretende alterar o Código Tributário Nacional, para regradar o aspecto espacial ou âmbito de validade territorial da hipótese de incidência do IPTU. Ela vale como lei ordinária federal, na parte que regula o imposto da União, IRT [sic]. No que toca, porém, à matéria reservada à norma geral do direito tributário não possui eficácia (por não ser este tipo de matéria

objeto de lei federal ordinária, uma vez que já reservada à lei complementar, pela Constituição).

Não é desarrazoado firmar, pelo contrário caminha ao encontro da disciplina doutrinária, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão tirada pelo Ministro Moreira Alves⁴, cunhou que *o critério para a caracterização do imóvel como rural ou urbano somente pode ser definido por lei complementar federal.*

Nessa decisão, o STF admitiu, conforme sua remansosa jurisprudência, que o CTN é lei complementar, declarando que o art. 6º e seu parágrafo único, da Lei n. 5.868/72, é inconstitucional, uma vez que, não sendo lei complementar, não poderia ter estabelecido critério para fins tributários, de caracterização de imóvel rural ou urbano, diverso do fixado nos artigos 29 e 32 do CTN.

Em conclusão, o CTN, invocando manto de lei complementar em sentido material que o é, vige plenipotenciário na condução do aspecto espacial do IPTU (art. 32). Ou seja, é ele que traça a norma geral para disciplinamento do que deve ser entendido como zona urbana e, de consequência supletivamente, ter-se-á o descortino da compreensão do que seja área ou zona rural para fins de incidência do ITR, tal qual modelado no art. 29 do CTN.

7 ASPECTO QUANTITATIVO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IPTU

Seguindo o caminho da evolução lógica desta pesquisa, já se sindicou que na hipótese de incidência do IPTU ocorre a influência dos aspectos material, temporal e espacial, ou seja, analisou-se a situação ou o comportamento humano que marca o momento em que nasce a obrigação, instaurando a relação jurídico-tributária e que, como fato, há que ser realizada em algum lugar. Como conseqüente da hipótese de incidência, perquiriu-se sobre o aspecto pessoal, que é a definição da existência dos sujeitos da obrigação tributária.

4 RE n. 93.850-8-MG. Ementário do STF n. 1.264-2.

Neste momento o fito é esquadrinhar o aspecto quantitativo, ou seja, aquele que permite apurar o valor do débito tributário, que é constituído de duas parcelas: base de cálculo e alíquota.

O aspecto quantitativo da hipótese de incidência do IPTU debruça-se na possibilidade de estabelecer condições para a fixação da quantia a ser paga pelo devedor, permitindo conhecer o conteúdo da prestação que haverá de ser cumprida pelo sujeito passivo da relação tributária. Para alcançar esse valor devido é necessário fundar uma equação de dados que possibilite chegar a um valor nominativo do dever de adimplemento do sujeito passivo ao ativo.

Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 170) sustenta que a base de cálculo e a alíquota são os elementos que o legislador faz inserir na consequência das endonormas tributárias e que, em seu conjunto, permitem precisar o conteúdo da prestação que haverá de ser cumprida pelo sujeito passivo.

Mais adiante, leciona o mencionado autor, e o faz com muita acuidade, que o legislador, para editar uma norma tributária, terá duas alternativas: uma, estabelecer importância determinada, precisando desde logo o conteúdo do dever jurídico a ser cumprido pelo sujeito passivo; ou cuidar em dimensionar a materialidade do fato jurídico tributário, estipulando uma grandeza que lhe seja ínsita e que, conjugada a outro fator numérico, possa determinar o *quantum* devido (CARVALHO, 2002, p. 170).

Em se tratando de IPTU, bem se percebe que a adoção da primeira alternativa é de inquestionável impossibilidade. Primeiro, porque faz ruir o princípio da isonomia, pois trata todos, sem observar a individualidade de cada, de forma igual. Noutro passo, não se atém à capacidade contributiva de cada sujeito passivo.

Nessa ordem de idéias é fácil perceber que a alternativa encaixável ao IPTU é a segunda, ou seja, a quantificação do valor a ser pago pelo contribuinte surtirá da formulação de uma equação entre a base de cálculo e a alíquota.

7.1 Base de cálculo

Base de cálculo, segundo o ensinamento de Geraldo Ataliba (1998, p. 96), por ele cunhada como base imponible, é a “perspectiva dimensional da hipótese de incidência”. É de dizer mais, é a perspectiva dimensional do aspecto material da hipótese de incidência tributária.

Ou, como quer Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 171-172), a base de cálculo é “a grandeza instituída na consequência das endonormas tributárias e que se destina, primordialmente, a dimensionar a intensidade do comportamento inserto do fato jurídico e, como função paralela, confirmar o critério material da hipótese endonormativa”.

Assim, tem-se por base de cálculo uma particularidade da hipótese de incidência utilizada para dar proporção ao fato imponible. Busca-se com a base de cálculo dar real dimensão à ocorrência do fato imponible. Ela fornece o critério para determinação do “quanto é devido”, uma vez que a coisa posta na materialidade da hipótese de incidência é sempre passível de dimensão (FURLAN, 2000, p. 91).

A base de cálculo não fica apenas centrada na função de estabelecer o valor do débito tributário, mas também é útil para definir a espécie do tributo criado (DERZI; COELHO, 1982, p. 252).

Maior espectro tocante à função faz dimensionar Valéria Furlan (2000, p. 92). Diz a autora que a base de cálculo desempenha relevantes funções na órbita tributária, sendo empregada para: a) dimensionar a materialidade da hipótese de incidência tributária; b) apurar, conseqüentemente, o montante devido; c) constatar a observância dos princípios da capacidade contributiva e da reserva de competências impositivas; e d) confirmar, afirmar ou infirmar a espécie tributária.

Muito haveria de ser dito sobre a base de cálculo, porém a extensão seria contraproducente, tendo em vista que o fator investigativo seria apenas superficial, uma vez que este não é o tema de enfoque na presente pesquisa.

Importa noutro norte ficar dito que, apurado o fato imponible por meio da base de cálculo, cogita-se como possível, agregando a alíquota, extrair *in concreto* o débito tributário.

Pois bem, indo além, agora focando o fato imponible dentro do universo do IPTU, é de se observar que a base de cálculo deve referir-se, de algum modo, ante a previsão constitucional, à propriedade, ao domínio útil ou à posse do imóvel urbano.

Di-lo melhor Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 172), impondo que a base de cálculo do IPTU é “o valor da propriedade. Esse elemento, sobre conjugar-se com outro fator – alíquota –, para efeito de definir o *quantum debeat*, está roborando que o critério material da hipótese é ser ‘proprietário’ (fórmula simplificada)”.

Nessa esteira, por disposição legal (CTN, art. 33), a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. É de observar que a lei estabelece regra em abstrato para ser aplicada pelo administrador municipal. O valor em concreto deve ser apurado pelo administrador ano a ano. Não refoge ao tema ditar que é no lançamento, especificamente, que se apura o valor de mercado do imóvel.

Aliomar Baleeiro (2001, p. 248) empresta sua ensinança para diferenciar o IPTU do ITR. Enquanto que este se ocupa em tributar o valor do solo tão-só, aquele “recai sobre o valor venal do imóvel todo, isto é, o solo com todas as acessões e benfeitorias”.

Valor venal corresponde ao valor que o bem alcançaria caso fosse posto à venda em condições usuais de mercado, isto é, o valor equivalente ao preço de uma venda à vista, portanto sem inclusão de qualquer encargo relativo a financiamento, quando vendedor e comprador tenham plena consciência do uso a que pode servir aquele imóvel (MACHADO, 2001, p. 333).

Em suma, em fácil assimilação, o valor venal é o valor de venda do imóvel acaso posto para venda à vista, apurado segundo as condições

usuais do mercado de imóveis, diga-se real e normal, jamais ficta ou presumida.

A determinação desse valor é tarefa imposta ao administrador que busca e investiga a verdade material para fim de imposição. Ao legislador municipal cabe fixar critérios para serem adotados pelo administrador municipal.

Como se sabe, o valor de venda do imóvel sofre variações constantes. A par disso, é obrigação da Administração Pública manter atualizado seu cadastro de valores. Mas, mutante que é, não basta uma operação matemática a cada ano para atualizar os valores.

Nesse passo, não é defeso à Administração a utilização de tabelas que sejam alteradas de tempo em tempo, visando ajustar, conforme consubstanciada observação, a flutuação dos valores. Para uma correta avaliação, deve ser levada em conta a localização, a próxima prestação de serviços públicos, a possibilidade de comércio etc. e, sobretudo, quando possível, deve ser realizado um confronto com as alienações mais recentes de imóveis semelhantes no local (BALEIRO, 2001, p. 249).

A base de cálculo do IPTU, de fato, é o seu elemento mais importante e a correta aplicação do tributo exige do poder público um equilibrado e consentâneo cadastramento dos imóveis existentes na zona urbana do município.

Com efeito, a lei trata da base de cálculo abstratamente, contudo é preciso conformação frente às mais variadas situações particularizadas dos casos da vida. Disso infere-se que a lei municipal estipula critérios para determinação da base de cálculo de forma genérica, abstrata e pessoal.

Nada obstante a generalidade, cabe ao administrador, também invocando preceito legal, individualizar a aplicação da norma ao caso concreto. Giza enfatizar que não se observa empeco na aplicação respeitante à capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. Ressalta-se

que o valor venal do bem imóvel permite detectar a capacidade econômica do contribuinte, ainda que se tenha um exercício fixado na presunção.

Legítima é a conclusão, observa-se, que o proprietário de um imóvel tenha de fato condições de arcar com o recolhimento do IPTU, de acordo com o valor de seu bem. É uma presunção lastrada no signo da exteriorização da riqueza.

Agitando-se o tema da base de cálculo, é mister ponderar ainda a distinção entre base de cálculo abstrata e base de cálculo concreta. A abstrata ou normativa é aquela que tem sua âncora no critério genérico previsto pelo legislador para dimensionar a materialidade do fato tributário. A base de cálculo concreta ou concretizada, também dita realizada, é aquela obtida após a realização do fato imponible.

A base de cálculo abstrata do IPTU deve ser fixada por lei municipal, observando-se os princípios constitucionais, em especial as limitações do poder de tributar. O legislador municipal demarca a base de cálculo, sem, contudo, esquecer que a Constituição Federal, antes dele, já delimitou seu aspecto material.

Como já tecido, a tarefa do legislador esbarra na fixação da base de cálculo, tudo o mais é guiado para a Administração municipal, que terá a função de analisar os fatores intervenientes para determinar a base de cálculo concreta.

A base de cálculo concreta é atividade administrativa do Executivo municipal e nasce após a previsão do valor venal via legislação. De ordinário, os municípios brasileiros possuem a conhecida Planta de Valores, que serve de sucedâneo para o lançamento do tributo.

A Planta de Valores ou Genérica de Valores consiste num cadastro tido pelo Executivo municipal, o qual divide a zona urbana por áreas ou coisa que se assemelhe, e em que se estabelecem critérios para a avaliação dos imóveis urbanos.

A Planta de Valores não representa uma obrigatoriedade, mas uma facultatividade que, quando não prevista em lei, fica ao alvedrio do administrador municipal engendrar.

Tendo em vista a compreensão antes tirada, de que cabe ao Legislativo fixar critérios e ao Executivo materializar esses critérios observando os fatos da vida, entende-se que a Planta de Valores para fixação do valor venal do imóvel é atribuição do Poder Executivo municipal.

Com efeito, melhor dizendo, cabe ao Legislativo a base de cálculo abstrata e ao Executivo a base de cálculo concreta, por meio da Planta de Valores.

7.2 Alíquotas do IPTU

A alíquota, conjuntamente com a base de cálculo, permite que se alcance o valor da obrigação tributária a ser adimplida. É, a exemplo da base de cálculo, um dos elementos integrantes do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária. Sua função é graduar a obrigação, observando a proporção da capacidade contributiva do sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Mais uma vez, por lapidares que são, trazem-se as pertinentes considerações de Paulo de Barros Carvalho (2002, p. 177), nas quais destaca que

a alíquota é o fator que se deve aplicar à base de cálculo para obtenção da quantia que poderá ser exigida pelo sujeito ativo da relação. Seu estudo, ao contrário do que acontece com a base de cálculo, não enseja considerações que afetem a estrutura do próprio vínculo obrigacional, dado o seu caráter de mero elemento auxiliar do *quantum* tributário. Embora revista caracteres próprios, sua existência será intimamente ilaqueada à base de cálculo. De modo freqüente, apresenta-se sob forma de percentual, mas nada impede que apareça em termo fracionário ou, ainda mesmo, em dinheiro.

Desta feita, para fins de IPTU, a alíquota é uma fração do valor venal, em face do que sua multiplicação pela base de cálculo do imóvel determinará o montante da obrigação a ser paga ao município pelo contribuinte.

Como se percebe, o quanto a pagar pelo contribuinte ao Fisco vai ser o resultado duma operação matemática singela, que apresenta a interligação de dois fatores: base de cálculo e alíquota.

Para adequação desses fatores à realidade, observando-se as funções do tributo e os princípios constitucionais, mormente da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, é de debruçar a investigar a possibilidade da coexistência de alterações, quer na base de cálculo, quer na alíquota, para ajustar-se à isonomia de tratamento para com os contribuintes.

No afã dos ajustes tendentes a tratamento igualitário, são legítimos e legais o aumento e a redução de alíquotas, mediante o que o legislador atenderá não só à função meramente fiscal – captação de recursos para manutenção do município –, mas também estabelecerá lindes com o fim de incentivar ou desestimular comportamentos de munícipes, propiciando o atendimento do peculiar interesse geral que, em regra, consubstancia atilado planejamento urbano.

É por meio da alíquota, quer deixando-a estável, quer fazendo-a progressiva ou regressiva, que o legislador municipal estará a perseguir o atendimento do princípio da igualdade tributária. Não obstante, é de estar atento para que a fração a mais, dada a largueza que se possa conjeturar, ganhe contornos intransponíveis, a ponto de que a parcela, fração ou a parte a operar no método matemático, não alcance efeitos confiscatórios (CARVALHO, 2003, p. 339).

Doutra banda, não pode também ser guiada com tibieza pelo legislador municipal, a ponto de gerar leniência, o que de igual forma gerará um mau trato da coisa, germinando a desigualdade. Se a variação para mais conduz ao indevido confisco, a variação para menos leva à não menos perturbadora situação de isenção indevida – alíquota zero.

Na suma, a aplicabilidade de alíquotas variáveis é servil instrumento para aplicação da justiça fiscal. É de dizer mais: apresenta-se como uma possível arma de grande valia que conduziria o legislador num trabalho destacado para fins de atender um dos reclamos mais agudos de uma sociedade, que é a justiça social.

Na lição supraguindada de Paulo de Barros Carvalho, verifica-se que a alíquota pode apresentar-se multifacetada, em percentual, em termos fracionários, ou até mesmo em valor monetário fixo ou variável.

Em sendo fixada por meio de fração, pode ser classificada em proporcional invariável, proporcional progressiva e proporcional regressiva (CARVALHO, 2003, p. 339).

São do retrocitado autor os exemplos de que,

aparecendo em forma de fração(b), alíquota pode ser *proporcional invariável* (por exemplo, 1/25 da base de cálculo, seja qual for seu valor monetário); *proporcional progressiva* (aumentando a base de cálculo, aumenta a proporção). Além disso, as alíquotas proporcionais progressivas podem aumentar por degraus ou escalões (caso do nosso IR – pessoa física) ou de maneira contínua e ininterrupta, até o limite máximo que a lei indicar (grifos no original).

Não é demais asseverar que a possibilidade de alíquotas regressivas ou progressivas surge da complexa teia de entendimento sobre em que consiste a capacidade contributiva. Merece registro que a capacidade contributiva está imantada no princípio da igualdade, sobretudo da igualdade tributária.

Vale distender, para que não passe ao largo, que Elizabeth Nazar Carrazza (2001, p. 90) defende a idéia de que a capacidade contributiva esteja regamente prevista no § 1º do art. 145 da Constituição Federal. Por sua vez, Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 335) entende que o princípio da capacidade contributiva não mais está perfilhado na Constituição Federal hodierna. Contudo, ambos não discrepam em que a capacidade contributiva está atrelada ao princípio da igualdade.

Voltando à possibilidade de variações das alíquotas, diz Misabel Abreu Machado Derzi (1982, p. 291) que os “impostos proporcionais são aqueles cuja base de cálculo mantém-se a mesma, assim como a alíquota é fixada de forma constante, seja em porcentagem ou valor em dinheiro”.

Isso quer dizer que a base de cálculo conserva sempre o mesmo parâmetro (metro quadrado, valor etc.) para medir sempre a mesma matéria tributável (DERZI; COÊLHO, 1982, p. 291). Portanto, não é desarrazoado estabelecer que a base de cálculo abstrata, não importando tratar-se de impostos proporcionais progressivos ou regressivos, é sempre a mesma.

Nessa captação, em sendo a base de cálculo e a alíquota iguais, o que muda na concepção de imposto proporcional é a base de cálculo concreta, ou seja, o fato imponible que, em se tratando de IPTU, é o valor venal do imóvel.

Nos impostos progressivos, a base de cálculo é constante, como também o parâmetro (método de conversão) é invariável. Neste caso, o que muda são as alíquotas, que crescem à medida que aumenta a base imponible.

Por outro lado, são regressivos os impostos quando a base de cálculo permanece constante, porém as alíquotas decrescem à medida que aumentam as dimensões ou intensidades de circunstâncias ou fatores considerados pelo legislador como critério para a sua aplicação (a área, o valor etc.).

Professoral é a conclusão de Misabel Abreu Machado Derzi (1982, p. 292), na qual destaca que,

tanto nos impostos progressivos como nos regressivos, *a base de cálculo fica inalterada*. O que varia, oscilando para mais ou para menos, é a alíquota. Razão pela qual impostos progressivos e regressivos são, simplesmente, aqueles cujas alíquotas crescem ou decrescem em decorrência de certas circunstâncias previstas em lei (grifos no original).

Atentando a isso, observe-se o imposto progressivo, de peculiar interesse ao estudo telado. Traduz-se naquele imposto no qual a variação da alíquota cresce à medida que aumenta a base de cálculo, o que, de certa forma, é proporcional à capacidade econômica do contribuinte.

A progressividade das alíquotas atende ao princípio da capacidade contributiva. A progressividade, como se sabe, pode ser meramente fiscal, como ainda extrafiscal.

Cabe pontuar que essa visão particularizada e genérica de que o avanço das alíquotas progressivamente atende ao princípio da capacidade contributiva é um enfoque fiscal. Doutro lado, com outro espeque, tem-se a já tão decantada progressividade extrafiscal, em que o fim pretendido pelo Estado deixa de ser apenas a manutenção de seu esteio financeiro.

Impõe verificar que, ao contrário da progressividade fiscal, a extrafiscal não se dá com o simples aumento da alíquota, mediante o aumento da base imponible. O aumento da alíquota na extrafiscal está esteado nos propósitos tecidos pelo legislador para o fim de incentivar ou desestimular certos comportamentos praticados pelo contribuinte.

Em conclusão, o IPTU aceita a progressividade das alíquotas, quer tratando-se da progressividade fiscal, quer, doutro giro, da progressividade extrafiscal. Em ambas deve-se ter observância da capacidade contributiva e do preceito da vedação do confisco.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. IPTU: Progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 93, p. 233-235.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARRETO, Aires F. Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de direito tributário*. 2. ed. Belém: CEJP, 1993. p. 297-321.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: UnB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e progressividade, igualdade e capacidade contributiva*. 1. ed. 3. tiragem. Curitiba: Juruá, 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONTI, José Maurício. *Sistema constitucional tributário interpretado pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo-lingüístico de Paulo de Barros Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COSTA, Antônio José da. *Regra padrão de incidência do imposto sobre a propriedade predial e urbana*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito tributário constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana*. São Paulo: Saraiva, 1982.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 4.

FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

_____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

FURLAN, Valéria C. P. *IPTU*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

JARACH, Dino. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. Tradução de Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

LEONETTI, Carlos Araújo. *A contribuição de melhoria na constituição de 1988*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

_____. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. rev., atual. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed. rev., aum. e atual. até 1993. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 2 v.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário, constituição e o código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

RABELLO FILHO, Francisco Pinto. *O princípio da anterioridade da lei tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Maria de Fátima. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Comentários ao código tributário nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. V.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: _____. *Poder constituinte e poder popular* (estudos sobre a constituição). São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-149.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. _____. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de interpretação e integração do direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 5.

XAVIER, Alberto Pinheiro. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Janine Stiehler Martins*

1 Introdução. 2 Desenvolvimento. 2.1 O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro: um direito social fundamental. 2.2 A função jurisdicional e a humanização da justiça. 2.3 O papel da função jurisdicional na implementação do direito à moradia: regularização da posse. 3 Considerações finais. 4 Bibliografia.

RESUMO

O presente estudo visa abordar o direito à moradia, inserido como direito social, na Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n. 26/2000, e introduz a questão da humanização da justiça como fator preponderante na sua defesa, em tempos de incessante agravamento da informalidade na ocupação de áreas nos grandes centros urbanos. A partir do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), por exemplo, e da recentíssima Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, que prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social, o presente estudo sustenta a possibilidade de o direito à moradia poder ser regularizado mediante instrumentos destinados à legalização da posse, e não apenas da propriedade, tais como a concessão especial de uso para fins de moradia, direito de superfície, dentre outros, e que o papel do juiz, na condição de ser humano e de agente pacificador e humanizador da Justiça, pode influir, decisivamente, neste mister.

Palavras-chave: Moradia. Direito social fundamental. Função jurisdicional. Humanização da justiça.

* Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali/SC e Juíza de Direito Titular da comarca de Navegantes/SC. E-mail: js.10551@tj.sc.gov.br

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe a apresentação da importância do reconhecimento constitucional do direito de moradia como direito social, por meio de Emenda Constitucional, no ano de 2000, a par da aprovação anterior, na Constituição Federal de 1988, de um capítulo sobre política urbana. O tratamento das graves questões sociais e ambientais que afetam a vida de todos os habitantes das áreas urbanas, acarretando criação de ocupações irregulares, favelas, loteamentos clandestinos etc., exige uma nova postura do Poder Judiciário no trato destes temas, especificadamente no que se refere à regularização da posse.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) e mais recentemente a Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, prevêm vários instrumentos de regularização de áreas alvo de posse. Incluem-se, neste e em outros diplomas, não apenas a criação de alternativas para a transformação da posse em títulos de propriedade, mas também possibilidades efetivas de regularização da posse por si mesma, conferindo proteção àqueles que a possuem e contribuindo para o reconhecimento de sua função social.

O Direito é vida em concreção, e não se reduz a ele próprio. Com isso, a experiência da vida e o processo cultural, em infinito aperfeiçoamento, são pontos principais que devem nortear a mente do julgador. Nesse sentido, em seguida será analisada a contribuição do político do direito para a humanização da justiça, por meio da implementação do direito à moradia, e sua função de harmonizar e criar, diante do poder jurisdicional do juiz, e mesmo pelas ações de cunho administrativo, alternativas para a regularização da posse nas serventias extrajudiciais. Diante de obstáculos naturalmente existentes, será aferido o real alcance das possibilidades da atividade jurisdicional para a construção de uma sociedade mais justa, o que permitirá ao instituto da posse, por meio de sua regularização, um instrumento facilitador da garantia do direito à moradia.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro: um direito social fundamental

O direito à moradia foi incluído na Constituição Federal, em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000¹.

A previsão do direito em tela, em tal nível, retoma a discussão sobre a tricotomia das normas constitucionais no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, de modo a perquirir sobre sua exigibilidade ao poder governamental. José Afonso da Silva (1982, título II, capítulos II, III e IV) as dividiu em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. As primeiras, segundo seu entendimento, são aquelas que receberam do legislador constituinte normatividade suficiente para incidirem de forma imediata; as segundas apenas diferem das primeiras quanto à possibilidade de meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia; e as terceiras não possuem normatividade suficiente para sua aplicação, possibilitando-se ao legislador ordinário a missão de completar sua regulamentação.

A inclusão do direito à moradia como direito social e, antes disso, fundamental, dentre as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, merece, naturalmente, uma discussão mais aprofundada que não é o objeto específico deste trabalho, mas que será alvo, mais a frente, de algumas digressões.

Importa acrescer que o sistema dos direitos fundamentais na Constituição passou por diversas transformações quanto à sua titularidade e eficácia. Sarlet (2006, p. 54) explica que

1 “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração e até mesmo de uma quinta e sexta geração.

A este título, Sarlet (2006, p. 55-61) explica que os direitos fundamentais são fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho nitidamente liberal, e se afirmam como direitos do indivíduo frente ao Estado. Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão são essencialmente de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção por parte do poder público, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros. Com o advento da industrialização, e a crise social que daí adveio, a doutrina socialista, já no decorrer do século XX, trouxe à tona movimentos de reivindicação e de reconhecimento de direitos, com base na realização da justiça social. Sua dimensão, neste espaço, é de cunho positivo, e exige a outorga de prestações sociais estatais. Assim, passaram a ser reconhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais de segunda dimensão, como o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho e, também dentre outros, o direito à moradia, objeto deste estudo. Os direitos de terceira dimensão, segundo Sarlet, seriam os direitos de fraternidade ou de solidariedade, cumprindo lembrar do direito à paz, autodeterminação dos povos, meio ambiente equilibrado etc. São basicamente, estes, direitos de titularidade coletiva. Ao final, o autor ainda adverte sobre a possibilidade de direitos fundamentais de quarta dimensão, como resultado da globalização dos direitos fundamentais na criação do Estado Social, como direito à democracia, direito à informação, e direito ao pluralismo.

A moradia, portanto, incluída como direito social, e de segunda dimensão, encontra justificativa, segundo Sarlet (2006, p. 57-58),

na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Em assim sendo, é inegável que a discussão sobre a inclusão do direito em tela no rol dos direitos sociais trouxe vários questionamentos sobre seu alcance e sua aplicabilidade, notadamente quanto à função jurisdicional, uma vez que é chamada a declarar sua posição perante a omissão do Poder Público na regularização da informalidade urbana que assola a imensa maioria das cidades.

Em seu capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, prevê a consagração do “direito à propriedade privada”, vinculando-o ao cumprimento de sua “função social”².

A complementação da previsão constitucional narrada é completada pelos arts. 182 e 183 do mesmo diploma, por meio da previsão da “política urbana”, destinada a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Essa política, segundo os §§ 1º e 2º do art. 182³, é orientada pelas diretrizes lançadas pela legislação federal e implementada pelo Plano Diretor, de cunho local e por lei municipal, de modo a definir o conteúdo jurídico da função social da propriedade.

Nesse diapasão, poder-se-ia afirmar que, na dicção da outrora apresentada classificação de José Afonso da Silva, o art. 182 da Constituição Federal seria norma de eficácia contida, já que dependente de norma integradora federal

2 “Art. 5º. XXIII – a propriedade atenderá sua função social.”

3 “Art. 182. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

e local (por meio do Plano Diretor). Assim que editado, alcançaria o artigo em tela *status* de vinculação imediata do Poder Público na implementação da política pública de ordenação das cidades, sob pena de responsabilidade.

Antes da aprovação, em 1988, deste capítulo constitucional sobre a política urbana, afora os problemas financeiros e político-institucionais existentes, havia vários obstáculos jurídicos para a implementação da política de planejamento e ordenamento urbano, mormente para assegurar o direito à posse e à moradia. Esta, aliás, foi reconhecida em âmbito constitucional apenas doze anos depois da previsão da política urbana no mesmo diploma. Um ano depois, legislação federal que passou a regulamentar o art. 182 da Constituição Federal adveio por meio da edição da Lei n. 10.257, de 2001 – o denominado Estatuto da Cidade, que será mais a frente objeto de análise.

Disso se vê que as dificuldades para implementação das leis em vigor, a falta de informação e o difícil acesso ao Judiciário para o reconhecimento dos interesses sociais e ambientais, diante da ausência de postura ainda não firme, tanto da autoridade judiciária como do Ministério Público, no enfrentamento de tais questões, acarretam prejuízos incomensuráveis na gestão das cidades. A informalidade existente em todos os municípios brasileiros resulta do alojamento dos pobres em áreas periféricas, sem nenhuma infra-estrutura urbanística e de preservação ambiental. Isso demonstra, mais uma vez, que o direito à moradia e a proliferação dos processos informais de desenvolvimento urbano caminham concomitantemente com o aumento da pobreza e, em consequência, causam impacto direto sobre a população urbana como um todo.

Soluções existem, e algumas serão propostas mais a frente.

2.2 A função jurisdicional e a humanização da justiça

A definição da categoria função jurisdicional é trabalho complexo que pressupõe a avaliação da categoria Estado sob diversos ângulos: jurídico, político, axiológico e sociológico (MARTINS, 2004, p. 19).

O Estado, compreendido como ordem jurídica soberana ou centralizada no mais alto grau, detém o poder político-jurídico na mais elevada dimensão, de maneira que suas características essenciais são a imperatividade e a inevitabilidade. A noção de jurisdição não está dele dissociada e é função do Estado e uma das dimensões de seu poder (MARTINS, 2004, p. 19-26).

Segundo Martins (2004, p.27),

Para que se obtenha a realização do Direito material e dos direitos subjetivos, bem como a manutenção da paz social e da segurança jurídica, objetivos do Estado e da jurisdição, os juízes, como agentes do Estado, devem exercer a função jurisdicional, conscientes de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado; também devem atender as aspirações e os ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que reflatam a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade.

[...]

Portanto, a análise do instituto jurisdição, no Direito Processual contemporâneo, não prescinde da abordagem de seus contornos conceituais nos aspectos políticos, jurídicos e sociais e de sua iluminação pelos valores que se encontram inseridos na norma constitucional, no sentido de reflexos das aspirações da sociedade.

A função jurisdicional perpassa, atualmente, o resguardo da ordem jurídica legal, e pretende munir o juiz de maior atenção pelas conseqüências de seus atos perante a realidade social, com a expectativa de distribuir justiça⁴, donde exsurge a explicitação de nova categoria – a legitimidade do poder político-jurídico do Estado. Esta é tida como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido” e “deve ser compatibilizada com a elaboração de decisões obrigatórias e justas” (MARTINS, 2004, p. 49). O juiz adquire a sua legitimidade da Consti-

4 Segundo Abbagnano (2003, p. 593), a categoria “Justiça” pode-se distinguir com dois significados principais. O primeiro é a Justiça como conformidade de conduta a uma norma; o segundo é a Justiça como eficiência de uma norma, ou seja, a capacidade de possibilitar as relações entre os homens. O primeiro conceito busca julgar o comportamento da pessoa humana; o segundo busca julgar as normas que regulam o comportamento humano. Em uma ou outra vertente, porém, Justiça nada ou pouco tem a ver com jurisdição, embora seja necessário, ao menos idealisticamente, sua complementaridade.

tuição e seus valores, bem como de sua postura, por meio de formação especializada, consciência e percepção de criação progressiva do Direito, para o fim de pacificar a sociedade e educar para o respeito aos direitos. Invoca Martins (2004, p. 58) que:

o processo é instrumento da jurisdição e do Estado para: i) a formulação e para a atuação da norma jurídica no caso concreto; ii) a afirmação da autoridade do Estado com a aplicação de seu ordenamento jurídico; iii) o prestígio da ordem jurídica vigente com a imposição das normas de Direito material às lides ocorrentes; iv) a obtenção da paz social; v) a garantia do interesse público.

Já a função jurisdicional é exercida por parte do Estado e é uma função deste, exercida pelos órgãos autônomos – juízes e tribunais – e oferecida como garantia das liberdades do cidadão e da observância e aplicação da lei. Trata-se de atividade substitutiva, mediante cognição e execução, ou seja, reconhecimento e garantia de aplicação do Direito. Na busca de um esboço de conceito operacional para a categoria jurisdição, Martins (2004, p. 71-72) expõe o seguinte:

- a) corresponde ao principal objeto de estudo do processualista e não é considerada como um Poder de Estado, pois o Poder é uma inerência do Estado; no entanto, é reconhecida como função estatal e uma das dimensões de seu Poder; revela a soberania do Estado Democrático de Direito [...]
- b) expressa o conjunto de atos praticados pelos órgãos do Estado no exercício do poder político-jurídico de decidir e de impor suas decisões mediante atos imperativos e por isto caracteriza-se pela irresistibilidade e inevitabilidade de seus atos;
- c) é função exercida por autoridades independentes e imparciais, que no desempenho de suas atividades, encontram-se em harmonia em relação aos integrantes das outras duas funções do Estado;
- d) tem seus limites determinados pela Constituição e seus valores, especialmente aqueles emanados dos princípios do devido processo legal e do contraditório [...]

- e) é atividade que se inicia desde que provocada [...], mas que se desenvolve por impulso oficial a serviço do interesse social [...]
- f) tem como finalidades a manutenção da autoridade do ordenamento jurídico, a atuação da vontade concreta da lei e sua efetivação prática, a pacificação da justiça, a educação para o respeito aos direitos e a garantia das liberdades fundamentais;
- g) realiza uma atividade pública em lugar da atuação das partes litigantes, caracterizando-se a substitutividade, e opera-se por meio da cognição e da execução; [...] logo realiza-se tanto no ato de julgar quanto no de dar cumprimento ao julgado;
- h) é função desempenhada por juízes que têm o dever de exercê-la com a consciência de que são detentores de parcela do poder político-jurídico do Estado, atentos às aspirações e aos ideais éticos, políticos, sociais e jurídicos que refletem a vontade, o pensamento e os valores mais elevados da sociedade.

Aliada ao presente conceito operacional, a função jurisdicional deve ser analisada sob a ótica da realização do bem, do acesso à Justiça, à realização do valor Justiça, à proteção dos mais desvalidos, à proteção das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, enfim, na inclusão do reconhecimento da importância da realidade social e cultural da sociedade.

A função do Direito deve ser, dentre outras, a de extrapolar a neutralidade, privilegiando a transformação da sociedade e visando uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de serem justas, úteis e eficazes.

Oswaldo Ferreira de Melo (1994, p. 17) afirma que

o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e conquistas sociais.

Nesse diapasão, exsurge a importância da Política Jurídica, que é a “disciplina que tem como objeto o Direito que *deve ser e como deve ser*, em

oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente”, ou “o conjunto de estratégias que visam a produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)” (MELO, 1994, p. 77).

A Política Jurídica encontra-se engajada com novas esperanças e possui os seguintes postulados (MELO, 1994, p. 20-22): a) a elaboração do Direito deve ser tarefa mais complexa que mera construção lingüística. Trata-se de objetivar, com a técnica legislativa e judiciária e pelas práticas sociais, interesses legítimos manifestados no imaginário social e racionalizados pelo legislador e pelo juiz; b) a norma jurídica, para ter adesão social, deve ser matizada pelo sentimento do ético, legítimo, justo e útil. A aceitação da norma vai depender menos de sua validade formal (obediência às normas processuais) que de sua validade material (compatibilidade com o socialmente desejado e necessário ao homem); c) as estratégias político-jurídicas não poderão estar atreladas a objetivos conjunturais do Estado e ações do governo, mas à construção de territórios éticos, em compromisso com as necessidades sociais e mediante pleno exercício da cidadania; d) é falsa a postura que antagoniza a Política e o Direito. O Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e valores sua atividade quase sempre pragmática; e) a Política Jurídica deve estar comprometida com o Justo, Ético, Legítimo e Necessário.

O direito positivo não pode ser fechado às conquistas sociais e ao projeto de solidariedade fulcrado na realização da cidadania. Dessa forma, incumbe à Política do Direito uma visão não dogmática, mas comprometida com a transformação da sociedade e dos seus interesses, os quais podem ser racionalizados pelo legislador e pelo juiz, por meio de ações fulcradas na Ética e na Estética da convivência humana. É necessária, assim, a vinculação da Ética à Política, compatibilizando-se o que é moralmente correto ao que é socialmente útil, para o fim de construir novos paradigmas democráticos e de fazer atuar o Direito como instrumento de transformação social.

É necessário harmonizar a norma com a moralidade aceita pela comunidade. Melo (1994) denomina este critério de justiça como legitimidade ética, o que diminui o impacto e a diferença entre o direito desejado e o direito posto.

Melo (1994, p. 58) introduz ainda, pela teoria de Weber, a distinção entre ética de consciência (criação interna das normas de como proceder) e ética de responsabilidade (critério para julgar as ações no meio social – depende do agir).

Os direitos humanos, pois, têm como base a ética da responsabilidade, em nome de princípios como a tolerância e o pluralismo. Dentre eles encontra-se, também denominado direito fundamental de segunda geração, consoante já explicitado, o direito à moradia digna, livre de pressões e opressões da sociedade.

A construção da norma jurídica concreta, ou seja, a criação judicial do direito, dá-se pela interpretação e aplicação da lei por meio de uma fonte legitimada, que hoje pode ser buscada nos movimentos sociais e nas experiências da sociedade, em obediência ao direito que deve ser e como deve ser.

Complementa Melo (1994, p. 65-66):

À fundamentação da Política Jurídica importa sobretudo um humanismo que tenha por base as possibilidades e interesses do homem, resultando numa postura ética universal, dentro do preconizado pelo Iluminismo que desenhou a utopia da autonomia do homem e da sociedade. Assim parece importante, para nosso estudo, a corrente do humanismo jurídico que, a partir daqueles fundamentos de Montesquieu, perpassa, a obra de muitos autores do nosso século e que, segundo entendemos, teve como um dos marcos importantes a obra de Hauriou.

[...]

Para os humanistas dos séculos XIX e XX há em comum a constatação de que o Direito é um fenômeno humano e portanto o fundamento do Direito há que ser buscado no interior e no exterior da norma. O humanismo jurídico ultrapassa, assim,

tanto o normativismo lógico quanto o positivismo sociológico e o jusnaturalismo na valorização do homem como sujeito e objeto do Direito, obtendo uma reordenação filosófica onde, por certo, a Política do Direito encontra ambiente adequado para sua ação.

[...]

Por outro lado, esse humanismo deve ser reconceituado neste período de transmodernidade como sendo a busca de harmonia entre direitos e deveres não só na convivência humana, mas na relação do homem com os outros seres vivos.

As necessidades sociais são a fonte principal dos interesses e, por esse motivo, a norma passa a ser eficaz e válida porque seu conteúdo e seus fins coadunam-se com a aquiescência social e com o sentimento de justiça. O fundamento do Direito não pode mais ser apenas buscado no interior da norma, mas, sim, na práxis cotidiana, na experiência diária, contínua e ilimitada da sociedade. Conviver com práticas pluralistas e humanistas não significa relegar o princípio da segurança jurídica, mas, sim, conferir-lhe uma função social. A vida é um permanente estado de opção, segundo valores captados por cada ser humano em sua experiência cotidiana. Disso deflui um sentido de regularidade e ordem nas coisas, mediante seleção de valores que devem, necessariamente, influir no espectro de ação do político do direito.

2.3 O papel da função jurisdicional na implementação do direito à moradia: regularização da posse

Os processos de informalidade, cada vez mais crescentes nas áreas urbanas, possuem diversos aspectos. A questão da migração para os grandes centros, por famílias mais pobres, na intenção de alcançar melhoria na qualidade de vida, é um dos motivos que reforçam o quadro de extrema pobreza, uma vez que não possuem acesso ao mercado formal de moradias e acabam por causar ocupações espontâneas e marginais nas cidades. Além disso, a ausência de cuidado efetivo para com esses problemas, além das causas urbanísticas e ambientais, todas que resultam do padrão excludente

na gestão das áreas urbanas, contribuem para o agravamento da situação, pois não oferecem condições suficientes e adequadas de acesso à terra urbana e à moradia para os mais pobres.

As ocupações irregulares e as favelas, gize-se, têm-se proliferado justamente nas áreas ambientais mais fragilizadas, as quais, embora sejam protegidas por lei (ao menos no papel), não são alvo do mercado imobiliário formal, mas por outro lado também não são objeto de proteção adequada por parte do Poder Público.

Isso não significa, naturalmente, que a informalidade esteja apenas ligada, diretamente, à pobreza. De todo modo, as várias formas de irregularidade, tais como as favelas, loteamentos clandestinos, cortiços, apresentam-se de maneira individualizada e distinta por todo o território brasileiro. Todas, porém, possuem uma característica comum: a omissão do Poder Público na intervenção planejada na aquisição da posse ou da propriedade. Como exemplos, citam-se ainda as áreas alagadas, onde é comum o aterramento de grandes áreas de manguezal, e das construções irregulares em áreas de marinha ou de preservação ambiental; das áreas de risco – principalmente situadas em terrenos de alta declividade, nas faixas de rodovias etc.

Leticia Marques Osório (2004, p. 17) esclarece que

A América Latina é a região mais desigual do mundo. Essa desigualdade refere-se a vários aspectos da vida dos cidadãos, como a distribuição de renda, a educação, a saúde, a moradia, os serviços públicos, o trabalho, o tratamento policial e judicial, a participação política, dentre outros. Quanto à concentração da riqueza, tem-se que 10% dos indivíduos mais ricos recebem entre 40 e 70% do total da renda, na maior parte dos países da América Latina, enquanto os 20% mais pobres recebem apenas de 2 a 4%. Dentre os países de maior concentração de renda da região figuram Brasil, Chile, Guatemala, Honduras, México e Panamá, e de menor concentração tem-se a Costa Rica, Jamaica, Uruguai e Venezuela.

E continua:

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurada a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade, *status* econômico, grupo ou outra afiliação e *status*.

Para garantir a segurança da posse como forma de assegurar o direito à moradia é necessário que os países legamente reconheçam a diversidade das formas de uso e ocupação do solo presentes nas áreas urbanas e rurais, por meio das normas nacionais de direito à moradia. Na América Latina isso significa que as legislações nacional e local devem prever instrumentos jurídicos e urbanísticos que reconheçam o direito das pessoas a permanecer no local onde residem com segurança e proteção contra despejos e desastres naturais, independentemente do tipo de posse exercido: ocupação de área pública, ocupação de área privada, ocupação de prédios abandonados, aluguel, sistema cooperativado, compra de lote em parcelamento irregular, casa de emergência, propriedade individual, propriedade coletiva, posse de áreas tradicionais, etc.

Assim, a regularização abrange não apenas os programas de urbanização das áreas informais, no sentido do fornecimento de infra-estrutura básica e prestação de determinados serviços públicos, mas também as políticas de legalização das áreas informais, nas dimensões urbanística e jurídica. Não basta apenas reconhecer segurança jurídica à posse de cada ocupante, seja pela legalização de títulos de posse ou de propriedade, mas é necessário integrar os assentamentos informais ao conjunto da cidade, de modo a integrar e reverter o padrão excludente dessas áreas.

A Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada em seu próprio art. 1º, § 1º, como Estatuto da Cidade, e criada para executar a política urbana prevista nos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Em seu art. 2º, inc. XIV,

o diploma estabelece que a política de desenvolvimento urbano tem por objeto ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, e que uma de suas diretrizes é a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

O Estatuto em tela prevê normas gerais sobre a regularização fundiária, criando mais diretamente vinculações ao legislador municipal na intenção de conquistar cidades mais organizadas. Isso consagra a competência concorrente entre União, Estados e Municípios, prevista no art. 24, I, da Constituição Federal, para o trato da matéria urbanística, e permite à lei federal a criação de diretrizes gerais, sem exclusão da competência suplementar dos Estados e da implementação de leis locais obrigatórias para a urbanização. A principal delas é o estabelecimento de um Plano Diretor, que visa apresentar as carências de cada cidade, e envolve a previsão de zoneamentos, de áreas a serem desapropriadas para a implementação de meios de transporte públicos e para construção de edifícios públicos, a delimitação de áreas priorizando a regularização fundiária, a delimitação de áreas de mananciais e de preservação ambiental, assim como outros assuntos inerentes à organização das cidades.

Esse novo instrumento jurídico dá suporte à ação prioritária dos governos municipais no tratamento das questões urbanas, sociais e ambientais e na gestão das cidades.

A grande inovação do Estatuto da Cidade foi a consolidação da noção da função social e ambiental da propriedade e da cidade como marco para o direito urbanístico. Nesse passo, previu como instrumentos da política urbana, em seu art. 4º, inc. V, dentre inúmeros outros, os institutos da desapropriação, servidão administrativa, limitações administrativas, tombamento de imóveis, instituição de unidades de conservação, instituição de zonas especiais de interesse social (Zeis), concessão de direito real de

uso, concessão de uso especial para fins de moradia, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, regularização fundiária, assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos, referendo popular e plebiscito. Mais a frente, estabelece, em seu § 2º, a possibilidade de operação coletiva da concessão especial de direito real de uso, da usucapião e da concessão especial de uso para fins de moradia.

Alguns dos institutos já são deveras conhecidos. Pode-se observar, portanto, que uma das inovações do Estatuto da Cidade foi a criação de instrumentos destinados a regularizar a posse, de modo a garantir o direito constitucional à moradia, sem nenhuma incursão na seara da propriedade.

Ou seja, tanto a posse como a propriedade devem auxiliar para que a sociedade possa viver de maneira mais digna e coerente com as exigências de ordenação das cidades e em respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É necessário obter soluções alternativas que abarquem o reconhecimento da proteção jurídica da posse, desde que exercida para o fim de efetivar a moradia, aproveitar melhor o solo e erradicar a pobreza, ou seja, desde que cumpra sua função social. Sobre a existência de uma função social da posse, traz-se o ensinamento de Ana Rita Vieira Albuquerque (2002, p. 40):

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender às exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade

pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.

Os valores fundamentais e os objetivos do Estado brasileiro previstos na Constituição de 1988 visam sobretudo elevar o conceito de cidadania, através da valorização da pessoa humana. Evidentemente que tais valores projetam-se para todos os domínios jurídicos, inclusive para o direito privado, como vimos, e, conseqüentemente, informam o instituto da posse, evidenciando ainda mais seu aspecto social imanente. Justamente em um sistema jurídico que tem por fim a pessoa humana, daí resultando a natureza teleológica dos argumentos sistemáticos, não se pode deixar de ter por incluída implicitamente, como princípio constitucional positivado, a função social da posse.

A concreta materialização do Estatuto da Cidade e a aprovação de medidas condizentes com o paradigma da função social e ambiental da propriedade, e da própria cidade, também podem passar, como visto, pela legalização de posse, com a lavratura de títulos que prescindem da transferência do domínio, e apenas visam a regularizar as moradias de famílias desprovidas de quaisquer recursos. O respeito ao meio ambiente e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana coexistem pelo reconhecimento da função social da posse, e é papel do Poder Público, e também do Poder Judiciário, a adoção de medidas mais efetivas neste mister.

De outro lado, a recentíssima Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007, autoriza o Poder Executivo, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada⁵.

5 BRASIL. Lei n. 11.481, de 31 de maio de 2007. Dá nova redação a dispositivos das Leis n. 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.666, de 21 de junho de 1993, 11.124, de 16 de junho de 2005, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 -- Código Civil,

Dentre várias hipóteses, a mesma Lei prevê que, nas áreas urbanas, em imóveis da União possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia, nos quais não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva.

As possibilidades previstas no referida diploma, quanto à regularização da posse, e as alternativas ao juiz serão analisadas em seguida, conjuntamente com alguns diplomas previstos desde o advento do Estatuto da Cidade.

Precedentemente à introdução de alguns instrumentos previstos em lei e destinados à regularização da posse no Brasil, não se pode olvidar a importante atuação do Ministério Público, mediante inquéritos civis, ajustamentos de conduta, e de propositura de ações civis públicas, na condição de fiscal da lei, como meios de mediação extrajudicial e composição judicial de regularização da política pública de gestão das cidades e garantia ao direito de moradia. Com tais medidas conquista-se a responsabilização de pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, na prevenção e também na reparação de danos causados ao descumprimento da política urbana, seja por atividades danosas ao meio ambiente, regularização de áreas informais e mesmo pela imposição de atuação positiva do Poder Público nessa seara.

Dito isso, passar-se-á à análise específica de quatro instrumentos previstos em lei para regularização da posse, e não da propriedade, iniciando-se pelas Zeis – Zonas ou áreas Especiais de Interesse Social, seguindo-se pela Cuem – Concessão de Uso Especial para fins de Moradia, pela CDRU – Concessão de Direito Real de Uso, e finalmente pelo direito de superfície.

9.514, de 20 de novembro de 1997, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dos Decretos-Leis n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, 1.876, de 15 de julho de 1981, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; prevê medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União; e dá outras providências. Disponível em: <www.brasil.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2007.

As Zeis, previstas no Estatuto da Cidade, em seu art. 4º, V, alínea f, têm por objeto os assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente e caracterizados por irregularidades jurídicas ou então urbanísticas na ocupação do solo. Trata-se de zonas urbanas específicas, sejam públicas ou particulares, destinadas à criação de habitações de interesse social, tais como favelas, assentamentos urbanos de comunidades de baixa renda, loteamentos populares em situação irregular, cortiços etc. São instituídas por lei municipal, a qual deverá prever os critérios para seu estabelecimento e a criação de regras especiais de uso e ocupação do solo. As Zeis servem para regularizar as ocupações informais de forma a integrá-las na cidade, mas do ponto de vista urbanístico, pois não regularizam juridicamente a situação dos terrenos ocupados. Em síntese, cria-se um plano de urbanização que definirá as formas de gestão e manutenção das zonas de interesse especial, definindo padrões de edificação, uso e ocupação.

Já a Cuem – Concessão de Uso Especial para fins de Moradia adveio da Medida Provisória n. 2.220/01 e da Lei n. 11.481, de 31-5-07, assim como por proteção da Emenda Constitucional n. 32, de 11-9-01. Tem por objeto a posse de terrenos públicos e serve como instrumento administrativo de legalização possessória no meio urbano, expedido unicamente de forma gratuita, por meio de instrumento público ou de sentença judicial, caso omisso o Poder Público. Constitui, por isso mesmo, aspecto singular na regularização para fins de moradia, forçando o Poder Judiciário a discutir a política pública de moradia e urbanização, no âmbito individual ou coletivo (neste caso quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor). Seja realizada na forma administrativa ou na seara judicial, a concessão do uso será levada a registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Os requisitos para a Cuem são a posse por cinco anos sobre terreno público urbano de até 250m², até 30-6-01, a utilização do terreno apenas para fins de moradia, e a ausência de ação judicial pendente por parte do Poder Público solicitando a desocupação da área. Todos esses detalhes estão previstos na Medida Provisória citada, para a qual se remete a leitura.

Apenas se adverte que, em havendo afetação da área, ou seja, sua destinação para outro uso, como, por exemplo, área de interesse de defesa nacional, área de preservação ambiental etc., faculta-se ao Poder Público conceder o uso para fins de moradia em outro imóvel público.

A CDRU – Concessão de Direito Real de Uso tem por objeto a posse de terras públicas. É um contrato feito de forma facultativa pelo Poder Público, de forma remunerada ou gratuita, com moradores de terrenos públicos, para utilização destes com a estrita finalidade de moradia. Embora prevista no Decreto-Lei n. 271/67, e repisada no art. 48 do Estatuto da Cidade, ainda é pouquíssimo aplicada pelas administrações municipais, e pode ser aplicada tanto de forma individual quanto coletiva, de modo a consolidar a área com fins de habitação de interesse social. Pela Medida Provisória n. 2.220/01, supracitada, criou-se a possibilidade de registro do contrato de CDRU no Registro Imobiliário.

É necessário aclarar que tanto a Cuem como a CDRU poderão ser extintas caso o morador utilizar o imóvel para outro fim que não o da moradia, ou caso ficar comprovado que possui outro imóvel.

Finalmente, o direito de superfície, regulamentado pelo Estatuto da Cidade em seu art. 21 e ss., permite que o proprietário de imóvel urbano transfira para terceiros o direito de superfície do imóvel, para fins de usufruto do solo, sem transferência de propriedade do terreno. Ou seja, o beneficiário do direito em tela passa a ter direito apenas sobre o que for construído sobre o imóvel. Pode ter prazo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no Cartório de Registro de Imóveis, e pode também ser gratuita ou onerosa. Como exemplo, pode-se citar aquele proprietário que possui várias dívidas tributárias para com o Município e cede o direito de superfície de lotes vazios para este como contrapartida para cancelamento dos débitos existentes. É um típico caso de regularização da posse para pessoas de baixa renda, tal como pode ser aplicado também para a regularização de favelas.

É importante notar que a Lei n. 11.481, de 31-5-07, acrescentou, por meio de seu art. 10, dois incisos ao art. 1.225 do Código Civil brasileiro vigente, incorporando ao rol dos direitos reais, incisos XI e XII, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso. Do mesmo modo, introduziu o direito especial de uso para fins de moradia, o direito real de uso e a propriedade superficiária como objetos de hipoteca, no art. 1.473, pelo acréscimo dos seus incisos VIII, IX e X.

Tudo isso, naturalmente, demonstra o reconhecimento que os meios de regularização da posse passam a ter, mais expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro, e nas várias possibilidades conferidas ao Poder Público, ao Ministério Público e, especialmente, ao Poder Judiciário na implementação de tais medidas, nos casos concretos que lhe são submetidos à análise. Essa postura permite, naturalmente, uma visão mais humanista e solidária com os anseios sociais de cada comunidade.

E não se duvide que, no tocante aos direitos sociais – de cunho prestacional – tal como o é o direito à moradia, previsto no art. 6º da CF, e que têm por objeto uma conduta positiva por parte do Poder Público, é necessária sua implementação para a definição de parâmetros mínimos para uma vida saudável, em atenção e obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo critérios estabelecidos pela ONU, nisso descata-se a “segurança jurídica para a posse, a disponibilidade de uma infra-estrutura básica a garantir condições saudáveis de habitabilidade, o acesso a outros serviços sociais essenciais” (SARLET, 2006, p. 348).

Sarlet (2006, p. 348-349) ainda preleciona que:

Também o direito à moradia reveste-se da complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na sua condição como direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa a não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de

proibição de retrocesso [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas.

Diante das considerações ora apresentadas, não há negar que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ter função de demarcar um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Na área dos direitos a prestações, relativiza-se a noção de direito subjetivo para o fim de produzir um padrão desejável de justiça social, mais humanitária e solidária às necessidades básicas do ser humano!

Ao Poder Judiciário, portanto, impõe-se zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, buscando, por meio da fiscalização dos entes legais, aperfeiçoar a gestão do orçamento público, em atenção ao princípio da proporcionalidade na atuação dos órgãos estatais, mediante concretização de ações políticas públicas nesta seara.

Uma nova ótica por parte do Judiciário quanto ao reconhecimento da função social da posse e da propriedade na gestão das áreas urbanas, a partir da criação do Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01, passa a ser decisiva na modificação do estereótipo da ocupação dos assentos urbanos informais. Reforça essa exigência a contínua desvalorização do meio ambiente, a segregação do espaço urbano e a massificação da pobreza, aliadas à postura dos governantes, que se preocupam apenas em assentar os mais desvalidos, sem nenhuma preocupação mais séria com a integração social e espacial destes com a cidade.

E neste vértice, cabe não só aos Poderes Executivo e Legislativo reproduzir e aplicar a necessidade de uma reorganização das áreas urbanas, mas também ao juiz, com o reconhecimento da função social da posse. A

partir do momento em que uma análise da função social for reconhecida não apenas na propriedade particular, mas na interferência do direito de cada cidadão em interesses sociais fundamentais, que afetam toda a coletividade, certamente será o passo mais avançado à mudança do paradigma da conformação com a informalidade.

Nesse diapasão, os já conhecidos meios de regularização de loteamentos (Lei n. 6.766/79), usucapião urbano, concessão de direito real de uso, direito de superfície, concessão especial de uso para fins de moradia etc. devem estar vinculados à função social da posse. Com eles, será possível fazer uma releitura e adequação de seus requisitos às incontáveis situações fáticas que se apresentam diariamente ao juiz.

O próprio art. 2º da Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) dá conta que entre as diretrizes gerais da política urbana encontram-se: a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (inc. II); cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (inc. III); ordenação e controle do uso do solo (inc. VI); simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (inc. XV); e isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social (inc. XVI).

A ausência de cadastro de imóveis, a sobreposição de registros, incongruências entre dados do Poder Público e dos Cartórios são dificuldades que não podem impedir o juiz de exercer efetivamente sua missão de pacificador social. Incumbe-lhe agir, assim, em determinadas situações, não meramente quando provocado, mas, sim, de ofício, propondo acertos e convênios com universidades, prefeituras municipais e organizações que

promovam a identificação de áreas, simplificando procedimentos para regularização de parcelamento do solo, registro de contratos e regularização de lotes individualizados. Vale anotar, também, que essas medidas administrativas, por parte do Poder Judiciário, devem estar aliadas, em amplos debates com os Municípios e Estados, ao incentivo à regularização de loteamentos e desmembramentos não autorizados ou irregulares e à missão, destes entes, de expropriar áreas para fins de loteamentos, tudo para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano (arts. 40 e 44 da Lei n. 10.257/01), de molde a defender e formalizar a posse daqueles que cumprem com sua função social.

Além disso, é indispensável o reforço do incentivo à assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (art. 4º, inc. V, Estatuto da Cidade).

A função do Direito visa pacificar a sociedade e, com isso, uma nova postura teórica e humanista do jurista no alcance de normas socialmente desejadas, no sentido de justas, úteis e eficazes, é imprescindível para a minimização dos prejuízos advindos da informalidade urbana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A finalidade do presente estudo foi a de trazer à tona a questão da informalidade das áreas urbanas, que cresceu e cresce, vertiginosamente, com o aumento do processo de urbanização brasileiro, com caráter essencialmente especulativo, o que acarreta os processos de segregação socioespacial e socioambiental. A evasão rural e a busca idealística da população que vive nas localidades interioranas por mais oportunidades e qualidade de vida (leia-se, aqui, mais condição financeira de obter acesso a bens materiais, lazer e conhecimento), além da falta de gerenciamento das cidades, aliadas aos motivos citados, exigem uma mudança coletiva de mentalidade e, de forma igualmente imprescindível, um redimensionamento da missão do juiz, mormente diante da limitada ação do Poder Público.

O Direito é um fenômeno humano, e o seu fundamento deve ser buscado não apenas no interior, mas no exterior da norma. É necessária uma reavaliação, assim, da mudança no comportamento judicial – uma ética de responsabilidade, para garantia do direito à moradia, sem risco à segurança jurídica.

A função jurisdicional não pode mais ser analisada com ótica estática, para apenas declarar e reconhecer direitos, ou então apenas executar coativamente a sua realização prática se e quando provocada, despida de legitimidade ética. O reconhecimento da importância social da garantia dos direitos e seu reflexo nas diretrizes do fortalecimento do Estado Contemporâneo deve ser acentuado com a dupla responsabilidade do político do direito de não apenas resolver conflitos aparentes de normas, mas de alcançar normas justas, úteis e eficazes.

A moradia é um direito fundamental, e por isso merece maior atenção dos juristas. A aplicação de institutos jurídicos de regularização da posse, e não da propriedade, afora os procedimentos administrativos relativos às serventias extrajudiciais, são alternativas ágeis que permitem a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, revertendo o padrão excludente e desordenado derivado do crescimento urbano. Tais medidas vinculam a atuação do Poder Judiciário a um padrão de humanismo menos retórico, e mais efetivamente comprometido com os anseios sociais.

4 BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 1.014 p.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 229 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional n. 48, de 10-8-2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004. 223 p.

MATOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003. 117 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. 136 p.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Coord.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processo de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

AS CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Marcelo Volpato de Souza*

Lionardo José de Oliveira**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Ação, processo e medida cautelares. 3 Princípios do processo cautelar. 4 Condições da ação cautelar. 5 Procedimento cautelar. 6 Causas de cessação da eficácia das medidas cautelares. 7 Direitos disponíveis e indisponíveis. 8 As causas de cessação da eficácia das medidas cautelares e os direitos indisponíveis. 9 Conclusões. 10 Referências.

RESUMO

Procura-se com o presente artigo verificar os efeitos jurídicos das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares, previstas no artigo 808 do Código de Processo Civil, em confronto com os direitos indisponíveis. Para tanto, priorizar-se-á a análise de aspectos conceituais e principiológicos do processo cautelar brasileiro, com destaque para as condições específicas desta espécie procedimental. Tudo isso sob a perspectiva dos interesses em relação aos quais a lei imprime os signos da imprescritibilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e ilimitabilidade.

Palavras-chave: Ação cautelar. Processo cautelar. Medidas cautelares. Eficácia. Direitos indisponíveis.

ABSTRACT

This article seeks to verify the legal effects of the ceasing causes of the effectiveness of the writs of prevention, displayed at the article 808

* Juiz de Direito em Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Processual Civil. Egresso da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc.

** Assessor Judiciário em Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Aluno da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – Esmesc.

of the Code of Civil Action, in confrontation with the inalienable rights. For in such a way, it will be prioritized the analysis of the principles and concepts of the Brazilian preventive injunction procedure, with emphasis on the specifics conditions of this type of procedure. All under the perspective of the interests the law defines as indispensable, untransferable, irrevocable and unlimited.

Keywords: Preventive injunction. Preventive injunction procedure. Writs of prevention. Effectiveness. Inalienable rights.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que os provimentos assegurativos têm como característica preponderante a provisoriedade. É corolário do império do Código de Processo Civil que as medidas cautelares nasçam fadadas a se extinguir. E é justamente aí que reside a razão deste artigo: verificar os efeitos jurídicos das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares em confronto com os direitos indisponíveis.

Não se tem a pretensão de esgotar a matéria ou de fazer juízos valorativos sobre os institutos jurídicos envolvidos neste trabalho. Muito pelo contrário. A temática proposta justifica-se apenas para que se possa investigar o grau de imperatividade das causas de cessação da eficácia das medidas cautelares cujos processos principais tenham por objeto direitos indisponíveis.

Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: as causas de cessação da eficácia das medidas cautelares, previstas no artigo 808 do Código de Processo Civil, têm absoluta aplicabilidade?

Tal questionamento suscita as seguintes hipóteses: (i) a norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil é cogente, independentemente da natureza jurídica do direito objeto do processo principal; (ii) a cogência da norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil pode ser relativizada na hipótese de o direito objeto do processo principal ser indisponível.

O método empregado na investigação e no relato dos resultados deste artigo foi o dialético. Estabeleceu-se uma tese – *a norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil é cogente, independentemente da natureza jurídica do direito objeto do processo principal* – e contrapôs-se a ela uma antítese – *a cogência da norma insculpida no texto do artigo 808 do Código de Processo Civil pode ser relativizada na hipótese de o direito objeto do processo principal ser indisponível*. Em seguida, buscou-se estabelecer uma síntese motivada do fenômeno investigado (PASOLD, 2003, p. 104).

2 AÇÃO, PROCESSO E MEDIDA CAUTELARES

A compreensão da questão de fundo deste trabalho pressupõe a distinção entre (i) ação, (ii) processo e (iii) medida cautelares. O primeiro motivo para se proceder dessa forma é de ordem conceitual: é no conceito em que se encontram os alicerces para o entendimento de todo o conteúdo. A segunda razão é de ordem técnica: o uso indiscriminado dessas categorias pode causar impropriedades jurídicas.

Ação cautelar é o direito subjetivo posto à disposição da parte para que ela possa exigir do Estado a tutela jurisdicional preventiva ou assecuratória (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 54); é o direito que nasce de uma lide, da necessidade de segurança da parte contra um risco, a provocar a antecipação da medida na luta contra o tempo ou a manutenção do *status quo* entre as partes (LACERDA, 1980, p. 41); é a providência jurisdicional invocada para a obtenção de medidas urgentes e provisórias, tendentes a garantir os efeitos de um feito principal ameaçado pela demora (SANTOS, 1992, p. 177).

Processo cautelar é o instrumento pelo qual se manifesta o direito subjetivo de ação cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 97); é o meio pelo qual se busca a concessão de medidas cautelares (GRECO FILHO, 2003, p. 154); é a forma de atuação tendente a buscar do juiz uma medida de urgência cautelar (SILVA, 2000, p. 17).

Medida cautelar consiste na providência assecuratória ou preventiva que atenda à pretensão de segurança do direito, da ação ou da própria pretensão (MIRANDA, 1976, p. 3); é o resultado do exercício do direito subjetivo de ação cautelar (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 97-98); é a providência jurisdicional protetiva do bem da vida envolvido no processo (GRECO FILHO, 2003, p. 154).

A síntese das posições doutrinárias a respeito de *ação, processo e medida cautelares* mostra que (i) a primeira é o direito subjetivo posto à disposição das partes para que elas possam exigir do Estado a proteção cautelar, (ii) o segundo é o instrumento pelo qual se exige a prestação jurisdicional assecurativa e (iii) a terceira é a resposta efetiva do Poder Judiciário à prestação que lhe foi exigida.

3 PRINCÍPIOS DO PROCESSO CAUTELAR

A doutrina é vacilante em enumerar os *princípios do processo cautelar*. A convergência existente gira em torno dos postulados da (i) autonomia, (ii) instrumentalidade, (iii) acessoriedade, (iv) provisoriedade, (v) sumariedade, (vi) preventividade e (vii) fungibilidade.

Segundo o *princípio da autonomia* do processo cautelar (art. 796 do CPC), a tutela jurisdicional de urgência pode ser preventiva ou incidental. Diz-se preventiva quando instaurada antes mesmo do processo principal. Fala-se em incidental quando instaurada no curso desta. Em suma: o processo cautelar é autônomo porque constitui relação processual distinta e inconfundível com a formada no processo principal.

Importa saber que a pretensão à tutela jurídica cautelar é distinta da pretensão à tutela jurídica de cognição ou de execução. São três espécies. Razão por que se há de considerar acertada a distribuição que fez o Código de 1973 em três livros: Livro I, Do processo de conhecimento; Livro II, Do processo de execução; e Livro III, Do processo cautelar (MIRANDA, 1976, p. 35).

Visto à luz do *princípio da instrumentalidade* (art. 796 do CPC), o processo cautelar objetiva assegurar o resultado útil de outra demanda. É o instrumento que visa garantir a efetiva atuação da lei em relação processual diversa daquela em que a pretensão assecuratória é desenvolvida.

A pretensão cautelar sempre estará ligada ao direito acautelado. Não havendo ligação é porque há satisfatividade e ausência de cautelaridade. A tutela cautelar é instrumentalmente ligada à tutela definitiva. Destina-se ela a assegurar a realização de uma pretensão (MARINONI, 1994, p. 74).

O *princípio da acessoriedade* tem como vetor a dependência do processo cautelar ao *resultado* do processo principal (art. 796 do CPC). O processo cautelar está no mundo para *servir* a um determinado provimento definitivo pendente ou futuro. A pretensão acautelatória não pode sobreviver sem um processo principal porque dele é necessariamente acessória e dependente.

Não se pode negar ao processo cautelar dependência teleológica a outro processo ou ação. A autonomia da função cautelar não significa independência de finalidade do processo. O processo cautelar é acessório e visa proteger a demanda principal (LACERDA, 1980, p. 7).

Outro princípio marcante da função cautelar é o da *provisoriedade* (art. 807 do CPC). O provimento cautelar não pode se revestir de perpetuidade. Sua existência deve ser limitada a certo espaço de tempo. O juiz está autorizado a revogar ou modificar o provimento a qualquer momento. A medida cautelar nasce fadada a se extinguir.

As medidas cautelares nascem sob o signo da instabilidade. Elas são por natureza não apenas modificáveis, mas igualmente revogáveis pelo juiz que as tenha decretado e pelos órgãos de jurisdição superior, por meio dos recursos pertinentes (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 80-81).

O *princípio da sumariedade* está ligado à própria natureza das medidas cautelares. As situações tuteladas pelo processo cautelar são sempre de urgência. Seja em sentido formal ou material, a pretensão assecuratória

exige uma resposta rápida. É dizer: o procedimento adotado deve ser o mais célere possível.

Essa sumariedade não é só em termos de rito procedimental, mas também em termos de profundidade da cognição (SANCHES, 1978, p. 29).

O processo cautelar deve prevenir a ocorrência de danos enquanto o processo principal não chega ao fim. Toda atividade jurisdicional cautelar está vinculada na prevenção de outro feito. Esses são os preceitos do *princípio da preventividade*.

A tutela assegurativa tem por objeto garantir o processo principal tal como este deve ser concretamente, isto é, sem que a situação jurídica em que o litígio se projeta venha a sofrer mudanças ou deformações (SANCHES, 1978, p. 29).

Com amparo no *princípio da fungibilidade* (art. 805 do CPC), o juiz está autorizado a conceder medida cautelar diversa daquela postulada equivocadamente pela parte. A possibilidade de adequação decorre diretamente do poder que o magistrado tem para deferir providências protetivas de ofício.

O princípio da fungibilidade resguarda ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 405).

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO CAUTELAR

O manejo de toda e qualquer ação pressupõe a observância das respectivas condições. Com o processo cautelar não é diferente. Ao lado dos processos de conhecimento e execução ele forma o *tertium genus* de desenvolvimento da jurisdição.

As condições são divididas em gerais – *comuns aos processos de conhecimento, execução e cautelar* – e específicas – *imanescentes ao processo cautelar*. Entre

as primeiras estão (i) a possibilidade jurídica do pedido, (ii) a legitimidade para a causa e (iii) o interesse processual. Entre as segundas estão o (i) *fumus boni iuris* e o (ii) *periculum in mora*. Por escolha epistemológica, apenas as condições específicas do processo cautelar serão abordadas, de modo a evidenciar as suas particularidades.

O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar, ou melhor, é o juízo de hipótese e verossimilhança do direito a ser acertado em um outro feito, cujo reconhecimento ficará para uma fase extracautelar.

Essa condição se reporta à expectativa do direito de ação e ao enquadramento da pretensão da parte às hipóteses reguladas e não vedadas pelo direito objetivo (MARQUES, 1976, p. 135).

O juízo de probabilidade consagra uma função de profunda relevância à tutela cautelar e a todo o fenômeno jurídico-processual. A verossimilhança do direito invocado para proteção cautelar não é apenas um pressuposto, e sim uma exigência desta espécie de atividade processual (SILVA, 2000, p. 77).

No processo cautelar não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição sumária. O *fumus boni iuris* não é um prognóstico de resultado favorável no processo principal ou uma antecipação do julgamento. Trata-se de uma perspectiva que basta para justificar o asseguramento do direito.

Impõe-se a análise sumária do direito invocado em razão da própria natureza do processo cautelar. Não se pode cogitar de um julgamento amparado em prova plena. A urgência é uma premissa inarredável desse processo. A cognição exauriente não se coaduna com o *princípio da sumariedade* do procedimento assegurativo.

Já *periculum in mora* (perigo da demora) é a probabilidade de dano aos interesses das partes de atual ou futura ação principal, resultante da demora no ajuizamento ou processamento desta. Ele se relaciona com o interesse

de agir, ou seja, com a necessidade e a utilidade de reclamar a atividade jurisdicional do Estado para que este tutele as pretensões da parte.

Para resultar configurado, o *periculum in mora* há de ter surgido depois do nascimento do direito que se pretende acautelar. Caso tenha surgido antes ou concomitantemente, a tutela assecurativa é descabida. Se a situação de urgência preexistia ou surgiu com este, caberá provimento cautelar se houver um agravamento.

O *periculum in mora* é a necessidade de manter o *status quo*. Se a causa provável de dano preexistia ou coexistiu com a constituição da pretensão cautelar, é vedada a concessão de medida assecurativa. No entanto, essa regra deve ser abrandada quando a parte ignorar a situação de temor (MIRANDA, 1976, p. 44).

O perigo justificador da tutela cautelar deve ser (i) fundado: decorrente de situações demonstráveis por fatos concretos; (ii) próximo: relacionado a uma lesão que deva ocorrer durante o curso do processo principal; e (iii) grave e de difícil reparação: porque é preciso que não se possa reparar facilmente o dano iminente.

Em suma: as ações de natureza eminentemente cautelar devem observar (i) a possibilidade jurídica do pedido, (ii) a legitimidade para a causa, (iii) o interesse processual, (iv) o *fumus boni iuris* e (v) o *periculum in mora*. Aquele que manejar o processo cautelar sem analisar tais condições está fadado a ser carecedor de ação.

5 PROCEDIMENTO CAUTELAR

A sistemática processual vigente denota a existência de um procedimento cautelar *comum* (arts. 801 a 803 do CPC) e de vários procedimentos *especiais ou específicos* (arts. 813 a 889 do CPC). O procedimento comum é aquele que viabiliza o ajuizamento das ações inominadas ou atípicas, além de servir como regulamentação subsidiária e genérica para todo processo cautelar (art. 812 do CPC). Os procedimentos específicos fixam ritos especiais para algumas pretensões cautelares, *v.g.*, a *busca e apreensão*, *caução etc.*

Ao tema proposto basta a análise do procedimento comum. Notadamente porque são numerosas as ações cautelares nominadas, o que torna inviável a abordagem minudente das respectivas marchas. Há também o fato de que as providências típicas se submetem ao trâmite assegurativo geral, salvo disposição contrária.

Para a propositura da ação cautelar, além dos indispensáveis requisitos do art. 282 do CPC, o autor deve observar: (i) a autoridade judiciária a que for dirigida, obedecidas as regras de competência; (ii) o nome e a qualificação das partes; (iii) a lide e seu fundamento; (iv) a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, assim como, objetivamente, a natureza e o conteúdo da providência pretendida; e (v) as provas a serem produzidas (art. 801 do CPC).

O autor pode requerer com a inicial a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária (*in audita altera pars*). O magistrado está autorizado a proceder sem ouvir o réu quando verificar que ao ser citado este possa tornar a providência assegurativa ineficaz e nos casos em que a sua citação não influencie a providência sumária (art. 804 do CPC).

Aceita a inicial, concedida ou não a liminar, a parte requerida será citada para em 5 dias contestar o pedido, indicando as provas que pretende produzir (art. 802 do CPC). Nessa resposta é permitida a apresentação de exceção e vedada a reconvenção. Autoriza-se no bojo da própria contestação o pedido de contracautela.

A ausência de contestação gera presunção de veracidade dos fatos alegados pelo requerente, devendo o juiz decidir a matéria submetida à sua apreciação em 5 dias (art. 803 do CPC). Caso contestada a pretensão e a questão controvertida for exclusivamente de direito, ou ainda de fato, cuja comprovação só possa ser feita por prova documental, a decisão também deverá observar esse prazo. A existência de prova oral enseja a designação de audiência de instrução e julgamento (art. 803, parágrafo único, do CPC).

O deferimento da medida liminar não afasta a necessidade da sentença cautelar. Já se cogitou de que a concessão sumária de proteção afastava a necessidade de decidir porque a decisão interlocutória é absorvida pelo processo principal. Esse equívoco denota problemas de ordem recursal, uma vez que contra as decisões interlocutórias e terminativas as espécies recursais manejáveis são diversas (GRECO FILHO, 2003, p. 172).

Concedida proteção cautelar, seja por meio de liminar ou de sentença, a decisão do juiz é cumprida por mandado, independentemente de processo de execução.

A parte vencida no processo principal é quem tem o dever de arcar com as custas e despesas processuais (art. 811 do CPC). Mas os encargos decorrentes do movimento da jurisdição somente serão apurados no processo cautelar quando inexistir o principal por falta de propositura ou pela natureza satisfativa da demanda protetiva ajuizada (GRECO FILHO, 2003, p. 172).

6 CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES

O Código de Processo Civil estabelece três regras fundamentais sobre o vigor das providências assecurativas. Preceitua que as medidas cautelares perdem a eficácia quando: (i) a parte não intentar a ação principal no prazo de 30 dias; (ii) não forem executadas no prazo de 30 dias; e (iii) o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem o julgamento do mérito (art. 808, I, II e III, do CPC).

A lei fixa o prazo de *30 dias para o ajuizamento da ação principal* quando a medida cautelar for concedida em procedimento preparatório (art. 808, I, do CPC). Contam-se esses 30 dias da efetivação da providência acautelatória (GRECO FILHO, 2003, p. 165). A medida cautelar se torna efetiva no momento em que cumprida, pouco importando se em caráter liminar ou final (SANCHES, 1978, p. 74).

O prazo extintivo da eficácia diz respeito somente às medidas de caráter restritivo ou de constrição de bens. Nos procedimentos meramente conservativos e nos de antecipação de prova, o referido prazo não exerce nenhuma influência (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 177).

Quanto ao *prazo de execução da medida cautelar concedida* (art. 808, II, do CPC), considera-se que o caráter emergencial da tutela restritiva impõe à parte o dever de promover sua efetivação em 30 dias. Essa efetivação pode consistir no preparo da diligência do oficial de justiça ou na remoção da coisa apreendida, por exemplo.

Entende-se que a inobservância desse prazo afasta o risco que ensejou a expedição do decreto assegurativo. A lei pressupõe que a não-efetivação da medida cautelar imputa desinteresse aos provocadores da tutela jurisdicional de urgência.

Essa hipótese de cessação da eficácia compreende apenas medidas cautelares que acarretam ofensa à esfera jurídica da parte contrária. O retardamento decorrente da morosidade dos serviços judiciários ou de qualquer outro obstáculo criado pela parte adversa não determinará tal consequência (SILVA, 2000, p. 177).

Relativamente à *extinção do processo principal* (art. 808, III, do CPC), quando este é extinto com ou sem a resolução do mérito cessa a eficácia da medida cautelar.

Na hipótese de sentença sem resolução do mérito, a providência assegurativa simplesmente desaparece e o *status quo ante* é restabelecido entre as partes como se o provimento instrumental não tivesse existido, inclusive com a possibilidade de responsabilização do executante da medida cautelar por eventuais prejuízos ocasionados (art. 811 do CPC).

Todavia, nas situações em que há resolução do mérito a solução do provimento assegurativo tem sorte diversa.

Quando a sentença de mérito favorece quem promoveu a medida cautelar, a providência assegurativa se converte na colimada pelo feito

principal (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 184-185). A providência assecurativa perdura enquanto pendente o processo principal se a medida for necessária para garantir o direito de futura execução. Significa dizer: a perda de eficácia do provimento protetivo só ocorre na hipótese de decisão desfavorável àquele que a manejou (GRECO FILHO, 2003, p. 166).

Há quem sustente uma ligação entre as condições das ações cautelares e a ação principal. Quando esta última é extinta com julgamento de mérito desfavorável ao autor da ação cautelar, a eficácia do provimento assecurativo há de cessar porque inexistentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (SANCHES, 1978, p. 81).

A perda da eficácia nos casos acima ocorre *ipso iure*, dispensa despacho declarativo da não-eficácia ou despacho constitutivo negativo (MIRANDA, 1976, p. 93). No entanto, a declaração judicial da perda da eficácia torna-se indispensável quando ocorre a conversão ou a manutenção da medida para efeitos de execução (MARQUES, 1976, p. 372).

7 DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS

As necessidades do homem reclamam o desenvolvimento de relações jurídicas consistentes em compra, venda, empréstimo, doação, entre outras. Diz-se ser imanente à vida cotidiana criar por intermédio dos negócios jurídicos o conjunto de direitos e obrigações denominado *patrimônio*.

As relações jurídicas destacadas – *compra, venda, empréstimo, doação etc.* – são eminentemente dispositivas. Estão inseridas nas liberalidades que as pessoas têm para contratar ou negociar. Os *direitos disponíveis* são os economicamente mensuráveis e passíveis de livre negociação entre as partes (VENOSA, 2003, p. 149).

No entanto, há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato.

Os direitos pessoais ou personalíssimos são absolutos e correspondem a deveres jurídicos de todas as pessoas. O objeto desses direitos está

na própria pessoa do seu titular, distinguindo-se dos direitos reais porque estes recaem sobre coisas ou bens exteriores aos sujeitos das relações jurídicas (WALD, 2003, p. 120).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegurou o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física, à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Esses direitos são denominados indisponíveis porque fazem parte da personalidade dos seus titulares.

É importante destacar para o tema proposto que esses direitos têm a característica de ser irrenunciáveis, intransmissíveis e ilimitados. São também absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais. Não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode estabelecer limites voluntários. As limitações somente por lei poderão ser fixadas (art. 11 do CC).

O estado das pessoas é disciplinado por normas de ordem pública. Não podem ser modificadas pelas partes. Os direitos indisponíveis não podem se sujeitar às liberalidades próprias das relações patrimoniais dispositivas (MONTEIRO, 2003, p. 97).

Em suma: (i) os *direitos disponíveis* são aqueles economicamente mensuráveis, podendo as partes dispor deles livremente por intermédio dos negócios jurídicos; (ii) os *direitos indisponíveis* são aqueles relativos à personalidade e ao estado da pessoa, sendo insuscetíveis de disposição porque são inerentes à condição e dignidade humanas.

8 AS CAUSAS DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES E OS DIREITOS INDISPONÍVEIS

Há uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial que visa afastar a imperatividade dos dispositivos que versam sobre a eficácia das medidas cautelares quando a causa posta em juízo diz respeito aos direitos indisponíveis. Trata-se de posicionamentos calcados nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O *princípio da razoabilidade* exige justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Judiciário e os fins por ele almejados. É um postulado necessário quando as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das espécies normativas que sua efetividade social (MORAES, 2006, p. 789).

O *princípio da proporcionalidade* associa-se a um sentido de amplitude ou intensidade das medidas adotadas. Aos indivíduos não devem ser impostas obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público. É a proibição do excesso (FERREIRA FILHO, 2006, p. 112).

E os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão ligados ao da *instrumentalidade das formas*.

A instrumentalidade das formas subordina a invalidade de um ato processual à relação entre o vício e a finalidade que se pretende alcançar por meio dele. A nulidade é cominada apenas quando o vício impeça o processo de atingir seu escopo. Tudo de modo a salvar o que foi feito na medida do permitido e reclamado pelas exigências técnicas (LIEBMAN, 1984, p. 55).

Existe uma predisposição de salvar o processo ou de não anulá-lo ou extingui-lo sem que seu objetivo seja apreciado. Deve-se evitar que a forma ganhe contornos de importância mais destacados do que a própria substância do litígio a ser solucionado pelo instrumento processual. O que importa para o direito e para o processo como instrumento de sua realização na busca pela justiça é exatamente fazer justiça (MEDEIROS, 2005, p. 103).

Quanto ao posicionamento da doutrina em relação ao tema proposto, nas questões de família as medidas cautelares não perderão a eficácia mesmo que a parte não promova em 30 dias a ação principal, especialmente as ações de amparo ao menor, de alimentos e de separação de corpos (NEGRÃO; GOUVÊA, 2003, p. 824).

É de evidência meridiana que o não-ingresso da ação principal no prazo de 30 dias não pode importar na reunião de corpos que se odeiam,

no desamparo e na fome da mulher e da criança, na eliminação da visita, no retorno do indigno ao pátrio poder, à tutela e à curatela. Os arts. 806 e 808 do CPC não visam, absolutamente, objetivos odiosos e nefandos. Esses dispositivos legais devem ser interpretados com inteligência e parcimônia, de modo que o estado das pessoas seja efetivamente preservado (LACERDA, 1980, p. 379-380).

A Súmula 10 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estabelece que o deferimento do pedido de separação de corpos não se submete ao prazo do art. 806 do CPC¹.

Também já decidiram os gaúchos que o abrandamento dos dispositivos de cessação de eficácia das medidas cautelares não-satisfativas deve ser aplicado às providências decretáveis de ofício ou que tenham por objeto interesse público ou direitos de família ou de personalidade².

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina também vem decidindo reiteradamente nos termos da doutrina.

Colhe-se da Corte catarinense, em ação cautelar de arrolamento de bens cumulada com seqüestro, decisão no sentido de que a interpretação sensata e inteligente dos arts. 806 e 808 do CPC afasta a cessação da eficácia do provimento assegurativo pelo decurso do trintídio legal³.

Preceitua esse Tribunal que em procedimentos que envolvam o direito de família o processo cautelar tem caráter autônomo, não se aplicando o prazo do artigo 806 do CPC⁴.

O mencionado Pretório também ressalta que as regras de caráter formal não podem se sobrepor à incompatibilidade de coabitação, sendo prudente mitigar o trintídio legal para o ajuizamento da ação principal de modo a afastar os riscos de dano físico e moral de uma das partes⁵.

1 Uniformização de Jurisprudência n. 587028978, j. em 11-12-1987.

2 Ap. Cív. n. 598573376, de Tupanciretã, rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. em 20-5-1999.

3 Ap. Cív. n. 2004.002029-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 14-5-2004.

4 Ap. Cív. n. 2002.008128-6, de Urubici, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 8-8-2002.

5 Ap. Cív. n. 2002.020853-7, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 13-3-2003.

9 CONCLUSÕES

Tem-se que a ponderação dos direitos indisponíveis e dos aspectos de procedibilidade do processo cautelar faz com que aqueles prevaleçam. Mostram doutrinadores e julgadores que as causas de cessação da eficácia das medidas cautelares devem ceder passo à efetiva proteção do estado da pessoa. Tudo em nome do bom senso.

Os interesses que incidem diretamente sobre a pessoa do seu titular devem ser fundamentalmente protegidos. E é com base nessa premissa que os juristas pátrios – *após o sopeso dos direitos material e formal* – afastam a imperatividade das regras de cessação da eficácia das medidas cautelares.

Portanto, negatizou-se a assertiva de que a norma que prevê a perda de eficácia do provimento cautelar é absoluta. Vislumbrou-se que doutrina e jurisprudência têm abrandado as regras de cessação das medidas assegurativas relativas aos direitos indisponíveis.

O direito processual civil pátrio não pode chancelar ofensas a direitos materiais em nome de regras de procedibilidade. A instrumentalidade imanente ao processo posiciona essa ciência de tal modo que ela somente pode ser concebida como ferramenta para efetivação dos interesses dos jurisdicionados. Trata-se de ramo do direito público.

Quando as regras de procedibilidade podem ser abrandadas sem prejuízo das condições mínimas de desenvolvimento da jurisdição, não se mostra razoável proceder de forma diversa. Deve-se prestigiar os anseios das partes e a efetividade da jurisdição, principalmente quando a lide posta em juízo tem por objeto interesses indisponíveis.

Apesar de eventual e hipotética, a instrumentalidade também informa o processo cautelar. Sua razão de ser reside na segurança da eficácia de outra providência jurisdicional. Logo, não pode o instrumento de realização dos direitos negar-lhes garantia.

No atual contexto de ineficiência estatal, a função pública do processo e a afirmação dos direitos indisponíveis servem como meios

de resistência àqueles que acreditam na progressão das liberdades como condição de emancipação do homem.

O direito processual civil brasileiro passa por um momento crítico em sua história. É apontado como um dos principais culpados pelo aso-berbamento e pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

A imagem do processo como instrumento efetivador de direitos, conquistada sobretudo com a edição da Constituição de 1988, tem sido relegada pelo descrédito dos jurisdicionados. Portanto, devem ser permanentes os esforços que visam resgatar o caráter publicista do direito processual civil.

10 REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/jur/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2005.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Súmulas. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurispru/sumulastj.html>>. Acesso em: 12 nov. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php>. Acesso em: 12 nov. 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: processo de execução a procedimentos especiais*. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII, tomo I, arts. 796-812.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil: processo de execução: processo cautelar: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. tomo XII, arts. 769 a 889.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. atual. até a EC n. 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. atual. até 13 de janeiro 2003. São Paulo: Saraiva, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 8. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SANCHES, Sydney. *Poder cautelar geral do juiz: no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar: tutela de urgência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004. v. II.

_____. *Processo cautelar*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: introdução e parte geral*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

A PRESCRIÇÃO PENAL É APLICÁVEL NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS*

Mauro Ferrandin**

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais. 2 Fundamentos políticos da prescrição. 3 Vicissitudes da medida socioeducativa. 4 Incidência da prescrição penal nas medidas socioeducativas: duas vertentes. 4.1 Direito penal juvenil. 4.2 Direito infracional. 5 A Súmula 338 do STJ. 6 Considerações finais. 7 Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a mais recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça na seara infanto-juvenil e a sua repercussão entre as principais doutrinas nacionais que debatem o tema, notadamente entre os defensores do direito infracional, em contraposição aos adeptos do chamado direito penal juvenil.

Palavras-chave: Direito penal juvenil. Direito infracional. Adolescente infrator. Garantismo jurídico. Prescrição. Súmula 338.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como sabido, não é nova a discussão acerca da aplicação do instituto da prescrição nas medidas socioeducativas, porquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quedou silente no que tange aos limites temporais da punição estatal ao ilícito cometido pelo adolescente infrator.

* Súmula 338 – Superior Tribunal de Justiça.

** Juiz de Direito. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

Não bastasse a desídia legislativa específica, a falta de consenso dos juristas quanto à natureza jurídica da medida socioeducativa alimentou este que é um dos principais entraves à pacificação da *quaestio* ao longo dos anos.

A edição da Súmula 338 do STJ passa, então, a representar um divisor de águas para os operadores do direito infanto-juvenil.

2 FUNDAMENTOS POLÍTICOS DA PRESCRIÇÃO

Prescrição, nos dizeres de Antônio Lopes Baltazar (2003, p.13),

é a perda do direito de punir, ou executar a pena, por parte do Estado, em face do decurso do tempo. Extingue-se a punibilidade quando o titular do *jus puniendi* não exercer a pretensão punitiva ou a pretensão executória em um determinado espaço temporal previsto em lei.

Segundo ainda Baltazar (2003, p. 19),

o termo prescrição é originário do latim *praescriptio*, entendido como um escrito posto antes, significando meio de defesa expedido antes da *demonstratio*, alertando o juiz e que, uma vez presente, não era mais possível examinar o mérito.

Quanto à natureza jurídica, a par daqueles que consideram a prescrição como de caráter processual ou misto (penal e processual), predomina o entendimento de que o instituto estaria vinculado ao direito substantivo, pois, independentemente de seus efeitos, é patente que se trata de regra de direito material, já que o direito formal somente surgirá após a formalização da relação jurídica (SCHMIDT, 1997, p. 23).

Baltazar (2003, p. 16-17) expõe os fundamentos mais significativos, dentre os vários analisados pelas teorias e doutrinas, sobre a instituição da prescrição, quais sejam: o “esquecimento, pela sociedade do crime cometido, levando ao desinteresse na punição”; o “remorso do criminoso que, presume-se, tenha expiado sua culpa de forma suficiente durante determinado lapso de tempo”; o “dever do Estado de arcar com a própria inércia”; a “dificuldade na coleção de provas, que impossibilitaria uma

justa apreciação do delito cometido”; e a “desnecessidade do castigo pela regeneração do criminoso”.

Logo, são desnecessárias maiores elucubrações para ver que é inaceitável que uma pessoa fique por tempo indeterminado sob a ameaça de uma ação penal ou de seus efeitos, antes de uma sentença que efetivamente declare sua condenação. Não poderá ela, de idêntica forma, suportar indefinidamente os vexames e prejuízos advindos de uma acusação não aprazada.

3 VICISSITUDES DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Para compreender o porquê da submissão do adolescente infrator às medidas socioeducativas, perfazem úteis algumas prévias considerações.

Ato infracional, para Paulo Afonso Guarrido de Paula (2006, p. 26-27), é o cometimento, por uma criança ou adolescente, de ato descrito na legislação penal como crime ou contravenção. Logo, uma vez praticado o fato típico por este último, poderão ser-lhe aplicadas, além de medidas protetivas, as medidas socioeducativas, que caminham da advertência à privação da liberdade.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção da doutrina da proteção integral, diferentemente do que se propunha no Código de Menores, as medidas socioeducativas passaram a ser destinadas tão-somente aos menores conflitantes com a lei, com isenção dos desvalidos.

O rol disposto no art. 112 do ECA é taxativo e indica quais as modalidades de medidas aplicáveis aos infratores:

I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semi-liberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Os modelos das medidas socioeducativas em si não têm freqüentemente sofrido críticas; por outro lado, o impasse referente à sua natureza,

punitiva ou essencialmente pedagógica, é tema ainda intensamente dialogado. Exemplificando o confronto de idéias, Martha de Toledo Machado (2003, p. 47-48) adverte que se derrubam as garantias dos adolescentes sob o falacioso argumento de que “quando o estado, mediante a Justiça de Menores, priva-os de liberdade [...] estava sendo adotada uma medida de natureza *protetiva* e não repressiva”; João Batista Costa Saraiva (2003, p. 44), em contraponto, afirma que “faz-se inconstitucional do ponto de vista das garantias das liberdades individuais que o Estado, visando a proteger o sujeito, lhe subtraia a própria liberdade”.

4 INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PENAL NAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: DUAS VERTENTES

Consoante anunciado, o embate de idéias quanto à natureza da medida socioeducativa nasceu junto com o Estatuto e, subsidiado por outras divergências hermenêuticas, polarizou-se em duas grandes frentes.

Em suma, de um lado, ancorados no chamado direito penal mínimo e, por conseqüência, favoráveis à aplicação de institutos típicos do direito penal e do direito processual penal surgiu, a teoria titulada de *direito penal juvenil*. Opostamente, concentraram-se aqueles que propugnam uma leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente pelo viés constitucional, em que as medidas socioeducativas não poderiam ser confundidas com a pena propriamente dita, porquanto, revestidas de caráter reeducativo, não confortariam a índole sancionatória da pena, corrente doutrinária esta defensora do *direito infracional*.

Limitados à análise da Súmula em comento, passemos em revista as duas correntes suso mencionadas.

4.1 Direito penal juvenil

Os partidários do direito penal juvenil argumentam que a extensão de institutos típicos do direito penal e processual penal aos procedimentos infracionais, além de indiretamente autorizados pela norma especial,

asseguraria aos adolescentes as mesmas garantias de que desfrutam os maiores em processos comuns, conformando-se, assim, com os princípios constitucionais insculpidos na Carta Maior.

Nas palavras de João Batista Costa Saraiva (2003, p. 71),

não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no país um sistema que pode ser definido como de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo. Quando se afirma tal questão, não se está a inventar um Direito Penal Juvenil. Este está ínsito ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, e seu esclarecimento decorre de uma efetiva operação hermenêutica, incorporando as conquistas do garantismo penal e a condição de cidadania que se reconhece no adolescente em conflito com a Lei.

Ainda, segundo o pensamento do autor supramencionado, sobre a essência da medida:

A sanção socioeducativa tem finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercitibilidade, sendo, pois, imposta ao adolescente (SARAIVA, 2006, p. 65).

Amaral e Silva (1998, p. 215-230), em sua clássica lição, não destoia; sustenta o eminente Desembargador catarinense que ao Estatuto da Criança e do Adolescente trasladaram-se as garantias do processo comum para o fim de conjugar o cunho pedagógico das medidas socioeducativas com a humanização decorrente da aplicação de um direito penal mínimo, plasmado, em suma, na efetividade de seus limites e garantias.

Em recente produção, argumenta Joubert Farley Eger (2007):

Vivifica-se nos arautos jurídicos que a prescrição é direito subjetivo e fundamental inerente a todo o cidadão, eviden-

ciado em todos os ramos do direito (tributário, penal, civil, comercial, administrativo, processual) esclarecendo, a própria *Lex Mater*, as circunstâncias em que tal não se prestará a ser utilizado (art. 5º, incisos XLII e XLIV). Imagine-se o diploma do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 – concebido pelos documentos mais garantistas de direitos humanos (Convenção e as Regras Mínimas de Beijing, os Documentos de Direitos Humanos das Nações Unidas e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Juventude) declinar de direitos que, para adultos são reconhecidos e às crianças e adolescentes não! O ECA, cristalizado por uma Doutrina de Proteção Integral, reconhecendo, deste modo, a criança e o adolescente como sujeito em condições peculiares de formação, não pode enveredar por ínvios caminhos que só trariam a degradação do psiquismo juvenil e a conseqüente delinqüência e marginalidade da vida adulta. Se a carga mais acentuada das medidas correspondem a sua função pedagógica e não retributiva, não será menos correto o emprego da prescrição. Até mesmo a modesta aplicação, pelo genitor de uma criança ou adolescente, do *animus corrigendi* ou *disciplinendi*, num determinado tempo por demais extenso a partir da data da indisciplina, não lhe alcançaria o êxito pretendido.

É proveitoso elucidar que, nesta mesma senda, Wilson Donizete Liberati (2002, p. 100-101) preleciona que as medidas socioeducativas têm, nitidamente, natureza punitiva, apesar de executadas por intermédio de meios pedagógicos. Conforme ele, aliás, os métodos para a aplicação de tais medidas podem ser pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, cujo escopo é a integração do adolescente à comunidade e à sociedade.

Já para Karyna Batista Sposato (2006, p. 114) a medida socioeducativa cumpre o mesmo papel de controle social que a pena, e goza das mesmas finalidades e conteúdo. Para a autora, a medida “representa o exercício do poder coercitivo do Estado e implica necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade. De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas”.

4.2 Direito infracional

Com aportes na criminologia crítica, expoente desta vertente, Alexandre Morais da Rosa (2005, p. 41-45) sublinha as falhas do sistema criminal como um todo, cujos vícios, se transportados à cena infracional, redundariam num claro retrocesso à doutrina da situação irregular que, sob falsas premissas de um modelo que se diz garantista, seriam mantidas práticas já rechaçadas pela moderna dogmática que garante ao adolescente a sua condição de sujeito de direitos.

O autor também sentencia que a medida socioeducativa, longe de uma fundamentação jurídica, possui somente uma justificação política, de ato de força estatal, e afasta qualquer pretensão retributiva ou preventiva. Para ele, existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da medida: “Primeiro impedir a vingança privada [...]. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal [...]” (ROSA, 2005, p. 181).

Outro teórico desse método, Mário Luiz Ramidoff (2006, p. 80), defensor do caráter educativo da medida aplicada ao infrator, assinala que,

considerando o caráter educativo-pedagógico, pode-se legitimamente afirmar que a medida socioeducativa não se constitui numa sanção, vale dizer, não possui caráter, essência ou mesmo conteúdo sancionatório [...] a medida socioeducativa é preliminarmente a estipulação de uma relação conceitual normativa [...] estimativa e limitativa da intervenção estatal diferenciada, em dimensão programática.

Paulo Afonso Garrido de Paula (2006, p. 44), ao afirmar que o direito da criança e do adolescente baseou-se no garantismo penal, assevera:

Com base na Constituição da República, que inseriu em nosso ordenamento a doutrina da proteção integral e sedimentou os alicerces da criação e desenvolvimento de um novo Direito da Criança e do Adolescente, adveio um sistema próprio de responsabilização de autores de atos infracionais. Trata-se de um conjunto sistêmico distinto do Direito Penal, muito embora se tenha abeberado em suas conquistas por meio da incorporação de direitos e garantias classicamente alocados nesse ramo.

Em suma, pretendem os doutrinadores do direito infracional demonstrar que o direito penal juvenil em nada contribuirá para reenquadrar a distorcida visão sobre a política de implementação do ECA, uma vez que o que merece ser sopesado são as medidas que visem coibir arbitrariedades por parte do Estado.

Destarte, diante desse contexto, é forçoso concluir que a edição da Súmula em comento vem ao encontro dos ideais defendidos pela primeira corrente, causando, de fato, certa ruptura no sustentáculo da doutrina divergente, uma vez que um dos seus pilares residia, justamente, na até então divergência jurisprudencial acerca da natureza da medida socioeducativa.

5 A SÚMULA 338 DO STJ

Resultado de reiteradas decisões, em 16 de maio de 2007, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 338 e, de modo cortante, pôs uma pá de cal numa querela que se arrastava desde sempre.

Reconheceu o Pretório Excelso ser a natureza pedagógica das medidas socioeducativas indissociável do seu caráter punitivo e, com isso, não apenas pôs termo à celeuma jurisprudencial, mas fortificou o substrato daquela corrente que propugna pela emancipação do direito penal juvenil. Veja-se:

De ver-se que os infratores são submetidos às normas configuradoras de injustos para a caracterização do denominado ato infracional (art.103 do ECA), sujeitando-se, pois, a medidas restritivas de direitos e privativas de liberdade, às vezes, na prática, até mais gravosas que as impostas aos imputáveis. Portanto, não se pode negar que as medidas socioeducativas têm, na realidade, uma certa conotação repressiva, ainda que formalmente sejam preventivas¹.

Aliás, a sustentação dessa opção já contava com o apoio da maioria dos tribunais estaduais, destacando-se entre eles a importante contribuição

1 Recurso Especial n. 605.605/MG (2003/0165370-4) – STJ.

da Corte catarinense que, na quase totalidade, vinha há bom tempo reconhecendo a possibilidade de prescrição nesta seara.

É evidente que a edição da Súmula, por si só, não terá o condão de mudar paradigmas, principalmente porque, tal como surgiu, com o decorrer do tempo poderá desaparecer, se porventura a construção teórica ora vencida reunir forças para inverter a situação, o que não seria novidade².

Entrementes, considerando o enredo que permeou a sedimentação do tema, não parece crível que o entendimento acerca da natureza bivalente das medidas socioeducativas possa ser alterado, ainda mais quando a tendência para o aumento do prazo de internação dos adolescentes infratores se encontra na ordem do dia, haja vista a odiosa prática nacional, em regra, estruturada em pressupostos de verdadeira profilaxia social, de editar leis de ocasião (LEAL, 2004).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode notar, as divergências interpretativas sobre a matéria, além da inexistência de regras expressas que assegurem todos os direitos aos adolescentes, por muito tempo deram margem às distorções na consecução dos objetivos traçados pela Doutrina da Proteção Integral³.

No entanto, se é certo que em face da primazia da Constituição da República deve o Estado garantir todos os direitos nela corporificados aos maiores que praticam um delito, não menos certo parece que ao adolescente infrator, também sujeito de direito (e deveres), devem ser estendidos, no mínimo, os mesmos direitos e garantias penais e processuais, sob pena de se convolar interpretações discricionárias aptas a permitir o arbítrio, em franca discordância com o moderno Estado de Direito. Trata-se, pois, das bases do garantismo jurídico, o qual, na

2 Súmulas 174 e 388 do STJ e do STF, respectivamente.

3 Expressão oriunda da Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU, de 1959.

definição de Luigi Ferrajoli, a quem Alexandre da Maia (2000, p. 94) referencia, significa:

uma forma de direito que se preocupa com aspectos formais e substanciais para que o direito seja válido. Essa junção de aspectos formais e substanciais teria a função de resgatar a possibilidade de garantir efetivamente, aos sujeitos de direito, todos os direitos fundamentais existentes.

Não é por menos, pois, que se defende a superação de outras práticas ilegais que se perpetuam no dia-a-dia forense, vale lembrar, entre outras, a inquisitorial⁴ concessão de medida socioeducativa diretamente pelo Ministério Público, mesmo que sem a presença de defensor, e a internação decorrente do descumprimento reiterado das medidas restritivas de direitos aplicadas.

Por conseguinte, diante de uma observação analítica das duas teorias combatentes, o que se vê é que, embora por meio de caminhos díspares, intenta-se, sobretudo, assegurar as garantias constitucionais ao adolescente conflitante com a lei.

No entanto, não se pode negar que a edição da Súmula em testilha, mais do que encerrar uma discussão jurisprudencial que se alongava desde a entrada em vigor do ECA, sinaliza para a confirmação da natureza jurídica sancionatória das medidas socioeducativas e, em consequência, indica a indissociabilidade entre o Estatuto e os demais ramos do direito, cujas garantias neste previstas àqueles deverão ser transladadas.

Trata-se, na verdade, de atribuir efetividade aos direitos primários dos sujeitos em estado de desenvolvimento que só pode se dar pela *instrumentalidade processual garantista*⁵ fomentada por ambas as teorias suscitadas.

4 A formação desta audiência de apresentação em nada se distingue do sistema inquisitorial, cujas características estão bem delineadas por José Antônio Barreiros (1981, p. 12).

5 Sobre a instrumentalidade garantista do processo penal, conferir Lopes Júnior. (2003, p. 5-22).

Em arremate, importa ressaltar que, embora não possua a Súmula em apreço efeito vinculante, inegável é a segurança jurídica emanada de tal consolidação, não somente por ter refreado o embate de idéias sobre o tema abordado, mas, precipuamente, por ter estendido aos adolescentes direitos que se lhes negavam, em confronto com os princípios basilares do ordenamento jurídico vigente.

7 REFERÊNCIAS

- BALTAZAR, Antônio Lopes. *Prescrição penal*. São Paulo: Edipro, 2003.
- BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.
- EGER, Joubert Farley. Nova classificação da infração penal no atual sistema criminal brasileiro e o aplacamento da controvérsia de aplicação do instituto prescricional. Disponível em: <www.abmp.org.br>. Acesso em: 4 jul. 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.
- LEAL, João José. Crimes hediondos e leis de ocasião: uma análise crítica da Lei n. 8.072/90. In: SEMANA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO CURSO DE DIREITO DA UNC, 3., palestra proferida em 20 ago. 2004.
- LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.
- MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: ILANUD; ABMP; SEDH;

UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

_____. *Menores, direito e justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. *Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REVISÃO CRIMINAL: UMA RETROSPECTIVA HISTÓRICA NO DIREITO PÁTRIO

Rafaella Zanatta Caon*

1 BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS

Como se sabe, a partir do momento em que o Estado passou a dispor da aplicação de sanção penal, tratou de criar os órgãos destinados a esse fim, conferindo-lhes as normas instrumentais. Logo se percebeu que algumas decisões eram falhas, algumas estridentes, por erro judiciário, pela má interpretação do texto legal, e também sem o dever de cuidado com relação à valoração das provas colhidas durante a instrução.

Na antiga Roma, prolatada a sentença, encerrava-se a missão do juiz, sem nenhuma possibilidade de nova apreciação. Contudo, há notícias de que havendo retratação dos magistrados em seus julgamentos, por meio da *licentia supplicandi*, ocorria o reexame do processo, não raro modificando-se o resultado primitivo.

Sempre foi preocupação dos juristas buscar soluções para impedir as chamadas fraquezas de julgamentos, muitos alicerçados na tortura, em épocas ignominiosas.

Pregavam a necessidade de revisão, até porque a violência na coleta de provas conduzia a soluções fantásticas que, na salutar lição de Francisco Casonius, lembrado por João Martins de Oliveira (1967, p. 67), representavam que “a todo o tempo, em razão da humanidade, pode-se inquirir sobre a inocência do réu; este, por medo, ou por outra coisa, confessa e amiúde é condenado por falsa demonstração”.

* Advogada, graduada pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Criminal pela Faculdade de Direito de Curitiba.

Manzini (1951, p. 253) mencionou esses episódios. Aduziu, ainda, que o direito napolitano dava ao príncipe a prerrogativa de ordenar a revisão, por notória injustiça ou erro de direito. Assim, o juiz voltava a examinar os autos, confirmando, reformando ou anulando a sentença.

Segundo ele, a revisão nasceu na Itália, mais especificamente no caso Foscarini, 1663, depois foi levada à França, onde figurou a partir de 1670 na Ordenança, havendo controvérsia, visto existirem anotações de que esse instituto já estava arrolado nas normas francesas de 1539.

A evolução revisional seguiu em essência por vários países europeus, como Alemanha e Bélgica. Há similar também na Inglaterra e nos Estados Unidos, valendo ressaltar que na primeira a justiça é aplicada em nome do soberano, via repartição pública não integrante do Poder Judiciário, e no segundo mediante reabertura do processo, preservado o princípio da autonomia dos Estados-membros, em todos concedida a revisão quando novos elementos de prova possibilitem modificar a sentença passada em julgado.

Em Portugal, a revisão, vinda das Ordenações Afonsinas e mantidas nas Manoelinas e Filipinas, perdura até hoje com pouquíssimas modificações.

Finalmente, no Brasil, com a Independência, o art. 164 da Constituição do Império criou o recurso de revista que, com o advento da Lei de 18 de setembro de 1828, podia ser aforado tanto pela parte como pelo Procurador da Coroa, quando houvesse violação à lei, condensado no dogma *revisio de iusticia e revisio ex speciale gratia principis*, remanescente das Ordenações.

Já com a Lei n. 261, de 1841, art. 89, foram consagradas as hipóteses de cabimento da revista, dirimindo em conseqüência as dúvidas e confusões entre revista e revisão claramente estampadas na Lei de 1828, como salientou Pimenta Bueno (Direito Público Brasileiro, p. 356-357). Adotado o regime republicano, tornou-se perene a revisão pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, organizador da Justiça Federal, disciplinando-se

em seu art. 9º, III, e, com a Constituição de 1891, art. 81, ganha ela foros definitivos.

2 A REVISÃO CRIMINAL

Para a admissibilidade do pedido de revisão, impõem-se os pressupostos seguintes: existência de sentença penal condenatória, em qualquer instância, e a irrevogabilidade desta sentença, isto é, a coisa julgada.

Tem-se, na atualidade, a vigência do art. 621 do Código de Processo Penal. Esse ditame permite o reexame da sentença condenatória transitada em julgado que vem a ser, por ordem: a) violação ao texto expresso da lei penal; b) contrariedade à evidência dos autos; c) sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; d) descoberta de novas provas de inocência do apenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição de pena; e) configuração de nulidade processual.

Mencionada regra apenas declara que a revisão alcança os processos findos e com essa expressão o legislador quis precisar que o instituto é dirigido contra a sentença final.

À revisão só interessa a decisão que soluciona o mérito da causa. Conforme estudo de F. M. Xavier de Albuquerque (1962, p. 313), é feita a conversão em realidade jurídica concreta a realidade jurídica hipotética, vinculada pela demanda. Praticamente, a decisão de mérito condenatória consiste em declarar a existência de um fato que assume a feição típica de crime, e a autoria dele atribuída a uma pessoa que, por isso, sofre determinada inflição de pena.

Revistas as premissas e as normas específicas, é possível concluir também pela admissibilidade da revisão na fase da execução da pena, consoante regra contida no art. 622 do CPP, que alguns insistem em negar porque não se trata de processo de conhecimento. Ora, em casos tais, há evidente questão de execução, todavia submetida por via reflexa

ao conhecimento, que elide a cláusula *rebus sic stantibus* própria da ação executória.

3 O ERRO JUDICIÁRIO

Uma admirável noção de erro judiciário se obtém lendo René Ariel Dotti. (2003). O renomado advogado criminal oferece magnífica análise sobre os processos em que se envolveram desgraçadamente Tiradentes, Pontes Vergueiro, Sacco e Vanzetti, Juan Cals, os irmãos Naves (uma vergonha para o mundo) e Aída Cury, entre outros, nos quais se consolidaram métodos de acusação voltados à barbárie, gerando condenações e vigorosas injustiças, timbradas pela fragilidade das provas indiciárias.

O erro judiciário pode ser conjurado pela revisão criminal.

En passant, sobre o assunto, vale lembrar que os advogados Maurice Lailler e Henri Vonoven escreveram precioso trabalho sobre erros judiciários, estudando suas causas e publicando resumo daqueles que mais sensibilizaram a sociedade – *Les erreurs judiciaires et leurs causes*. Os ilustres publicistas fizeram observações tendo em conta a organização judiciária da França no seu tempo. Para eles, não há erro inevitável, e tudo, no fundo, recai sobre os ombros do julgador que, mesmo na hipótese de não ter no caso responsabilidade penal ou civil, tem sempre obrigação moral nas suas atuações. Não admitem que se procure desculpa na influência da opinião pública, porque não é ela que julga, mas o magistrado.

Referidos escritores proclamam três categorias de causas: a) as causas pessoais, resultantes da conduta dos juízes na instrução e nos debates; b) as que se originam da confiança emprestada pelo juiz às denúncias, aos testemunhos e às perícias errôneas; c) as que são conseqüências da imperfeição da lei e que poderiam ser remediadas pelo juiz. Nessa ordem de idéias, os erros podem ser encontrados nos processos nos quais predominem: 1) a paixão pública; 2) os testemunhos imperfeitos; 3) as perícias errôneas; 4) a displicência ou ineficiência do juízo de instrução;

5) as audiências mal orientadas; 6) a desigualdade entre acusação e defesa, com o desfavor desta.

De qualquer sorte, pontificados os enganos nos trabalhos da justiça, levanta-se onda de maledicência contra os magistrados, e a polícia é levada ao pelourinho.

São conhecidas as verrinas de Anatole France, e repetem-se as ácidas críticas de Courteline à justiça de seu país. Embora tenha havido progresso na adoção de meios, de princípios e de sistemas de instrução das causas, bem como na formação dos processos de convencimento do julgador, sempre é necessário reconhecer que a justiça, como trabalho humano, é falível e está sujeita a desacertos. E estes existem em maior número nos processos de crimes de menor repercussão no meio social, apenas com brandas imposições da lei, uma vez que, para estes, a formação dos juízos decisórios não se abroquelou na mesma quantidade e qualidade de elementos probatórios exigidos para os delitos graves.

Muitos são os fatores que, entre nós, ainda concorrem para tornar falha a atividade judiciária. Além da deficiência do ensino, que desarma os profissionais da justiça nos seus misteres, e da falta de especialização nas carreiras jurídicas, no nosso sistema as primeiras deliberações, em causas criminais, partem do organismo policial, que não dispõe de técnicos com conhecimento e recursos necessários ao bom desempenho de sua missão. A não ser nas capitais dos Estados, e em uma ou outra cidade de maior desenvolvimento, não há laboratórios para os trabalhos da polícia judiciária. Não se realizam exames no local do crime, não se levantam pesquisas de elementos circunstanciais, as armas recolhidas como instrumentos do crime não são examinadas por peritos.

Quase sempre, tudo se resume ao depoimento de testemunhas e às declarações do acusado. Os processos são demorados, e desaparecem os bons meios de prova.

Diante de tantas falhas, é até de admirar que o número de “erros judiciários” não seja maior. Todavia, esse aspecto de fraqueza do serviço

criminal serve para dar ênfase à adoção do instituto da revisão, dentro de bases mais amplas, de maneira a assegurar a todos confiança em nossos organismos judiciários, orientados no propósito de evitar que a defesa da sociedade se transforme em perseguição de inocentes.

Percebendo a necessidade de aperfeiçoar as codificações taxativas de casos de revisão, a legislação austríaca e a alemã incluíram em seus ordenamentos uma fórmula mais ampla e passaram a admitir o pedido revisional “toda vez que se descubra um documento novo ou surjam novos indícios de inocência”.

Olhos fitos nessa orientação, juristas italianos aplaudiram a crítica de Gregoraci (*Dalla Riparazione degli errori giudiziari*, p. 80), quando se referiu à lei vigente em seu país. Deu frutos tal crítica. Na Itália, também, como ocorreu em outros países, as leis passaram à previsão de hipóteses revisionais, genericamente, por meio de “novos fatos” ou “novas provas”, surgidas após a condenação.

No Brasil, a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, art. 74, § 1º, entre os casos de revisão, fixou na letra *g* a seguinte hipótese: “quando depois da sentença condenatória se descobrirem novas e irrecusáveis provas da inocência do acusado”. A Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto n. 22.213 de 1932, conservou a mesma regra no art. 86, § 3º, n. 7.

No Código de Processo Penal vigente, o dispositivo específico (art. 621) tem redação desse claríssimo darsana: “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

Esse tópico exigiu logo e sem delongas que se desse exata interpretação ao que o legislador teria entendido por “novas provas”.

Ao admitir o caso, a legislação italiana adotou a expressão “novos fatos ou novos elementos de prova”. Entretanto, Manzini (1951), cuja lição tem sido geralmente adotada por seus patrícios juristas, explicou que os termos

“novos fatos” e “novos elementos de prova” são equivalentes, “pois que os fatos também devem ser elementos de prova, no momento em que a lei os admite, enquanto tenham efeito probatório. O que se diz, por isto, foi indicar que nenhum elemento de prova é de considerar-se excluído”.

O Supremo Tribunal Federal, nas primeiras aplicações da lei, deu ao dispositivo da “novidade probatória” interpretação angustiosa que, infelizmente, exerceu e exerce ainda alguma influência em julgados dos Tribunais dos Estados, os quais passaram a conhecer das revisões pela mesma fundamentação. Começou o Excelso Pretório com o acórdão de 1º de agosto de 1896, na revisão n. 146, quando decidiu: “não sendo nova, ou não tendo sido descoberta depois da sentença condenatória, não se admite no juízo de revisão a prova que deixou de ser apresentada oportunamente”.

João Vieira enfrentou este aresto, considerando restrita a exegese adotada, e divorciada da melhor doutrina, porque “novas provas” não se devem entender as provas *noviter producta*, ainda que não *noviter reperta*. Diz-se *noviter reperta* a prova diferente de tudo o que se reuniu nos autos, ou do que poderia ser apresentado no processo e não foi.

E Barbalho repetiu a lição do grande jurista ao destacar: “quando a razão e o caráter da revisão aconselham que esta se dê também, quando, embora em si não seja nova, tendo existência anterior à sentença, é nova, entretanto, para o processo, para a justiça” (Constituição, p. 479).

A circunstância de que os elementos de prova não tenham sido produzidos no primeiro juízo, apesar da “devida diligência” do interessado, foi preconizada até em legislação como a da Argentina, de 1888. Na doutrina, atualmente, não importa que o fato tenha sido alegado e não provado no processo, nem que, por negligência, o réu tenha deixado de fazer a alegação, ou a prova, podendo sempre argüi-lo na instância de revisão como novo elemento de prova. Nossos melhores processualistas assim entendem – Bento de Faria, Sady Gusmão, Código de Processo Penal – breves anotações, p. 200, Espínola Filho, Florêncio de Abreu, e a

Conferência dos Desembargadores, convocada para harmonizar interpretação da nova lei adjetiva, fixou quase a mesma exegese: “É admissível o pedido de revisão criminal baseado no inciso III, do art. 621, do Código de Processo Penal, quando as provas, sabidamente preexistentes, só foram obtidas depois da sentença condenatória” (Anais, p. 249).

Foschini (1955, p. 167 e ss), depois de bem especificar a diferença entre a prova *noviter reperta* e *noviter producta*, mostrou a correlação da novidade probatória com a natureza do processo para concluir que a aplicação de uma e outra está condicionada ao sistema de assunção da prova: no processo acusatório, em que ao juiz não é lícito influir na pesquisa dos meios probatórios, é aplicável a *noviter reperta*; ao contrário, no processo inquisitório cabe a *noviter producta*. Nos processos mistos, surgem tendências diversas, conforme se nota em legislações típicas.

Assim, nada importa que os fatos ou novos elementos da prova já existissem e não se tivesse conhecimento deles antes da condenação.

Seja como for, se o juiz errou ao pronunciar a sentença, é inútil indagar a quem o erro deve ser atribuído; o que importa é que o erro seja eliminado. Além disso, o interessado pode ter-se omitido em fazer conhecer tudo o que constituía prova em seu favor, seja por ignorância, seja porque, intranquilidade de sua consciência, bem podia confiar em que sua inocência seria reconhecida.

A deficiente produção de prova podia também ocorrer por culpa do defensor, e aplicar a máxima de que o erro do patrono é erro da parte seria absurdo e iníquo. Acrescente-se que a revisão, como já dissemos, não é instituto criado apenas no interesse público.

4 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Outro destaque para a propositura de revisão criminal se verifica quando há condenação baseada em provas ilícitas, desenganadamente, vetadas pela Carta Magna em seu art. 5º, LVI. Tanto a doutrina como a jurisprudência espancam qualquer hipótese de validade das provas

imprestáveis porque elas contaminam o processo e geram nulidade absoluta.

Em regra, a prova ilícita é colhida ao completo arrepio do direito material, com ênfase ao direito constitucional, resultante de direitos e garantias atinentes à dignidade humana. A prova ilegítima é aquela que fere normas do processo penal, como aquelas padronizadas nos arts. 206 e 207 do CPP, de acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 44).

A meu sentir, ambas atassalam as liberdades públicas, e não possuem valor algum, muito menos a idéia de alguns desavisados que possam ser aceitas em fase embrionária porquanto o que importa é a verdade real.

É tamanha a preocupação dos americanos com referido princípio que, mesmo havendo confissão do acusado no instante da prisão, a garantia constitucional contra a *self incrimination*, salvo se a polícia enunciar os direitos, dentre os quais o de permanecer calado, direito à presença de um advogado e, ainda, de esse advogado, se preciso, ser designado pelo Estado, é preservada.

Infelizmente, no Brasil, a confissão policial ainda é uma das maiores causas de condenação. Depois, provada qualquer ilicitude de ordem constitucional ou ordinária, ou ambas ao mesmo tempo, a reprimenda pode ser modificada pela revisão criminal.

François Gorphe (*L'Appréciation des preuves en Justice*), 1947, citado por Heleno Cláudio Fragoso (1979), um dos maiores tratadistas da matéria, ensina que “a confissão não dispensa o Ministério Público de fazer prova da existência do delito e da culpabilidade do réu”, surgindo como prova complementar às demais. A Corte Máxima, em voto do Min. Rafael Mayer, no RC n. 1.462/MS, DJ 19-9-86, elucida bem a questão:

CRIME MILITAR, POR CIVIS, CONTRA AS INSTITUIÇÕES MILITARES. CORRUPÇÃO ATIVA. SENTENÇA

CONDENATÓRIA. PROVA DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. A confissão extrajudicial, tomada no inquérito policial militar, ainda que sem qualquer vício, se retratada em juízo não assume valor probante salvo se confirmada por outras provas colhidas no processo. Recurso criminal a que se dá provimento para absolver os recorrentes.

Portanto, a confissão por si mesma não tem a capacidade de assegurar qualquer tipo de reprimenda.

5 NOVAS PROVAS

A revisão tem de ser realizada com uma série de critérios, não valendo, por exemplo, sua instrução com declarações particulares, sem as formalidades da *justificação judicial*. É o que determinaram as Câmaras Criminais Reunidas do TJSC, nos autos da RC n. 2.415, de Maravilha, relator o ilustre Des. Alberto Costa – *in JC*, v. 70/449. Fica, portanto, certa a possibilidade de obter elementos indispensáveis à revisional por meio da ouvida de testemunhas, *inter alia*, como alude João Martins de Oliveira (1967, p. 183-184). Explicita, ainda, o jurista mineiro:

que em nossa lei o requerente deve trazer ao juízo da revisão, desde logo, os elementos que demonstram o erro da sentença, a injustiça da condenação, a fim de que seja conhecido o pedido e examinado seu mérito. Não basta, por isto, oferecimento de provas que façam presumir a inocência do acusado, ou a existência de causa de diminuição de pena.

A promoção desses elementos via justificação é estabelecida *a latere* das regras encontradas nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil, dentre outros permissivos legais.

Nesse tipo de procedimento, há necessidade de o Ministério Público atuar como fiscal da lei, e também resulta incontestemente ser citado o Estado de Santa Catarina para figurar no pólo passivo, como bem explicitam as Câmaras Criminais Reunidas do TJSC, na Revisão n. 1996.001897-2, de

São Carlos, rel. Des. Nilton Macedo Machado, e na Revisão Criminal n. 1998.017831-2, de Itapiranga.

Ademais, como já observado, sendo a revisão criminal iniciativa personalíssima do condenado e existindo novas provas e elementos técnicos – perícias – DNA, a serem discutidos, invertido o ônus da prova, a justificação se impõe, afastado qualquer outro tipo de ação.

Da exatidão legislativa resulta, como corolário inafastável, a assertiva de que vigora no processo penal o princípio da verdade real, sendo natural que não deve ocorrer preliminarmente nenhuma limitação à prova, sob pena de ser desvirtualizado o interesse do Estado na apuração da verdade para a justa aplicação da lei. Contudo, há que observar a vedação a qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana. Aduza-se a proibição daquelas que são violadoras dos incisos II e III do art. 5º da Constituição Federal de 88, por sua ineficácia direta. Em conclusão, vige a liberdade pelas partes e pelo juiz penal na procura da verdade real, quer na fase administrativa da investigação, quer na fase da instrução judiciária, *ex vi* dos incisos IV, V, VI, VII, VIII e IX do art. 6º do CPP, com especial destaque para o inciso III, que declara que deverão ser colhidas todas as provas que servirem para o esclarecimento da verdade do fato e suas circunstâncias, e da própria redação do art. 115 do mesmo estatuto instrumentário.

6 REVISÃO CRIMINAL – PEDIDO LIMINAR

A questão de liminar em revisão criminal, antes impensável, considerada mesmo erro crasso, vem esmerilhada com enorme brilho por Luiz Tonetti, Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça de São Paulo, em artigo publicado na Revista do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que merece ser aqui reproduzido, deste teor:

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 4.206/2001, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, inseriu a revisão criminal no Título III, denominado “ações de impugnação”, do Livro III, anteriormente rotulada entre os recursos, por seguir a

tradição, amenizando, de certa forma, a divergência doutrinária existente sobre a natureza jurídica de citado instituto.

A comissão constituída pela Portaria n. 61, de 20 de janeiro de 2000, presidida por Ada Pellegrini Grinover, “buscou suprimir pontos de paralisação de democracia procedimental, eliminando atos inúteis”. Porém, deixou de prever a possibilidade de concessão de liminar em revisão criminal.

Em 1899, o deputado federal e ex-magistrado João Vieira de Araújo, em sua obra “A Revisão dos Processos Penaes Segundo a Doutrina, a Jurisprudência e a Legislação Comparada”, deixou assentado que: “Denunciado o erro judiciário, nada mais natural, por ser de rigorosa justiça, que a autoridade suste, paralise a sua ação, ao menos já suspeita de desvio ou aberração, em relação a qualquer efeito da sentença condenatória, atacada, como errada, pelo pedido ou recurso de revisão”. E acrescenta: “conforme doutrina Ortolan, não obstante a disposição da lei francesa, antes mesmo de receber instruções do ministro, o representante do Ministério Público pode e deve promover a suspensão da execução da sentença e é a isto que se chama suspensão oficiosa e provisória”.

Em 1967, João Martins de Oliveira, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sua obra “Revisão Criminal”, após citar os ensinamentos de João Vieira de Araújo, asseverou que: “A lei brasileira merece reforma, neste ponto, para admitir em casos especiais a possibilidade de suspensão da pena, tão logo seja apresentado o pedido de revisão. Se não exige do réu condenado que se apresente à prisão, para pleitear a medida, parece tratar desigualmente o que está cumprindo pena, mormente se este conseguiu formular o pedido com base em provas robustas, impressionáveis ao primeiro exame”.

E o Projeto de Lei n. 1.655/83, encaminhado ao Congresso Nacional, através da Mensagem 240 do Ministério da Justiça, embora não tenha vingado, ao situar a revisão na Seção II do Capítulo III – “Dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”, em seu artigo 494 previa que: “Quando manifesto o erro judiciário, o tribunal, mediante proposta do relator, pode suspender, desde logo, os efeitos da condenação, com a soltura imediata do condenado, se estiver preso, ou recolher o mandado de prisão, se estiver foragido”.

A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal inviabiliza o efeito suspensivo em pedido revisional, aduzindo que “a execução da pena privativa de liberdade tem, no caso, por fundamento jurídico, um título judicial definitivamente constituído: a própria sentença condenatória”, “não se podendo aplicar, nessa situação, o benefício do art. 594, do CPP”.

No Projeto de Lei n. 4.206/2001, inserida no Título III, denominado “ações de impugnações” e com a acenada revogação do art. 594 do Código de Processo Penal, que estabelece como regra o recolhimento à prisão para poder recorrer, oportuna a análise da possibilidade de liberdade provisória, liminarmente, em pedido revisional, uma vez que o entendimento no qual, diante da decisão condenatória irrecorrível, inaplicável, à espécie, o princípio constitucional de presunção de inocência, assegurado a todos os acusados antes da formação da *res judicata*, sob o color de que a execução da pena se assenta em título executivo judicial, não pode vigorar de forma tranqüila.

Consagrando a Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, entre outras, o da cidadania e da dignidade humana, não pode o “condenado” permanecer no cárcere, aguardando o julgamento de seu pedido revisional, por ausência de amparo legal, quando provada cristalinamente, já na inicial, o erro de sua condenação. Ao conceder a liminar, o Poder Judiciário utiliza-se de uma de suas mais fortes características, que é o de igualar as pessoas, de onde surge o Direito Democrático.

Evidenciada que a condenação não foi acertada e os documentos que instruírem a inicial comprovarem, de plano, a ilegalidade da coação, não há porque o tribunal não ordenar que cesse imediatamente o constrangimento.

Inexistindo motivos supervenientes a ensejar a manutenção da segregação cautelar, máxime quando no interregno, o surgimento de novas provas, até mesmo em virtude de novo conhecimento científico que possa vir a inocentar o peticionário ou mesmo a diminuir a pena aplicada, possibilitando a modificação do regime prisional anteriormente fixado, a mediata soltura do “condenado” é de rigor.

O 4º Grupo de Câmaras do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por votação unânime, anulou “processo desde a citação e deram como extinta a punibilidade do réu,

diante de seu óbito antes desse ato processual”, convalidando a liminar anteriormente concedida. É que, sem que se tivesse notícia de sua morte, o réu teve decretada a sua revelia e, a final, foi condenado por decisão passada em julgado. No caso, o pedido revisional foi intentado pela mãe do “condenado”, uma vez que, com fundamento na condenação, foi intentada ação de reparação na esfera civil contra o espólio, que “não poderia ter lugar com base nesse fundamento legal”.

Oportuno lembrar que, decisão contrária à lei ou à prova, ofende a regra constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV) e se a sentença se fundamenta em prova falsa, certamente esta foi obtida por meio ilícito, vedada por citado dispositivo constitucional. Demonstrado o vício da injusta condenação, nada impede a concessão de liminar em pedido revisional já na inicial, não podendo, a alegada inexistência de previsão legal, criar obstáculos para garantir a supremacia da liberdade.

Num Estado Democrático de Direito, não pode o juiz se apegar a certos formalismos, máxime quando, ao contrário do juízo cível, na revisão criminal admissível qualquer meio de prova e não somente a documental.

Ampla, pois, a possibilidade de reapreciação de prova nova que não pode ser apreciada de forma isolada, mas em conjunto com o material probatório existente no processo condenatório. Além do mais, a liberdade é orientadora de toda a legitimidade processual penal de um Estado livre e no conflito entre *jus puniendi* do Estado e *jus libertatis*, a balança deve sempre se inclinar a favor deste. Assevera-se que o juiz opera num determinado clima político constitucional, onde a pessoa humana representa o valor supremo, e é a posição desta que o juiz é chamado a escolher entre duas interpretações autênticas de uma norma legal e o embora taxativo, o favor rei deve ser o princípio inspirador de caráter geral que deve encontrar manifestações concretas das normas jurídicas particulares.

No ordenamento brasileiro, como visto, a lei processual penal nada prescreve. No entanto, podem se aplicar analogicamente em favor do réu os dispositivos do Código de Processo Civil que prevêm o poder geral de cautela do juiz (art. 798) e agora, mais do que nunca, o dispositivo que regula a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, no próprio processo de conhecimento (novo art. 273, CPC, na redação da Lei n. 8.952/94).

Claro que se trata de medidas de urgência, provisórias, cuja aplicação demanda a configuração do *periculum in mora* (este evidente na hipótese de encarceramento) e do *fumus boni iuris* (ou, como prefere o art. 273, prova inequívoca da verossimilhança da alegação).

Para esses casos, excepcionais, de suspensão da sentença condenatória pelo ajuizamento da revisão, parece oportuno que a liberdade do condenado venha acompanhada de medida coercitiva de contra-cautela, até mesmo em observância ao disposto no § 2º do art. 273, CPC, que impede a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Tenha-se presente que, entre nós, também o *habeas corpus* pode servir à suspensão da execução da pena.

Destarte, sendo notório o erro ou a injustiça do julgador, não há que prevalecer a estabilidade da decisão transitada em julgado, sendo de rigor a concessão de liberdade provisória liminarmente em pedido revisional, por ocasião da sua apresentação.

Com inegável competência, Sérgio de Oliveira Médici (2000, p. 189) proclama o seguinte:

O Projeto de Código de Processo Penal de 1983, aliás, previa expressamente a possibilidade de concessão de liminar: “Quando manifesto o erro judiciário, o tribunal, mediante proposta do relator, pode suspender, desde logo, os efeitos da condenação, com a soltura imediata do condenado, se estiver preso, ou recolher o mandado de prisão, se estiver foragido”.

E ainda: “Os tribunais, em situações extremas, têm concedido a liminar em revisão criminal, para resguardar a eficácia do julgamento, em face da evidência do erro e da irreparabilidade do dano”.

Ouso dissentir do eminente Procurador de Justiça quando se posiciona contra a concessão de liminar em revisão, com o respectivo pedido de efeito suspensivo, porque não se trata de recurso, mas uma sentença condenatória irrecurável, restando descartado o princípio da presunção de inocência.

Com impecável lógica, a concessão de liminar se exige em casos incontroversos, como: evitar a prisão do foragido quando extinta a punibilidade decorrente da prescrição; condenação por homicídio quando aparece o suposto morto; confissão do perito por fraude em trabalho técnico essencial à punição; denúncia inepta; desobediência aos ditames do art. 156 do CPP; condenação apenas em prova policial; retratação da vítima e perjúrio de testemunha.

Deve sempre ser dispensado o puro apego ao formalismo, à letra fria, e ser deferido o pedido liminar, quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Contudo, a interpretação literal nos levaria, indubitavelmente, a restringir a pretensão deste porte. Mas, como se sabe, a interpretação *ad litteram* quase nunca é a melhor, a mais adequada; ela é apenas um ponto de partida, devendo ser socorrida pela exegese lógico-sistemática, que leva em conta, precipuamente, a *mens legis* e a inserção da norma no ordenamento jurídico enquanto sistema.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão criminal é um dos mais significativos institutos do CPP que, antigo, erigido em tempos de regime autoritário, executa as normas incriminadoras contidas no Códex Punitivo, modelo imediato do Código Italiano. O Código Rocco carregou disfarçados pendores fascistas.

Formou-se, assim, o que Nelson Hungria chamou de “pandetistas do direito penal”, aqueles componentes da escola técnico-jurídica, opositores em sua maioria da revisional, cuja mentalidade era e é a de separar o direito penal de sua realidade humana e social, como lembrava o pranteado advogado Evandro Lins e Silva.

A revisão criminal, sendo meio hábil para conjurar erros ou equívocos judiciais, permite ao condenado rever todo o processo, mesmo por contrariedade à evidência dos autos – art. 621, I, do CPP,

ou por meio da reunião de novas provas, aprimorando a confiança do interessado e do cidadão no Poder Judiciário.

Seu uso deve ser alargado inclusive para conferir condenações vinculadas aos chamados crimes de menor potencial ofensivo.

8 REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003.

FOSCHINI, Gaetano. *Studi sulle impugnazioni penali*. Milano : Giuffrè, 1955. 203 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Jurisprudência criminal*. José Bushatsky Editor, 1979.

MANZINI, Vincenzo, *Derecho procesal penal*, vol. IV. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1951. v. 4.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão Criminal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, João Martins de. *Revisão criminal*. São Paulo: Obras Literárias, 1967.

ALBUQUERQUE, F.M.X. Conceito de mérito no direito processual penal. In:_____. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Renato Guilherme Gomes Cunha*

SUMÁRIO

1 Divisão de normas constitucionais: normas de estrutura e normas de garantia. 2 Modernização do Direito Constitucional: análise das normas com duplo conteúdo. 3 Interpretação das garantias constitucionais: interpretação das normas com duplo conteúdo. 4 Duplo conteúdo das normas que tratam das funções do Ministério Público. 5 Interpretação das normas que tratam das funções do Ministério Público e a repercussão na legitimidade ativa *ad causam*. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 DIVISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: NORMAS DE ESTRUTURA E NORMAS DE GARANTIA

O Direito Constitucional, até a chegada da Nova Hermenêutica, costumava dividir as normas constitucionais em duas espécies: normas estruturais e normas-garantia.

As normas estruturais traziam a estrutura estatal, dividindo os órgãos e entes da administração indireta, atribuindo competências e funções, ou seja, conferindo ao aparelho estatal uma organização e uma estrutura para que pudesse atingir suas finalidades.

As normas-garantia, por sua vez, traziam os direitos dos cidadãos, sejam esses direitos fundamentais, sociais ou de outra espécie.

* Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina.

Essas espécies sempre foram tratadas de forma tão divorciada que, quando a Constituição da República de 1988 trouxe as garantias constitucionais, elencadas em seu artigo 5º, para o início de seu texto, os constitucionalistas passaram a destacar que o poder constituinte deu maior importância a essas garantias; na verdade, com tal destaque, os constitucionalistas afirmavam a separação daquelas espécies de norma.

Todavia, a evolução do Direito Constitucional passou a adotar um novo entendimento, qual seja o de que as normas constitucionais de estrutura trazem uma dupla carga, pois, além de serem referência para a estrutura estatal, também têm pertinência às garantias dos indivíduos e da coletividade.

2 MODERNIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DAS NORMAS COM DUPLO CONTEÚDO

Conforme menciona Canotilho (2000, p. 665; 1992, p. 180-183), adotou-se no Direito Constitucional brasileiro a doutrina constitucionalista alemã de Weimar, que operava a distinção entre normas jurídico-organizatórias e jurídico-materiais.

Tal doutrina, consoante exposto acima, já foi superada, podendo ser citados vários exemplos de normas que, em princípio, somente teriam caráter organizatório, mas que possuem sua carga jurídico-material.

A composição dos tribunais superiores, por exemplo, além de ser evidentemente estruturante, tem claramente a função de garantir o sistema de freios e contrapesos, como *garantia material* de que haja equilíbrio entre os poderes, em atenção ao caráter republicano do Estado Brasileiro.

Na verdade, não obstante a doutrina não tenha destacado esse duplo aspecto das normas constitucionais, o exemplo apontado torna-se interessante porque a composição do Supremo Tribunal Federal tem sido tratada pela doutrina como instrumento do sistema de freios e contrapesos, o que demonstra que somente não se conclui (dar a conclusão) o raciocínio lógico diante das premissas já tão veementes de que a norma

pertinente tem caráter estruturante (jurídico-organizatório) e de garantia (jurídico-material).

Destarte, essas normas, que trazem conteúdos aparentemente relacionados exclusivamente com a estrutura, encerram também uma garantia constitucional e, nesse compasso, *u. g.*, quando se disciplina a estrutura do poder judiciário não se está somente a traçar funções e competências pertinentes à organização de um dos poderes da República, mas a garantir aos cidadãos a existência de órgãos de superposição, o duplo grau de jurisdição, o equilíbrio entre os poderes da República, dentre outras garantias.

3 INTERPRETAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS COM DUPLO CONTEÚDO

As garantias constitucionais interpretam-se extensivamente, visando a sua aplicação na maior dimensão possível, e, por conseguinte, suas restrições devem ser interpretadas restritivamente.

Trata-se, na verdade, da invocação do princípio que Canotilho (2000, p. 1.187) tão bem identifica e denomina como “o princípio da máxima efetividade”, pelo qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. O autor ainda lembra que “é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

Disso conclui-se que o alcance na interpretação das normas que tratam dos direitos fundamentais não poderá ser restritivo em relação ao direito que o constituinte pretender garantir, podendo ser extensivo para que a garantia a esses direitos seja fortalecida.

Nesse compasso, adotando-se essa característica hermenêutica conferida a normas constitucionais dessa natureza (direitos fundamentais), independentemente onde estas estejam situadas dentro do conteúdo constitucional e, ainda, sejam estas normas puramente jurídico-materiais ou também dotadas de caráter jurídico-material (em que pese aparente-

mente somente de jurídico-organizatório), tal regra de interpretação deve ser seguida.

4 DUPLO CONTEÚDO DAS NORMAS QUE TRATAM DAS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O constituinte de 1988 foi pródigo em conferir direitos fundamentais e garantias constitucionais a dar efetividade aos primeiros; nessa esteira, também não foi covarde em trazer à baila normas jurídico-materiais e jurídico-organizatórias dotadas de caráter garantista.

Assim, dentre esses instrumentos a dar a efetividade (tão almejada) aos direitos fundamentais, foram previstos o mandado de injunção, a ação popular, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data* e dois órgãos essenciais: o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Este último teve reconhecida sua legitimidade para promover ação civil pública recentemente, primeiro pelos tribunais e em seguida pelo legislador.

O Ministério Público, que é o natural autor – porque continua sendo o principal promotor dessas demandas – das ações civis públicas, possui suas normas constitucionais previstas no artigo 127 e seguintes da Constituição da República, as quais são dotadas de caráter jurídico-organizatório e mormente jurídico-material.

Seguindo as premissas acima fixadas, referentes à interpretação das normas dessa natureza, os dispositivos constitucionais que tratam do Ministério Público devem ser interpretados não em benefício do mencionado órgão, mas em benefício dos direitos fundamentais que deve garantir.

O caráter de garantia constitucional e, por conseguinte, o de ser merecedor de interpretação extensiva torna-se ainda mais evidente em pelo menos quatro trechos do texto constitucional, os quais transcrevo:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da

ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

No artigo 127 da Constituição da República, o constituinte incumbiu ao Ministério Público toda e qualquer atividade para que defenda a “ordem jurídica”. Ora, tal incumbência já tornaria desnecessária qualquer outra atribuição à mencionada instituição, bem como encerraria toda e qualquer discussão a respeito de essa norma ter ou não algum caráter jurídico-material; porém, o constituinte prosseguiu e determinou que o Ministério Público deve ainda defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tais incumbências foram colocadas no texto constitucional com generalidade e, por conseguinte, com evidente intuito de permitir ao hermeneuta que faça a interpretação adequada de forma a garantir os direitos fundamentais previstos na “ordem jurídica” como um todo, caracterizados também pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O inciso II do artigo 129 torna ainda mais livre a interpretação, não sem antes deixar um mínimo de substrato – até para que não se interprete “a menor” as atribuições conferidas. Reza o mencionado

dispositivo que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito (dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública) aos direitos assegurados na Constituição. Evidentes o caráter instrumental, e a natureza de garantia da norma constitucional, pois a instituição deve zelar pelo *efetivo* respeito *aos direitos assegurados na Constituição*.

O inciso III assegura que o Ministério Público deve promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e *social*, do meio ambiente e de *outros* interesses difusos e coletivos, evidenciando o caráter meramente exemplificativo de interesses difusos e coletivos, e, por conseguinte, que os bens jurídicos a serem protegidos (patrimônio público e social e meio ambiente) possuem o caráter de “interesses difusos e coletivos”, não obstante não sejam os únicos.

E, por derradeiro, o inciso IX é ainda mais explícito, pois dedica ao Ministério Público outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade e que lhe sejam conferidas; em outras palavras, poderá norma *infraconstitucional* atribuir outras funções ao Ministério Público, desde que de acordo com as incumbências constitucionais, com suas funções institucionais e com o limite de não caracterizar a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Vale dizer, para que não paire dúvida: as leis poderão prever um leque *maior* de instrumentos e de bens jurídicos a serem tutelados por meio da atividade do Ministério Público, desde que atendido o teor constitucional a seu respeito.

Tais assertivas confirmam e sustentam o asseverado alhures: se a Constituição da República, que é fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico positivo, permite que o legislador atribua outras funções ao Ministério Público – além de ela mesma prever o zelo “aos direitos assegurados nesta Constituição”, a proteção “de outros interesses difusos e coletivos” e a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

indisponíveis” –, é porque ela trouxe nestas normas o seu caráter jurídico-material, cuja interpretação deve ser extensiva, de forma a ampliar a garantia a seus direitos por meio de novas atribuições ao Ministério Público.

5 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS QUE TRATAM DAS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A REPERCUSSÃO NA LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

Não é possível discutir a natureza garantista da instituição do Ministério Público e, portanto, das normas constitucionais que dela cuidam. Além da análise acima exposta, a efetividade – e daí não há deixar de se reportar ao “princípio da máxima efetividade”, já referido neste texto – é prevista expressamente no artigo 129, inciso II, da Constituição da República: *efetivo respeito aos direitos previstos nesta Constituição*.

Nesse compasso, não há promover nenhuma interpretação restritiva da legitimidade ativa do Ministério Público em propor ações civis públicas. Conforme transcrito acima, de acordo com o “princípio da máxima efetividade”, “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”, não sendo viáveis interpretações gramaticais e muito menos aquelas que ignoram até mesmo as exatas palavras previstas no texto constitucional.

Em sendo normas jurídico-materiais, dotadas de natureza garantista, a interpretação dos dispositivos legais deve ser de acordo com aqueles outros previstos na Constituição da República, todos eles sob o prisma da máxima efetividade dos direitos que visam a assegurar.

Torna-se de suma importância que seja assegurado esse método hermenêutico, mormente quando o Ministério Público tem enfrentado pareceres e, inclusive – decorrente ou não destes –, doutrina de duvidosa parcialidade, que se esforça em maquiagem a realidade do ordenamento jurídico pátrio e que, de forma preocupante, serve de semente em terreno pouco fértil de fundamentos jurídicos básicos, considerando como tal a verdadeira massa de bacharéis em direito despejados pelas “faculdades de

argumentos de autoridade”, ou seja, que apenas ensinam a citar doutrinadores, sem nenhuma análise crítica de seus argumentos, os quais passam a constituir “verdade absoluta”.

6 CONCLUSÃO

Das premissas acima referidas, podemos concluir:

(1) há normas jurídico-organizatórias que possuem caráter garantista, também devendo ser consideradas como normas jurídico-materiais;

(2) as normas dotadas dessa natureza, quanto ao seu conteúdo jurídico-material, devem ser interpretadas de acordo com a mesma regra hermenêutica pertinente aos direitos fundamentais, ou seja, consoante o princípio da máxima efetividade e com interpretações extensivas dos direitos e, em contrapartida, restritivas das limitações desses direitos;

(3) as normas constitucionais que tratam do Ministério Público possuem conteúdo jurídico-material e, por essa razão, devem ser interpretadas de forma a garantir a máxima efetividade aos direitos que a instituição tem a incumbência de defender;

(4) tal interpretação importa em inviabilizar qualquer pretensão em limitar a legitimidade do Ministério Público, pois lhe é garantida interpretação extensiva pelo próprio texto constitucional, podendo o legislador apenas incursionar nessa matéria se for com o intuito de estender outras funções, de acordo com as incumbências e funções já previstas pelo poder constituinte.

7 REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 37. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

REENGENHARIA DO PODER JUDICIÁRIO: ALTERNATIVA PARA UMA JUSTIÇA ÁGIL

Silvio Dagoberto Orsatto*

RESUMO

O presente artigo aborda a crise do Poder Judiciário sob a ótica de uma mudança de fundo no sistema de gestão a partir da missão do Poder Judiciário propondo uma visão de futuro. Avalia a necessidade de uma mudança de paradigmas a fim de dotar o Judiciário de ferramentas de gestão, tais como: reengenharia e a qualidade total. Define critério de excelência para promover o gerenciamento do processo e sugere mudanças pontuais com o objetivo de aprimorar o sistema de indicadores do Poder Judiciário e transformar a liderança autocrítica, ressaltando a necessidade de se respeitarem as características singulares de cada unidade jurisdicional e a imprescindível valorização dos recursos humanos, com o fim de promover o acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

ABSTRACT

The present article approaches the crisis of the Judiciary Power under the optics of a deep change of in the management system leaving of the definition of mission of the Judiciary Power and considering a future vision. It evaluates the necessity of a change of paradigms basing to endow Judiciary with management tools the such as it would reengineering and the Total Quality. It defines excellency criterion to promote the management of the process and suggests changes prompt objectifying the improvement of the system of pointers of the Judiciary Power and the

* Mestre em Direito pela Univali, pós-graduando em Educação pela Facvest, Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Lages.

transformation of the autocratic leadership, standing out the necessity to respect the singular characteristics of each jurisdictional unit and essential valuation of the human resources, with the end to promote the access to the Justice and the effectiveness of the judgement.

Unitermos: Poder Judiciário. Reengenharia. Qualidade total. Acesso à Justiça. Efetividade.

INTRODUÇÃO

O debate em torno da morosidade da Justiça é tema que toda sociedade, em menor ou maior grau, discute permanentemente e manifesta sua indignação com a lentidão dos processos. Também é a temática que centraliza a perpétua questão da crise do Poder Judiciário, e nessa mesma linha fundamentam-se os projetos legislativos que propõem a reforma tanto de procedimentos quanto do próprio Poder Judiciário.

Ao analisar as medidas legais tomadas ao longo da história, observa-se que o cenário não tem evoluído, sem demérito para as mudanças que vieram a ser incorporadas ao sistema judicial brasileiro. As inovações processuais implantadas têm, em comum, o cerne em alterações procedimentais, característica que, igualmente, faz-se presente nos projetos de lei apresentados como solução para garantir o acesso ao Poder Judiciário e reduzir a complexidade dos atos processuais.

A solução, portanto, de modificar ritos, criar novos institutos jurídicos e alterar composições de tribunais tem-se mostrado ineficiente para debelar as verdadeiras causas do problema. Embora tais soluções representem sensíveis avanços, o que se vê é que sua implantação encontra forte resistência dos operadores jurídicos, o que acarreta a negação de um instrumento que poderia minimizar os efeitos da procrastinação processual.

Adverte o magistrado Lédio Rosa de Andrade (1992, p.43) que mesmo os juízes mais novos que acham injusta a sociedade em que vivem comungam da opinião de ser imprescindível a necessidade das reformas

do sistema judiciário, mas, de forma contraditória, atuam por moldes reprodutores das injustiças condenadas, observando, ainda, que é possível afirmar-se, então, não terem os julgadores uma visão clara sobre sua real função. Por outro lado, a leitura que se deve extrair do histórico da crise do Poder Judiciário é uma lição para o problema, pois se valoriza sobremaneira a forma sobre o conteúdo, ou seja, a solenidade dos procedimentos judiciais se sobrepõe à finalidade do processo, fazendo com que todas as tentativas de reforma, macros ou pontuais, fracassem, uma vez que estiveram combatendo unicamente a consequência, sem realmente buscar descobrir a origem da questão, postergando a solução possível para um novo projeto de lei, e assim sucessivamente, de acordo com a maior labareda que se apresente naquele momento político.

A proposta de solução para uma Justiça célere baseia-se na mudança do perfil do operador jurídico, buscando soluções por meio da transdisciplinaridade do conhecimento, pois a causa judicial é consequência de um conflito, e a solução judicial, fundada nos procedimentos tradicionais, não tem o condão de compor a lide, exceto pelo uso da força. Impõe-se, assim, ousar para a mudança de paradigmas. Aliás, não será por falta de coragem que se deixará de trilhar por esse caminho. O Ministro Costa Leite, ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, em entrevista ao *Jornal do Magistrado*, proclamou com acentuada ênfase que “Aquela velha história de que o Juiz só falava nos autos, está acabando. O Juiz tem que falar sobre os problemas institucionais, o Juiz tem que prestar contas à sociedade, isso é importante para que as pessoas saibam o que acontece”.

Assim, a operacionalização da busca de novos paradigmas consentâneos com a nova ordem surge da equação reengenharia *versus* qualidade total, na qual o *versus* não corresponde a uma exclusão, mas, sim, à potencialização de uma resposta que promova o encontro do ponto de convergência de ambas as ferramentas para, harmonicamente, servirem de alavanca ao projeto de integração de uma solução que transcenda ao campo do Direito e promova a ruptura com os puristas para, em consequência, abrir espaço à universalização da cidadania por intermédio de um Poder

Judiciário qualificado pelo alto grau de sua eficiência, pela eficácia de seus pronunciamentos e pela efetividade de suas ações.

DESENVOLVIMENTO

A razão da existência do Estado é assegurar a vida em sociedade, meio de organização dos seres humanos com um mínimo de segurança, dentro da arquitetura política moldada pela Constituição da República. Nesse contexto, como primeiro passo, deve-se resgatar a missão do Poder Judiciário.

A morosidade do Poder Judiciário transformou-o numa repartição pública que reproduz a opressão burocrática contra o cidadão, sendo questionada a própria existência deste Poder em face da sua ineficiência. Portanto, é imperioso que se redefina o papel do Poder Judiciário, considerando os desafios da construção de uma sociedade democrática e socialmente justa.

A missão do Poder Judiciário será, assim, a de promover com efetividade a garantia da cidadania, por meio de uma ação preventiva; assegurar a paz social por meio de uma ação reparadora, mediante a solução de conflitos com celeridade e credibilidade, diminuindo a distância entre o Poder Judiciário e a comunidade e contribuindo com o crescimento e a felicidade das pessoas.

A realização da missão impõe que a alta administração da organização esteja comprometida com o processo de mudança, pois, sem o exemplo e a vontade política dos dirigentes, os demais escalões do Poder Judiciário não terão referência interna para participar do processo como co-autores. Sem a participação de todos não se implanta com êxito um processo de mudança, pois esse importa em mudança de atitude das pessoas, mudança do comportamento individual e do comportamento do grupo, tampouco será possível a absorção do novel conhecimento.

Esse comprometimento da cúpula administrativa e política deve vir com a visão de futuro definida para assegurar o verdadeiro papel de veículo

de transformação social e garantidor do ideal democrático que incumbe ao Poder Judiciário, como instituição de cunho jurídico-constitucional, político e social, pela efetiva garantia do exercício pleno dos direitos de cidadania, por meio de uma prática judicial inovadora, gerida por uma ação modernizadora da Justiça, que atenda aos critérios de excelência da qualidade na prestação dos serviços públicos, buscando incessantemente a celeridade nos julgamentos das causas judiciais como forma de responder às demandas sociais, bem como proporcionar às partes, de forma eficaz, uma alternativa ao processo judicial por intermédio da adoção de procedimentos não-adversariais de solução de conflitos de interesses como forma de prevenir ou terminar o litígio.

O idealizador da Perestroika, em sua visão, preconizava que “Quem não muda com o tempo, é punido pela vida”. Gorbachev previu, assim, o próprio fim do regime político que comandou. Com tal advertência, não se deve olvidar esforços para suplantar as dificuldades naturais de implantação de uma nova cultura no Poder Judiciário.

O nó górdio encontra-se não em mudar a realidade, mas na mudança de percepção dessa mesma realidade. O que representa um grande problema hoje, na visão dogmática do jurista puro, pode representar uma grande oportunidade de afirmação social do poder político do Judiciário. As reações à mudança, tais como resistência, tendência de manter o *status quo*, insegurança e medo do novo, somente possibilitam diagnosticar problemas reais da própria organização, como a existência de feudos, burocratização desnecessária e poder acima de resultados. Por outro lado, as mudanças possibilitam reações positivas que não podem ser desprezadas. A atração em relação ao novo e a iniciativa à busca de novas alternativas justificam o otimismo que acompanha as mudanças.

FERRAMENTAS DE GESTÃO

A ferramenta básica para deflagrar a mudança cultural e organizacional no Poder Judiciário vem da área de administração e foi implantada

em milhares de organizações privadas: a denominada reengenharia por Michael Hammer e James Champy (1994, p. 21).

A reengenharia não significa reformular o que já existe ou apenas retocar o sistema existente para funcionar melhor ou, ainda, fazer mudanças deixando intactas as estruturas básicas. Aliás, esses têm sido os erros sistematicamente cometidos nos projetos de reforma. A reengenharia é o repensar fundamental e a reestruturação radical dos processos empresariais que visam alcançar drásticas melhorias em indicadores críticos e contemporâneos de desempenho, tais como custos, qualidade, atendimento e velocidade. Portanto, a reengenharia é um processo crítico das rotinas e padrões que levanta questões fundamentais para a compreensão das conseqüências incongruentes do sistema e, enquanto aplicável ao sistema jurídico, auxilia na resolução das verdadeiras causas ao questionar: por que fazemos o que fazemos? E por que o fazemos dessa forma?

Inova-se. Inventa-se uma nova forma de trabalhar, abandonando-se procedimentos consagrados para adotar novos processos que agregam valor, com ganhos efetivos, seja em termos de agilização e celeridade processual, simplificação de rotinas, controle de processo etc. Emprestado o método para análise das rotinas do Poder Judiciário, o mérito da reengenharia está em determinar o que primeiramente deve ser feito, para somente depois decidir como fazê-lo, isto é, põe de cabeça para baixo todo o pensamento jurídico tradicional que limita o campo de solução do procedimento e do processo às leis em sentido estrito.

Aliás, a neurolingüística observa que se você continua fazendo o que sempre fez não obtém resultados diferentes. Vale aqui também a lição de G. Bernard Shaw, importante dramaturgo irlandês do século XIX, que nos desperta para ousarmos: “Algumas pessoas olham pras coisas que já existem e perguntam: Por quê? Nós olhamos pras coisas que nunca existiram e perguntamos: Por que não?” Portanto, a reengenharia ignora o que existe e se concentra no que deveria existir.

A segunda ferramenta que possibilitará a manutenção da melhoria contínua após a fase da reengenharia é a qualidade total. Um produto ou serviço com qualidade é aquele que é adequado ao uso, o que dá causa à satisfação do cliente. Na esfera pública, entende-se por cliente dos serviços públicos todo usuário potencial, já que a Constituição Federal adotou o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Outrossim, preconiza o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, *caput*, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. Um serviço público ineficiente é passível de responsabilização civil do Estado, consoante substrato legal previsto no parágrafo único do referido dispositivo — “[...] serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código” —, independentemente da existência de culpa.

Quanto à adjetivação *total*, esta não refere a qualidade em si, pois ou o serviço ou produto tem qualidade ou não tem. Não há meia qualidade. Qualidade total, portanto, significa que a totalidade dos recursos humanos deve estar mobilizada para o processo de qualidade, com o comprometimento da organização como um todo, da alta administração até os agentes de serviços gerais, passando pelos níveis intermediários de gerência (secretário de foro e escrivão), de assessoria (assessor judicial, assistente social e psicólogo) e o operacional (distribuidor, contador e técnico judiciário auxiliar, além de oficial de justiça e comissário da infância e juventude). Igualmente, os demais colaboradores, funcionários públicos à disposição, bolsistas, estagiários e até os voluntários. Todos, enfim, devem receber orientação e capacitação para a qualidade. Ousaria frisar que mesmo os advogados e os integrantes do Ministério Público devem ser mobilizados para tal fim.

Crosby, citado pelo Prof. Renato Murilo Madalozzo, ensina que a qualidade é grátis, não é presente, mas é grátis, para concluir: “o que custa dinheiro são as coisas sem qualidade”.

O principal critério na área da Justiça para a realização de uma gestão pública pela qualidade é a mudança de paradigma quanto ao tipo de exercício da liderança, pois esta é quem promove a transformação da organização por meio do comprometimento profissional dos servidores públicos.

O ato de liderar pode ser definido como treinar, motivar, discutir abertamente, ouvir mais que falar. É criar o ambiente propício para as realizações de sua equipe. “Vocês ganham, nós empatamos, eu perco”. É sabido que os magistrados, membros naturais da alta administração no sistema de hierarquia do Poder Judiciário, em qualquer de seus níveis, não recebem nenhuma formação na área da administração, razão pela qual se desconhece o impacto nos resultados da organização se houvesse capacitação dos juizes para orientá-los a exercer um estilo empreendedor de gestão que promova a participação, o envolvimento, a iniciativa e o espírito criativo dos servidores e que conduza à obtenção de resultados crescentemente positivos.

CRITÉRIOS DE GESTÃO DE EXCELÊNCIA

Por outro lado, em nenhum momento os próprios magistrados questionaram o estilo de sua liderança baseados unicamente no fato de deterem o cargo público de Juiz de Direito, razão pela qual abdicaram inconscientemente de identificar e promover suas habilidades de liderança e, conseqüentemente, deixaram de disseminar, pelo exemplo, entre os servidores, os valores, as políticas e as diretrizes da organização, acarretando, em conseqüência, entre os servidores, o sentimento de estarem alijados do processo de crescimento.

Um segundo critério, foco no usuário dos serviços do Poder Judiciário, por meio da busca da excelência no atendimento ao público, constitui

o grande desafio em face do alto grau de insatisfação da população com a forma de tratamento que o cidadão recebe dos servidores públicos. Ora, se é da essência da administração pública satisfazer aos interesses e às necessidades coletivas, a adoção de medidas que busquem intensificar o atendimento ao cidadão será capaz, por si só, de gerar um melhor nível de satisfação e reforçar a imagem institucional do Poder Judiciário.

Outro critério relegado no âmbito do Poder Judiciário é o da informação e da análise, para apoiar a tomada de decisões a fim de melhorar o desempenho institucional no cumprimento da missão. Na verdade, exceto quanto a poucos mapas estatísticos destituídos de qualquer informação de qualidade para análise, nenhum relatório é gerado periodicamente com a finalidade de melhorar o gerenciamento eficaz de processos.

A periodicidade do monitoramento e a reavaliação das informações como suporte ao processo de avaliação do desempenho deve ser diária, com a finalidade de garantir o sincronismo entre a definição e a execução da estratégia. Uma organização orientada para resultados não pode prescindir da gestão de informações, até mesmo para a análise crítica do seu desempenho.

O GERENCIAMENTO DO PROCESSO

A arte de gerenciar processos e pessoas exige o conhecimento e o domínio de técnicas de administração que não fazem parte da cultura geral, ou seja, necessita-se capacitar o magistrado-administrador para o exercício desse mister como forma de erradicar práticas administrativas equivocadas, observando que o juiz não só é administrador no exercício da função de diretor do foro, mas, essencialmente, na função jurisdicional, pois nesta pratica atos ordinatórios no processo e supervisiona o trabalho de cartório, que nada mais são que atos puros de administração.

Portanto, lançar mão de técnicas de administração do tempo, tomada de decisões, liderança de reuniões e motivação de pessoas, desenvolvimento gerencial, planificação de projetos e planos de negócios, relações

humanas no trabalho, comunicação e *marketing*, formação de equipe e relações interpessoais irá modernizar a estrutura administrativa do Poder Judiciário e criará uma nova cultura, que o colocará no nível das melhores organizações privadas, bem como qualificará as pessoas responsáveis para a realização da atividade-fim agregando valor aos seus serviços que redundarão num novo patamar de qualidade suficiente para que se dê o moto-contínuo comportamental.

O domínio dessa tecnologia exige o conhecimento de uma terminologia apropriada, a qual possibilita um melhor entendimento da proposta de gerenciamento pela qualidade como alternativa eficaz para a agilização da Justiça. Inexiste forma de capacitação e avaliação dentro do Poder Judiciário como requisito para a assunção de cargos e funções do nível de gerência, em especial com relação a secretário do foro e escrivão judicial. Aliás, poder-se-ia incluir a própria função de diretor do foro e o magistrado, enquanto administrador *stricto sensu*, dando-se oportunidade para a ocorrência do Princípio Peter, ou seja, a ausência de um estágio temporário de avaliação da competência do funcionário, antes que este assuma uma função de gerência.

Para contornar a ausência de análise de dados e informações, poder-se-ia buscar por meio do processo de *benchmarking*, isto é, da identificação das melhores práticas gerenciais, com a finalidade de obter um desempenho estruturado e superior, em razão da implantação de rotinas de padronização na área judicial. Tal prática, aliada a um trabalho cooperativo e automatizado, possibilita a adoção da moderna tecnologia de *workflow* no Poder Judiciário. Tadeu Cruz (1998, p. 72) a define como “a tecnologia que possibilita automatizar processos, racionalizando-os e potencializando-os por meio de dois componentes implícitos: a organização e tecnologia”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade atual, somente conhecemos processos da espécie ganha-perde, isto é, alguém tem de perder para outro ganhar. Na qua-

lidade, o processo é diferenciado: é do modo ganha-ganha, ou seja, todos ganham: o usuário, cliente dos serviços públicos; a organização; os servidores, colaboradores da organização pública; a alta administração e a sociedade. Tal magia somente é possível no mundo da qualidade. São Tomé dizia que é preciso ver para crer, todavia o Santo enganou-se, pois o contrário é que é verdadeiro: é preciso crer para ver. Se esperarmos ver para crer, estaremos sempre chegando depois dos que, antes, crêem e, crendo, conseguem ver.

Um programa de qualidade do serviço público não impõe a adoção de nenhuma ferramenta específica. Dá liberdade ao administrador. A linha proposta mescla ferramentas de reengenharia com programas de qualidade *stricto sensu*, com a finalidade de obter resultados em curtíssimo prazo; a curto, médio e longo prazos para que, em tal processo, os resultados iniciais alcançados retroalimentem a etapa subsequente e garantam que as conquistas se permeiem por toda a organização. Ainda, ao modelo de agilização proposto considerará o legado da cultura oriental, centrada no autoconhecimento do homem e nas lições de espiritualidade, com a finalidade de resgatar a valorização das pessoas dentro da organização.

A par de propor um novo caminho, o escopo é orientar-se pelos seguintes objetivos:

1. aprimorar o sistema de indicadores de que o Poder Judiciário dispõe, para que eles atendam à finalidade primordial de embasar a tomada de decisões, bem como se possa traçar com maior exatidão o perfil de nossa organização; além de que esses indicadores auxiliarão o magistrado na identificação e na correção do retardamento da marcha processual;
2. transformar a liderança autocrítica decorrente da estrutura cartorial pública em liderança positiva democrática;
3. evoluir da idéia de comarca modelo para a de um modelo de comarca, como forma de padronização de ações e procedimentos, respeitando as características singulares de cada unidade jurisdicional, o que dotará a administração do foro de um modelo de gestão;

4. contabilizar como grande patrimônio do Poder Judiciário a força dos seus colaboradores; e, por fim,

5. mudar o foco, hoje centrado na formalidade e na impessoalidade do processo judicial, para visar o acesso à Justiça e a efetividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMS, Scott. *O princípio Dilbert*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- BEUREN, Ilse Maria. *Gerenciamento da informação*. São Paulo: Atlas, 1998.
- CABRAL, Bernardo. PEC do Judiciário. *Jornal do Senado*, Brasília, 16 de outubro de 2000, n. 1.180.
- CAMP, Robert C. *Benchmarking: o caminho da qualidade*. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1998.
- SANTA CATARINA. *Cartilha Instrucional Fiesc/ Senai: NBR ISO 9002: qualidade*. Florianópolis: Diagramação, 1996.
- CRUZ, Tadeu. *Workflow: a tecnologia que vai revolucionar processos*. São Paulo: Atlas, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrumento de Auto-Avaliação da Gestão Pública 2000*. Brasília, 1999.
- HAMMER, Michael; CHAMPY, James. *Reengenbaria: revolucionando a empresa em função dos clientes, da concorrência e das grandes mudanças da gerência*. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- JURAN, J. M. *Juran na liderança pela qualidade*. Tradução de João Mário Casliag. 2. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1993.
- LIMA, Iran de. *Introdução ao estudo da modernidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MADALOZZO, Renato Murilo. *Caderno qualidade: em serviço, no direito, na advocacia*. Concórdia: UnC.

MAURÍCIO, Ricardo. *O lado mais humano da qualidade*. Porto Alegre: Sucesso, 1997.

OUCHI, William. *Teoria Z: como as empresas podem enfrentar o desafio japonês*. 10. ed. São Paulo: Nobel, 1986.

PINHEIRO, José Rodrigues. *A qualidade total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SALAZAR, Alcino. *Poder Judiciário: bases para sua reorganização*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

VILS, Leonardo. *A organização dos bichos*. 2. ed. São Paulo: Negócio Editora, 1999.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR HILTON CUNHA JÚNIOR

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em nome de quem saúdo as demais autoridades presentes e já nominadas, Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados, Serventuários da Justiça, Irmãos da Fraternidade, Amigos e Familiares, que aqui se encontram para prestigiar este momento de ascensão na minha carreira profissional.

Agradeço ao Desembargador Luiz Carlos Freyesleben pelas insígnias palavras a mim proferidas.

Como é de conhecimento, minha promoção, por antigüidade, decorreu em virtude da abertura da vaga do Desembargador Nicanor Calúrio da Silveira, amigo pessoal, a quem rendo minhas homenagens neste momento, onde quer que esteja.

Neste dia, apenas manifestarei minha gratidão, pois orar à Justiça deixarei para meus julgados.

Ainda recordo do dia 16 de setembro de 1981, quando tomei posse como juiz substituto, bem como das comarcas por onde passei, cidades em que tive a oportunidade de fazer grandes amizades, dentre as quais muitos amigos que aqui se fazem presentes, e aprender um pouco mais da gente, da cultura e dos hábitos deste Estado.

Segundo Sêneca, em seu trabalho literário “Cartas a Lucílio”, constata-se que:

Nada é mais agradável à alma do que uma amizade terna e fiel. É bom encontrarmos corações atenciosos, aos quais podes confiar todos os teus segredos sem perigo, cujas consciências receias menos do que a tua, cujas palavras suavizam as tuas inquietações, cujos conselhos facilitam as tuas decisões, cuja alegria dissipa a tua tristeza, cuja simples aparição te deixa radiante!

Início meu discurso agradecendo a Deus, pois este momento só foi possível graças a Sua extrema bondade, Ser ubíquo; para Ele, não existe passado, nem haverá futuro, somente o presente.

No julgamento de Deus, ao qual ninguém escapa, somos julgados pela medida que medimos, segundo os critérios que adotamos e a Justiça que aplicamos. Julgamento por razões de profundo ministério, segundo critério de Amor Infinito.

A respeito da onipresença do Criador, disse Albert Einstein a um amigo:

Tudo é determinado [...] por forças além de nosso controle. Isso é verdade para um inseto ou uma estrela. Seres humanos, vegetais, grãos de poeira todos dançam segundo uma melodia misteriosa, entoada a distância por um flautista invisível.

Não vou proferir muitas palavras, mas gostaria de encetar um pensamento de Charles de Gaulle, elaborado há muito tempo, no qual, com sua sapiência de Chefe de Estado, exclamou:

Iremos à Lua certamente, pois não é tão longe. Mas dentro de nós mesmos, em nosso íntimo, é que se encontram os caminhos mais longos e mais difíceis de percorrer.

E o tempo passou, porém os caminhos da intimidade ainda se fazem custosos de trilhar.

Se o gênero humano foi criado em tempo, é certo que ele teve autor.

Do poema de um autor desconhecido, descobrimos que, além da árdua caminhada da vida, o tempo ainda é

Lento demais para aqueles que esperam ...
Rápido demais para aqueles que têm medo ...
Longo demais para aqueles que sofrem ...
Curto demais para aqueles que estão alegres ...
Mas, para aqueles que amam, ...
O Tempo é Eterno!

Assim como é eterno o Amor que tenho pela minha esposa, Maria Helena, sem a qual jamais estaria discursando na data de hoje, ou sequer fazendo parte desse plano de existência, pilar de sustentação de minha vida, aproveito as palavras de Gottfried Leibniz para dizer que “Amar é encontrar na felicidade de outrem a própria felicidade”, ou, como na poesia de Marcial Salaverry: “Amor não se conjuga no passado, ou se ama para sempre, ou nunca se amou verdadeiramente”, e, também pelos meus filhos, Gustavo e Bruno, que souberam compreender como é árdua a vida de um pai magistrado, cuja busca da Justiça transpõe o seio familiar.

Aos meus genitores, que muito orgulho teriam em participar desta solenidade, onde quer que estejam, rogo para que me auxiliem nesta nova caminhada.

Ao dileto e eminente Desembargador Marcílio João da Silva Me-deiros, exemplo de magistrado, cujos firmes passos aprendi com Sua Excelência, fez-me um pleno seguidor e ávido por sede de Justiça.

Como bem dissertou Nicolau Maquiavel, em sua obra clássica “O Príncipe”:

Os homens trilham quase sempre estradas já percorridas. Um homem prudente deve assim escolher os caminhos já percorridos pelos grandes homens e imitá-los; assim, mesmo que não seja possível seguir fielmente esse caminho, nem pela imitação alcançar totalmente as virtudes dos grandes, sempre se aproveita muita coisa.

Aos colegas e hoje meus pares, que me apoiaram sempre na carreira e fizeram crer que um dia poderia fazer parte deste colegiado, meu muito obrigado.

Aos amigos de carreira que deixei no primeiro grau de jurisdição, espero-os, brevemente, de braços abertos.

Agradeço, ainda, aos servidores de todas as varas e comarcas onde trabalhei (São José do Cedro, Joaçaba, Tangará, Itaiópolis, Tijucas e Chapecó), especialmente aos do Cartório da 4ª Vara Criminal da comarca da Capital, com quem convivi nestes últimos dez anos,

da mesma forma que demonstro minha gratidão aos servidores do Tribunal Regional Eleitoral do Estado, onde exerci também funções judicantes.

Aos membros da Fraternidade Universal, prometo que continuarei na busca da Justiça de forma mais justa e perfeita.

Consoante as palavras de Albert Eyller:

A maior necessidade do mundo é de homens. Homens que não podem ser comprados nem vendidos. Homens honestos no mais íntimo de seus corações. Homens que não temem chamar o pecado ao seu nome. Homens cuja consciência é tão fiel ao dever como a agulha magnética do pólo. Homens que fiquem com o direito embora o céu caia.

A presença de todos, nesta data memorável, é que me faz acreditar que o mundo pode ser mais justo e fraterno.

Enquanto houver confiança num aperto de mão, enquanto houver saudade numa despedida e enquanto houver brilho no olhar de uma criança, jamais desista, ainda vale a pena prosseguir.

Muito obrigado.”

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR ALCIDES AGUIAR EM COMEMORAÇÃO AO 115º ANIVERSÁRIO DO TJSC

“Em razão por certo da minha condição de magistrado mais antigo da Magistratura estadual do que propriamente por reunir predicados de orador, coube-me, por honroso convite do eminente Presidente desta Casa, Desembargador Pedro Manoel Abreu, a respeitável tarefa de, em nome de meus ilustres pares e de toda a Magistratura catarinense, dizer da satisfação que a todos nos invade quando se comemoram 115 anos de instalação do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Sejam nossas palavras iniciais endereçadas às figuras ilustres hoje aqui homenageadas. O TJSC, por indicação de seus membros, está a agradecer, nesta solenidade, como já vem fazendo em momentos solenes a este similar, pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram ou vêm contribuindo, mercê do seu labor, inteligência e acendrado amor à causa que cada qual abraçou, com serviços relevantes em prol do engrandecimento da Justiça catarinense. Rejubila-se, pois, esta Corte em aqui recebê-los, certa de que suas presenças neste evento não apenas honram esta Casa, como sobretudo servem de exemplo edificante a ser seguido, especialmente nas áreas de atuação que abraçaram. Nossas homenagens, portanto.

A honrosa missão que me foi confiada restou sobremaneira facilitada graças a três excelentes obras, que deixaram condensada, praticamente sem nenhuma omissão, a vida do Poder Judiciário do nosso Estado.

Refiro-me aos alentados trabalhos, fruto de laboriosa pesquisa e de culto ao passado, intitulados ‘Tribunal de Justiça de Santa Catarina – um século’, realizado na gestão do Desembargador Presidente Aloysio de Almeida Gonçalves, de saudosa memória, e aos magníficos artigos ali inseridos: ‘Um século de trabalho e justiça’, do Desembargador aposentado Marçílio João da Silva Medeiros, e ‘A dissolução do Tribunal’, do Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho; a ‘História

do Judiciário Catarinense’, do Desembargador aposentado Tycho Brahe Fernandes Neto; e, por último, ‘Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Memórias dos 110 anos’, do Desembargador, então na Presidência desta Corte, e, hoje, aposentado, Francisco Xavier Medeiros Vieira, que enfeixam por assim dizer esse formidável acervo acerca do Judiciário brasileiro e sobretudo do do Estado de Santa Catarina.

Narra-nos o Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto que ‘o marco inicial da justiça de segunda instância nas terras do Brasil é o Tribunal da Relação do Estado do Brasil, localizado em Salvador, criado em 7 de março de 1609, pelo Rei D. Felipe III’ (op. cit., p. 132).

Suprimido em 1626 por Felipe IV, a Relação do Brasil foi restabelecida por D. João IV somente em 12-9-1652.

Em 1751, passou a funcionar a Relação do Rio de Janeiro, tendo por distrito todo o território do Sul do Brasil, com treze comarcas, dentre elas a Ilha de Santa Catarina. Em 1873 foi criada a Relação de Porto Alegre, com jurisdição sobre as províncias do Rio Grande do Sul e Santa Catarina (p. 141), extinta em 17-2-1892.

Informa o Des. Tycho Brahe que, com a extinção do Tribunal da Relação de Porto Alegre, os feitos pendentes de julgamento e os recursos que adviessem ‘naquele turbulento período da história pátria’ e ‘dos quais não se tem qualquer notícia, deveriam ser remetidos, por força do Decreto-Federal n. 724, de 2-2-1892, para o Tribunal da Relação de Santa Catarina, o qual, instalado em 1º de outubro de 1891, seria também dissolvido’ (p. 143), como se verá adiante.

Extrai-se da narrativa feita pelo Desembargador Marcílio Medeiros que, na antiga Nossa Senhora do Desterro, hoje Florianópolis, no prédio da Intendência Municipal, em 1º-10-1891, portanto passados 115 anos, acontecia um fato histórico no cenário político-judiciário do nosso Estado com a instalação, na Capital do Estado, do Superior Tribunal de Justiça. Observava-se, assim, a CF/1824, que impunha fosse cada província dotada das ‘Relações que fossem necessárias para comodidade dos povos’.

Até então, ou no Império, a justiça era única, de cunho nacional, e se regia por apenas uma organização judiciária.

Instalada a República e implantado o federalismo, advindo a Lei Maior de 1891, a justiça única cedeu lugar ao sistema dual – Justiça Federal e Justiça dos Estados, regidas por leis próprias e submetidas apenas aos princípios constitucionais erigidos na Carta da República. É que, independentes e harmônicos entre si, surgiam os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição de Santa Catarina, de junho de 1891, manteria o que fora previsto na Lei Maior.

O Superior Tribunal de Justiça, criado pela Constituição Estadual como órgão de segunda instância, compunha-se de 5 magistrados, inamovíveis e vitalícios, escolhidos entre os juízes de direito mais antigos. A vitaliciedade dos magistrados era assegurada, e só poderia ser perdida em virtude de sentença transitada em julgado (hoje, artigo 95, CF/88).

A organização da justiça do Estado de Santa Catarina passava a desenhar-se originariamente por ato do Vice-Governador Gustavo Richard, no exercício então de Governador, pelo Decreto n. 104, de 19-8-1891.

Como já ocorrera no Império e na Colônia, o Decreto citado deu aos membros do Tribunal o título de desembargador, que, como esclarece o Desembargador Marcílio Medeiros, era ‘nome com origem remota, provindo do tempo dos velhos Afonsos, reis de Portugal, nunca significou, escreveu o ministro Mário Guimarães, o magistrado que só julga embargos, no sentido moderno da palavra, senão o que tira embargos, isto é, os entraves que dificultam o processo’. ‘Embargos têm aí o sentido vulgar e quase obsoleto de estorvo, impedimento, tropeço, embaraço. Julgando os feitos, sejam apelações, agravos ou embargos, o desembargador os desembarga’.

Pelo mesmo Decreto o Governador ‘nomeara um dos membros do Tribunal para exercer as funções de procurador da soberania do Estado, que hoje se bipartem entre Procurador-Geral de Justiça e do Estado’.

Pela Resolução n. 285, de 28-8-1891, foi nomeado desembargador o juiz de direito José Roberto Vianna Guilhon, então eleito por unanimidade presidente do Tribunal (o Desembargador Vianna Guilhon vem a ser bisavô do nosso catarinense ilustre, ex-Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça – Hélio de Mello Mosimann); os demais membros nomeados: Francisco Machado da Cunha Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campêllo, José Elyσιο de Carvalho Couto e Domingos Pacheco d'Ávila.

O primeiro, Presidente, nasceu em São Luís do Maranhão, bacharelou-se pela Faculdade de Direito de Recife e transportou-se para Santa Catarina, onde passou a judicar em 1874.

Registrava o jornal 'Gazeta do Sul' que o Desembargador José Roberto Vianna Guilhon tratava-se de 'magistrado digníssimo, inteligência vigorosa e bem esclarecida, sempre gozou de excelente conceito em toda parte por onde tem andado'. Os demais nomes recebiam os mesmos elogios, ganhando notoriedade o fato de todos eles terem nascido fora do Estado, ou nos Estados do Nordeste, o que ocorria de regra com os demais juizes de direito, uma vez que – como esclarece o Desembargador Marcílio Medeiros – a maioria dos bacharéis catarinenses preferia exercer a advocacia e a política.

O ingresso na magistratura dar-se-ia por concurso e mediante uma comissão composta do Presidente do Tribunal de Justiça, de um magistrado e de um advogado.

Com a instalação do Tribunal de Justiça, o Estado de Santa Catarina foi dividido em 14 comarcas: Capital, São José, São Miguel (hoje Biguaçu), Tijucas, Itajaí, Blumenau, São Francisco, Joinville, São Bento, Laguna, Tubarão, Araranguá, Curitiba e Lages.

A partir da sessão de 25-10-1892, o Superior Tribunal de Justiça teve alterada sua denominação para Tribunal da Relação e, em 1934, para Corte de Apelação e Tribunal de Apelação em 1937. O nome atual de Tribunal de Justiça surgiu com a Carta Magna de 1946.

Com a Constituição de 1934, foi instituído o quinto classista na composição dos Tribunais, na proporção de 1/5 do número total, preenchido por advogados ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos em lista tríplice (obra do Desembargador Týcho Brahe, p. 254). O primeiro membro do Tribunal de Justiça, oriundo do quinto constitucional, foi o Doutor Marinho de Souza Lobo, logo sucedido pelo eminente e saudoso Doutor Henrique da Silva Fontes, empossado em 21-1-1937, e que mais tarde seria o desbravador da nossa Universidade Federal de Santa Catarina, levando para o bairro da Trindade sua primeira unidade – a Faculdade de Filosofia, em 1960, que, para minha satisfação e enriquecimento intelectual, tive a felicidade de freqüentar entre os anos de 1958 e 1960.

Seguir-se-ia até nossos dias o provimento dessas vagas, alternadamente, por advogados e membros do Ministério Público estadual, por figuras da maior envergadura moral e de saber jurídico, alguns deles vindo a exercer as relevantes funções de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça da nossa Corte Estadual Judiciária, enriquecendo-a com suas notáveis contribuições.

SEDES

O Tribunal de Justiça ao longo de sua existência esteve instalado em vários locais da cidade. Instalou-se originariamente, em 1º de outubro de 1891, na sala do Conselho da Intendência Municipal, posteriormente Casa da Câmara, até janeiro de 1894, quando transferiu-se para o edifício da ‘tesouraria geral’, na Praça XV de Novembro. Ocupou de setembro de 1895 até setembro de 1908 edifício localizado na ‘Rua Trajano’.

Em 10-11-1908, veio a sediar-se no prédio da Rua Jerônimo Coelho, que antes abrigara a Assembléia Legislativa. Transferiu-se para a Praça Pereira Oliveira, em 1929, e ali realizou sua última sessão em 10-4-1968.

Na agência Ford, altos da Rua Felipe Schmidt, na Rua Hoepcke, o Tribunal instalou-se provisoriamente entre 1968 e 1975.

O edifício atual, iniciado em 1971, na gestão do Desembargador Marcílio João da Silva Medeiros, foi inaugurado em 3-3-1975, na Rua Doutor Álvaro Millen da Silveira, 208, no Centro Cívico Tancredo Neves, inicialmente abrangendo o Foro da comarca da Capital, isto até 1986, quando este também passou a desfrutar de edifício próprio contíguo ao do Tribunal. Era Presidente então desta Corte o ilustre e sempre lembrado Desembargador Eugênio Trompowsky Taulois Filho. Por proposta do Desembargador Norberto Ungaretti, o atual prédio do Tribunal de Justiça recebeu a denominação oficial de ‘Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti’.

O prédio do Tribunal de Justiça no decorrer dos anos tornou-se aos poucos inadequado para atender às suas necessidades, sempre crescentes, exigindo ampliação. Ainda para este ano ou para o limiar do próximo, mercê de recursos do Fundo de Reparelhamento da Justiça, contará o Tribunal com uma nova construção, anexa, que se destinará especialmente às sessões do Tribunal e aos gabinetes dos desembargadores, reservando-se ao prédio atual a área administrativa prioritariamente.

A título de reminiscência, o Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira, na obra já mencionada, relata-nos que no edifício da Câmara, que servira, como todas as Casas da Câmara no período colonial, de cadeia pública, ocorriam posses de presidentes de Província, festas e saraus, com destaque para o baile, em 22-4-1851, comemorativo do início do Segundo Reinado. Em sessão pública, em 25-3-1888, foram ali entregues as últimas cartas de liberdade de escravos da Capital.

Em sua sede primitiva, destaca o Des. Marcílio Medeiros como um dos primeiros julgados do Tribunal o da apelação da comarca de Itajaí que envolvia ‘decisão do júri, provida para mandar o réu a novo julgamento por defeito do questionário e contradições dos jurados’. Observa o mesmo Desembargador: ‘Velha e intrincada questão a do questionário do júri, ainda hoje sem solução’.

O primeiro concurso público para ingresso na magistratura de carreira teve lugar nessa mesma Casa, em 21-11-1891, oportunidade em que ‘os examinadores brilharam, o candidato foi mal’, ressalta o Des. Marcílio Medeiros.

Mas, ainda instalado em sua sede primitiva, e já agora sob a denominação de Relação da Justiça, o Tribunal veio a sofrer sério golpe na sua soberania e independência. Em decorrência de ‘desentendimentos insuperáveis, próprios daqueles dias nada tranquilos – os primeiros tempos da República’, como ressalta o Desembargador Xavier Vieira, ou, como é textual o Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, tempos em que ‘era comum a adoção de medidas mais drásticas contra os eventuais adversários’, o Tenente Manoel Joaquim Machado, preposto do Marechal Floriano Peixoto, eleito Presidente da Província, em represália à decisão da Corte catarinense de mandar soltar o Doutor Hercílio Pedro da Luz e pessoas da cidade, envolvidas em refregas políticas ocorridas em Blumenau, e de desclassificar a infração àquele atribuída no inquérito e denúncia-crime de tentativa de homicídio para lesões corporais leves, dissolveu o Tribunal, em 8-4-1893, e nomeou novos membros.

Observa o Desembargador Marcílio Medeiros que contra a dissolução ‘clamores logo se seguiram não só no Estado como na capital do País. Guilhon e seus colegas lançaram enérgico manifesto denunciando ao povo a insólita situação’.

Oportuna é a observação do ilustre Desembargador Francisco Oliveira Filho:

O impasse estava instaurado: o Estado, em verdade, tinha dois Tribunais de Justiça, a perplexidade dominava e na sucessão dos acontecimentos, a retomada da normalidade jurídica prevaleceu e, em 1894, o malsinado ato foi desfeito, recuperando os primeiros Desembargadores catarinenses o exercício judicante.

Afora esse episódio, de triste memória, envolvendo dois dos Poderes do Estado, por todos esses anos as relações entre eles sempre se mostraram harmoniosas e independentes, fruto não só de imperativo constitucional

mas do descortino e espírito público dos que exerceram e exercem principalmente as chefias desses mesmos Poderes e como convém afinal à ordem e ao estado democrático de direito.

O Tribunal de Justiça ao longo dos anos foi-se ampliando. De 5, em 1891, passou a 8 membros em 1928; 9 (em 1935); 11 (em 1956); 15 (em 1973); 17 (em 1976); 22 (em 1979); 27 (com a CE de 1989); 30 (em 2000) e, hoje, o compõem 40 Desembargadores, que dividem suas atribuições entre o Tribunal Pleno, com igual número de membros; Seção Civil, com 27 Desembargadores; 3 Grupos de Câmaras (Direito Civil, Público e Comercial), cada qual com 9 membros; Câmaras Criminais Reunidas, com 8 membros; Câmaras Isoladas, de Direito Civil (3), Direito Comercial (3), Direito Público (3) e Direito Criminal (2) e uma Câmara Civil Especial.

O Tribunal, contudo, não estaria a realizar a contento, como vem fazendo, seu relevante papel de distribuidor de justiça no âmbito recursal, sobretudo, se não estivesse a contar com 15 Juizes de Direito Substitutos de Segundo Grau, que, com a mesma qualidade e operosidade dos titulares, participam ativa e sobranceiramente das atividades jurisdicionais e também administrativas aqui desenvolvidas.

No âmbito correicional merece destaque especial a Corregedoria-Geral da Justiça, hoje sob a direção do Desembargador Newton Trisotto e do seu vice respectivo – Desembargador José Volpato de Souza, este operando na esfera dos serviços extrajudiciais, órgãos que, pelo feixe enorme de atribuições que lhes são cometidas, vêem aumentada a cada dia a responsabilidade do *munus* que exercem.

Ao Conselho da Magistratura, composto de 12 membros, e presidido pelo Desembargador Presidente da Corte, é atribuída tarefa não menos relevante prevista no nosso Código de Divisão e Organização Judiciárias.

O Poder Judiciário de Santa Catarina dispõe, ainda, de duas entidades da maior valia em termos de preparação – a primeira de candidatos ao concurso de ingresso em seus quadros – a Escola Superior da Magistratura – e a outra – Academia Judicial – de preparação já agora dos juizes

empossados em fase de vitaliciamento, bem como de especialização e aperfeiçoamento dos magistrados em geral.

Possível é afirmar-se que a excelente qualidade dos magistrados catarinenses deve-se à atuação desses dois órgãos, sobretudo, pois que sob seus crivos, e a última obrigatoriamente desde sua instalação, passou a maioria dos nossos juízes e juízas de direito. Loas, portanto, às duas essenciais entidades.

Exerceram, dentre os 43 Desembargadores que presidiram o TJSC até os nossos dias, a chefia do Executivo estadual, no impedimento ocasional dos respectivos titulares, os Desembargadores May Filho (1983), Geraldo Salles (1986), João Martins (1998), Amaral e Silva (2002), Jorge Mussi e Pedro Manoel Abreu (2006).

Todavia, a história do Tribunal de Justiça ou do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina não se restringe ao seu passado e ao enriquecimento que lhe proporcionaram e continuam a proporcionar, pelo legado de trabalho e honradez que nos deixaram, seus magistrados, ou suas magistradas, com destaque entre estas para a ilustre Desembargadora Thereza Grisólia Tang, aposentada, e que foi a primeira Juíza de Direito no Brasil e de Santa Catarina, em 1956, e, ao depois, a primeira Desembargadora do Sodalício Catarinense, rompendo assim com os padrões elitistas e discriminatórios até então vigentes de só admitir nos quadros da sua magistratura candidato do sexo masculino. O Poder Judiciário de Santa Catarina haveria de aceitar o desafio dos tempos, especialmente após a Constituição-cidadã de 1988, que, descortinando novos direitos, máxime sociais, ensejou verdadeira corrida aos fóruns e tribunais do País, por parte das populações ávidas por verem solucionados e atendidos seus pleitos como jamais ocorrera na história da Nação.

Assim é que, antevendo as dificuldades futuras e de forma a abreviar providências quão mais cedo, a partir da gestão do Desembargador Marcílio João da Silva Medeiros, na década de 1970, e incrementada de 1980 para cá, o Tribunal de Justiça iniciou um processo de modernização na órbita

funcional, administrativa e financeira, e de mecanização no processo de elaboração de acórdãos e sentenças. Inaugurou-se o centro de computação e de processamento de dados, que ganhou projeção sobretudo na segunda metade da década de 90, agora sob a presidência do Desembargador Napoleão Xavier do Amarante (Desembargador Xavier Vieira, p. 131).

Entretanto, os recursos financeiros do Poder Judiciário para bem empreender seu projeto de crescimento e de desenvolvimento da instituição eram escassos. Somente em face da Lei n. 8.067, de 17-9-1990, tornada realidade por feliz iniciativa do combativo e então Presidente da Corte, Desembargador Ayres Gama Ferreira de Mello, hoje um dos nossos ilustres homenageados, com a criação do Fundo de Reparcelhamento do Judiciário, mais tarde alterada sua denominação para Fundo de Reparcelhamento da Justiça, foi possível dotar o Poder Judiciário de Santa Catarina e o Ministério Público estadual de instrumentos hábeis à execução dos serviços que lhes são inerentes. Até então pesado ônus arcava o Judiciário, por exemplo, com alugueis e funcionando em prédios muitos deles insalubres, sem que houvesse recursos para conservá-los. Proporcionaram-se desde então a construção de fóruns e reformas dos existentes. Ampliaram-se os destinatários desses recursos ao Poder Executivo, a fim de cobrir parte da receita do Sistema Penitenciário e abrigos para adolescentes infratores.

Hoje, em razão desses recursos e de sua diligente aplicação, o Poder Judiciário catarinense, interligado por rede de computadores, é o mais bem equipado do País.

Vive-se, todavia, apesar dessa conquista em termos de instrumentalização do trabalho, o drama de uma prestação jurisdicional muito aquém da expectativa do jurisdicionado, o que leva descrédito à instituição.

Parcialmente, essa deficiência, em termos de distribuição de justiça, deve-se ao número insuficiente de magistrados – em torno de 15 mil no Brasil, para 180 milhões de habitantes. Na Alemanha essa relação é de 80 milhões de habitantes para 120 mil juízes. Em Santa Catarina, atualmente

com 5.958.266 habitantes, dispomos de 327 juízes e o movimento forense acusa 1 milhão e 700 mil processos, só em primeiro grau, a justificar a preocupação do nosso ilustre Presidente, Desembargador Pedro Abreu, quando afirma que ‘temos uma justiça séria, mas o número de juízes está se esgotando’ (Resenha de agosto/06).

Ocorre que a crise do Judiciário tem raízes profundas e ela não alcança apenas o nosso País.

A Ministra Ellen Gracie Northfleet, Presidente do Supremo Tribunal Federal, nossa também ilustre homenageada neste evento, em palestra proferida em 25-4-03, no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, consignou, com razão, que a crise do Poder Judiciário é antes ‘uma crise de Estado e não é uma crise exclusiva brasileira mas é uma crise que perpassa todas as nações civilizadas’. No Brasil, ‘mais porque a Constituição de 88 criou novos direitos, criou novas formas de agilizar esses direitos’. Acrescenta Sua Excelência que, no Brasil, e de maneira global, no mundo, ocorre a diminuição do Estado e com ela a redução das verbas em todas as suas áreas. Interferindo cada vez menos na gestão da sociedade, o Estado acabou por levar para o Judiciário uma demanda sem precedentes.

Com efeito, a demanda por justiça é uma constante no mundo contemporâneo, quiçá porque ‘a humanidade cuidou da técnica e esqueceu do homem. Este é um dos grandes fatores da crise em que nos debatemos. É uma nova idolatria [...] a idolatria da técnica [...]. A técnica é necessária, mas não é suficiente [...]. A técnica não produz sabedoria. Dá progresso mas não traz a civilização’, diz-nos Hélio Tornaghi (Tribuna da Justiça, 14-10-1970).

Bem a propósito já se vaticinou que ‘se o direito liberal do século XIX foi o do Poder Legislativo, o direito material do Estado – providência do século XX foi o do Executivo, o que se anuncia poderá bem ser o do Juiz’, no dizer de Antoine Garapon, Secretário-Geral do Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça sediado na França.

Num inicial diagnóstico e como primeira e essencial medida para solucionar tão grave situação, chama a atenção a ilustre Presidente da nossa mais alta Corte de Justiça de que prioritariamente impõe-se valorizar a decisão de primeiro grau (a propósito cai como uma luva a observação do Juiz Auditor da Justiça Militar de Santa Catarina, Dr. Getúlio Correia, de que ‘no Brasil se advoga não para o juízo da primeira instância, mas para a instância de Tribunal’), mas – prossegue a Ministra Ellen, pois ali, no primeiro grau, termina a grande maioria das lides, sem embargo de que no Brasil o grau recursal não é duplo, é triplo ou quádruplo, agravando-se ademais de todas as decisões interlocutórias e embargando de declaração cinco, seis vezes, podendo a parte procrastinar indefinidamente o desfecho da controvérsia, se para tanto tiver interesse. Daí a inadiável reforma do sistema recursal, tornando irrecorríveis ‘a grande maioria das decisões interlocutórias’, enquanto ‘uma série de outros recursos [...] deveriam ser eliminados ou drasticamente reduzidos’, pondera Sua Excelência.

Contudo, paralelamente à reforma dos Códigos, que se processa lentamente, impõe-se uma nova mentalidade em termos de função judicial.

O eminente constitucionalista Professor Luiz Roberto Barroso é enfático ao tratar do Judiciário:

é preciso mudar a mentalidade das partes, advogados e juízes em relação à solução do litígio: em países como Inglaterra e EEUU, bem mais da metade dos processos terminam mediante acordo entre os litigantes, com intenso envolvimento do juiz na busca de uma composição.

O posicionamento desse ilustre Professor encontra ressonância no não menos ilustre Desembargador José Renato Nalini, do TJSP, para quem ‘arbitragem, mediação, conciliação, transação: toda e qualquer forma de pacificação espontânea há de ser estimulada. É mais eficaz e eticamente superior em relação à decisão judicial, sempre heterônima e alheia à participação dos interessados’. Válido, aliás, o velho chavão ‘mais vale um mau acordo a uma boa demanda’.

A excessiva litigiosidade, fruto de uma cultura voltada para o litígio há muito enraizada e a partir dos bancos acadêmicos, só poderá ser mini-

mizada pela tentativa de conciliação, forma eficaz ou soberana de obter-se arrefecimento de ânimo e a tão almejada paz, fruto afinal da justiça.

Ao encontro desse objetivo, válido é destacar o pioneirismo do Poder Judiciário de Santa Catarina em iniciativas como a do projeto ‘Agente da Paz’, lançado em setembro de 2005 pela Associação dos Magistrados Catarinenses, e sob a coordenação da ilustre Magistrada Sônia Maria Mazzeto Moroso, da comarca de Balneário Camboriú, que objetiva implantar uma cultura de paz no Estado barriga-verde, através de debates em torno de formas de prevenção e repressão ao crime.

O empreendimento ganha significado especial ao atingir basicamente crianças e adolescentes, matéria-prima por excelência a fim de se obter o propósito colimado.

Destaque-se que o projeto, que ganha adeptos a cada dia, e por todo o Estado, e vem de receber um importante aliado – a União dos Escoteiros do Brasil, região de Santa Catarina, já obteve a adesão do Poder Legislativo estadual ao aprovar a lei que institui a ‘Semana da Cultura da Paz’. Bem assinala o Desembargador Salim Schead dos Santos: ‘Num mundo em que predomina a violência – seja ela a doméstica, a do trabalho, a da rua, ou entre as nações, é de ser acolhida com entusiasmo toda iniciativa que proponha, estimule, propague uma cultura da paz’.

Oportuno é destacar que o Poder Judiciário de Santa Catarina, há muito e sem tréguas, vem perseguindo esse *desideratum*, tanto que, dando cumprimento ao que determina o art. 126 da CF/88, a partir do segundo semestre do ano 2000 (Resolução n. 12/2000) tornou realidade a figura do Juiz Agrário, com os magistrados desde então designados para esse mister estando a desempenhar com serenidade, competência, elevado espírito público, dentro da lei e com respeito ao direito de todos, e de forma mesmo exitosa, a intermediação dos conflitos pela disputa de terras, especialmente no Oeste do Estado.

No intuito de dar funcionalidade sempre maior à atuação do Judiciário e de forma a buscar a solução útil, o Conselho Nacional de Justiça,

sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, lançou, em 23-8-2006, em solenidade ocorrida no Supremo Tribunal Federal, o ‘Movimento pela Conciliação’.

Em parceria com órgãos do Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Nacional do Ministério Público, Associação de Magistrados, universidades e escolas de magistratura, objetiva-se promover a cultura da conciliação e, com isso, a mudança no comportamento dos operadores do Direito e da própria sociedade.

Esse movimento foi desenvolvido no âmbito da Comissão dos Juizados Especiais do Conselho Nacional de Justiça e um dos coordenadores, para gáudio da Justiça de Santa Catarina, é o eminente Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, que, é mister realçar, não tem medido esforços na tentativa de tornar os Juizados Especiais de vez uma realidade, já que se constituem no maior instrumento de democratização do Poder Judiciário até hoje idealizado.

O projeto em tela desenvolve cursos de treinamento de conciliadores, em nível nacional, a fim de garantir o êxito do empreendimento.

Dia 8 de dezembro, p.v., consagrado à Justiça, foi eleito o ‘Dia Nacional de Conciliação’, oportunidade em que o Judiciário brasileiro, possivelmente pela totalidade de seus juízes, abrirá suas portas em favor dessa magna causa.

Merece destacar que – como diz o Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, em face do que ocorre na Alemanha, onde, conforme afirmou o Presidente do Supremo Tribunal Administrativo daquele país em recente palestra proferida em Niterói (RJ), Eckart Hien, o incentivo aos acordos consensuais é ponto essencial do projeto de reforma do sistema judicial que lá ocorre visando simplificar o aparelho de Justiça do estado – não somos apenas nós, brasileiros, que estamos criando outros meios, além dos convencionais, de solução de conflitos.

Bem a propósito, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na sua atual gestão, aprovou o Conselho Gestor do Sistema de Juizados Especiais e Programas Alternativos de Solução de Litígios, com a finalidade de estabelecer políticas, fixar diretrizes, planejar e orientar o funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Casas da Cidadania (instaladas em mais de 67 municípios e com significativos serviços prestados às comunidades desde sua criação em 2003), e demais programas voltados à solução não adversarial de litígios, com destaque para o de Mediação Familiar, de Mutirões de Conciliação e de Conciliação no Segundo Grau de Jurisdição.

O mundo mudou e o Direito vem custando a perceber isso. Excesso de processos judiciais nem sempre é termômetro democrático. Há que estancar a ‘volúpia insana do demandismo’, de que nos fala José Renato Nalini, que obtempera:

O advogado do futuro precisa ser um hábil negociador, um conhecedor profundo da natureza humana, paciente para conciliar, aconselhar transigências, encaminhar seus clientes para alternativas menos lentas, dispendiosas e angustiantes do que as propiciadas pela Justiça humana. O judiciário deve ser a última *ratio*. Só deve ser acionado quando tudo o mais falhar.

Entretantes, iniciativas como a dos mutirões, abraçada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é por sem dúvida das mais válidas.

Na gestão do Presidente Desembargador Jorge Mussi, foram realizados mutirões por todo o Estado de Santa Catarina, obtendo-se, mercê da decidida atuação dos magistrados, dos servidores do Judiciário, em parceria com o Ministério Público, advogados e universidades, elevado índice de conciliação em milhares de ações em tramitação no Judiciário. Sob a direção do atual Presidente, Desembargador Pedro Manoel Abreu, em agosto p.p., foram pautados mais de 40 mil feitos, e, em mais uma semana de mutirão, obteve-se a conciliação em 61,22% deles. A bem da verdade, em várias comarcas do Estado esses mutirões vêm sendo feitos sem interrupção, visando abreviar a prestação jurisdicional. O Serviço de Mediação Familiar – e aqui não é demais acrescentar que todos os esforços devem ser empregados a fim de planejar-se e revitalizar-se a família, núcleo

por excelência do pleno desenvolvimento do ser humano, e, portanto, de equilíbrio social —, com a Resolução n. 11/01, do TJ, implantado que se encontra em várias comarcas e a partir da da Capital, oferece aos envolvidos em questões familiares um método para resolução de conflitos mais célere, acessível e menos oneroso.

O Tribunal de Justiça, através da Resolução n. 12/06, criou recentemente a Ouvidoria Judicial no Poder Judiciário de Santa Catarina.

Bem anota o Desembargador Volnei Carlin que o ‘Brasil descobriu o valor e as virtudes do *ombudsman* há pouco tempo. A instituição existe, na Suécia, desde 1809. É também denominado de ouvidor, mediador, defensor do povo, hoje está presente em centenas de órgãos e países’ [...]. ‘Não é o juiz e nem o corregedor, mas um advogado em defesa dos reclamos coletivos’. Esse mesmo serviço, e com real proveito, já fora implantado em 2003 quando se institucionalizou a Ouvidoria dos Servidores, a servir de elo de comunicação entre os servidores ativos e aposentados e a Administração do Poder Judiciário.

Dispõe a população, assim, de mais um canal de comunicação com os serviços judiciários, oportunamente criado pelo Tribunal de Justiça, no intuito de propiciar-se paulatinamente a real e almejada ‘justiça-cidadã’.

O ‘Diário da Justiça Eletrônico’, implementado pela Resolução n. 08/06, a par de facilitar sobremodo o acesso às decisões do Poder Judiciário estadual, trará uma economia para os custos da instituição, em 2006, de R\$ 1.332.610,26, estimando-se que alcance R\$ 2.500.000,00 para o ano vindouro. A propósito, ressalta o ‘DC’ de 2-9-06: ‘a Corte que inspirou o Supremo Tribunal Federal a criar seu Diário da Justiça eletrônico foi o Tribunal de Justiça de Santa Catarina’.

Protocolar petições intermediárias e devolver processos em carga na comarca da Capital e no TJ, a partir da Res. n. 02/05, através do Protocolo Judicial Expresso, foi propiciado aos advogados, sem que necessitem sair de seu automóvel. Idêntico serviço está sendo instalado na comarca de Blumenau.

A ‘Justiça Presente’, através de unidade jurisdicional itinerante nos grandes eventos, veio a ser implantada pela Resolução n. 24/06, em cumprimento à norma constitucional prevista no § 7º do art. 125 da CF/88, proporcionando segurança às pessoas, quando realizados eventos com concentração de numeroso público, de natureza esportiva, artística e cultural. O projeto já granjeou o apoio dos meios esportivos, sobretudo pelo atendimento imediato às ocorrências no próprio local do fato, com aplicação da legislação vigente e dando a solução justa e adequada aos conflitos apresentados.

A iniciativa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina conta com a parceria do Ministério Público do Estado, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina, Secretaria do Estado de Segurança Pública e Defesa do Cidadão, Federação Catarinense de Futebol e entidades esportivas.

A partir do dia 22 de setembro p.p., inicialmente a serem instalados nas comarcas da Capital, Chapecó e Tubarão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Resolução n. 18/06). A Corte Estadual catarinense dá pronto cumprimento à Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto deste ano, também conhecida como ‘Lei Maria da Penha’, em homenagem à mulher que se transformou em símbolo de luta contra a violência doméstica. Santa Catarina é o primeiro Estado a se adequar aos ditames da nova legislação. As novas unidades funcionarão anexas às respectivas 3^{as} Varas Criminais nas comarcas da Capital e de Chapecó e na Unidade Judiciária de Cooperação da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), em Tubarão.

Relacionado com temas da Administração Pública – como gestão estratégica, gestão de pessoas, políticas públicas, qualidade, finanças, orçamento público, auditoria, dentre outros, e reservado a magistrados e servidores, com início no mês de agosto do corrente ano, por meio do Contrato n. 136/06, celebrado entre a Universidade do Estado de Santa Catarina – Udesc e o Tribunal de Justiça, foi implantado o curso

de pós-graduação *lato sensu* em gestão e controle do serviço público, a ser ministrado pela Esag – Escola Superior de Administração e Gerência. Aprimoram-se, destarte, os magistrados e servidores, visando ao final a uma prestação jurisdicional a cada dia mais qualificada.

Côncio de que o ‘momento é agora’, de que nos fala José Nalini, quando ‘o Direito converte-se na última moral comum, em uma sociedade que parece não mais possuir moral alguma’, o Poder Judiciário é, por assim dizer, onde a Democracia desnordeada encontrará seu norte.

‘Mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias’, tal como nos exorta o Ministro Marco Aurélio de Mello, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, é a palavra de ordem, pois não há espaço para acomodações. Oportuno seria invocar o inextinguível Gandhi: *‘A diferença entre o que fazemos e o que somos capazes de fazer seria suficiente para resolver a maioria dos problemas do mundo’*.

Santa Catarina, no contexto da Nação, para ficarmos na área do Judiciário, é modelo de trabalho e pioneirismo. Graças à urna eletrônica, aqui idealizada, passamos a realizar eleições, em tempo recorde, como ainda no limiar deste mês se constatou (e ressalte-se sem um voto sequer via manual), com economia de tempo e de custos em geral sem precedentes na vida política do País, estando a exportar esse *know-how* para outros países do mundo.

O Presidente atual da nossa Corte Estadual – Desembargador Pedro Manoel Abreu, vem exercendo seu mandato de forma a dar plena continuidade às profícuas administrações de seus antecessores, mantendo o legado que lhe foi transferido – de honradez, operosidade, dedicação extrema à coisa e causa públicas e ao *munus* que lhe foi delegado por seus pares, e Sua Excelência – por sinal um baluarte na consecução dos Juizados Especiais, está tornando efetivo o objetivo a que se propôs, qual o de propiciar uma distribuição mais célere e eficiente da justiça, enfim a ‘justiça-cidadã’, que todos nós almejamos.

Ao ensejo destes 115 anos de Tribunal de Justiça, e, portanto, de assinalados serviços prestados pela Magistratura de Santa Catarina, possível é afirmar, com Eduardo Couture, que os juízes de Santa Catarina têm cultivado a independência, de forma que ‘suas decisões não sejam uma conseqüência da fome ou do medo’; ‘a autoridade’, de modo que ‘suas decisões não sejam simples conselhos, divagações acadêmicas’; e a ‘responsabilidade’, a fim de que ‘a sentença não seja um ímpeto de ambição, do orgulho ou da soberba, e sim da consciência vigilante do homem frente ao seu próprio destino’.

A final, disse Ruy Barbosa, o exercício da judicatura *‘é a mais eminente das profissões a que o homem se pode entregar neste mundo’*.

Antes de finalizar, é de render-se homenagem e um pleito de reconhecimento aos magistrados, magistradas e servidores do Poder Judiciário de Santa Catarina que não mais se encontram entre nós, pelo exemplo de honradez e – porque souberam combater o bom combate – de trabalho que nos legaram, enriquecendo sobremodo e para todo o sempre a Justiça de nosso Estado.

Enfim, como bem assinala o Desembargador Tycho Brahe: ‘[...] no exercício da nobre e terrível missão de julgar, os magistrados não têm buscado, não buscam e nem buscarão o aplauso fácil, lisonjeiro. Almejam, apenas, o aplauso das suas consciências. É o quanto basta’, ou, parafraseando o ínclito Desembargador Marcílio João da Silva Medeiros, decano dos decanos da nossa Magistratura, nos seus 90 anos de idade, em pleno vigor físico e com memória invejável, fruto de uma vida retilínea, metódica, de renúncia, voltada para a prática do bem e de bem servir e sem jamais perder de vista a incessante luta do Judiciário catarinense, visando, como sempre foi seu norte, distribuir justiça sempre mais pronta e eficaz, diria com Sua Excelência:

‘Honra ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pelo trabalho que fez e pelo que está fazendo, serenamente, com independência, aplicando

a lei como de direito, distribuindo a justiça sem olhar a quem. Honra ao Tribunal’.

Muito obrigado!”

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AÇÃO PENAL

Ação Penal n. 348-5, de Santa Catarina

Relator: Min. Eros Grau

Revisor: Min. Sepúlveda Pertence

Autor: Ministério Público Federal

Réu: Leonel Arcângelo Pavan

Advogados: Paulo Armínio Tavares Buechele e outros

EMENTA

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS EM FACE DO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL.

A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, uma vez que não foi caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação.

“Serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da *confiança* da Administração em quem deseje contratar é *subjetivo*. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de *tais serviços* – *procedimento regido, dentre outros*, pelo princípio do

juízo objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

Ação Penal que se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, absolver o réu das imputações que lhe foram feitas, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2006.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Eros Grau: O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra o Senador da República Leonel Arcângelo Pavan, então Prefeito Municipal de Balneário Camboriú, dando-o como incurso no artigo 89 da Lei n. 8.666/93. Eis, em síntese, os termos da acusação:

[...] Leonel Arcângelo Pavan, no início do exercício financeiro de 1997, determinou que fossem contratados os serviços dos advogados Ro-

drigo Valgas dos Santos e Ruy Samuel Espíndola, a serem prestados na área de consultoria e assessoria jurídica, em assuntos municipais concernentes ao Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Financeiro, Municipal, Parlamentar e Penal Especial, mediante dispensa de licitação.

A partir da determinação do primeiro mandatário do Município, montou-se então um procedimento de dispensa de licitação, que foi registrado sob o n. 023/97 e teve como justificativa de exceção ao certame a necessidade emergencial dos serviços contratados (art. 24, inc. IV, da Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações), assim resumida no termo de dispensa:

“Vários atos negociais da gestão anterior, como contratação de pessoal, isenções fiscais, indenizações em procedimentos desapropriatórios, renúncias de receitas através de sub-rogação tributária, entre outros atos realizadores de despesas e constitutivos de obrigações, foram realizados sem respeito a regras e princípios legais e constitucionais, comprometendo-se, de várias formas, o patrimônio público municipal.

“Conseqüências patrimoniais lesivas ao erário estão-se efetivando, a todo momento, em decorrência desses atos. Assim, se fez necessário o desencadeamento de procedimentos de controle interno e demais atos tendentes a sanar irregularidades. Esses procedimentos revisivos, devido ao volume de serviços decorrentes dos fatos, da complexidade técnica dos problemas levantados, e do número de procuradores disponíveis e da excessiva carga de serviços que os envolve, exigiram a contratação de advogados publicistas, com qualificação e especialização necessárias ao bom trato dos problemas que urgem por solução, na salvaguarda de bens, dinheiros e serviços públicos municipais.

“Assim, interpretou-se e deu-se aplicação administrativa ao art. 24, IV, da Lei de Licitações”.

Destarte, com base em tal dispensa, se procedeu à contratação direta, através do Contrato n. 015/97 [...], em data de 21 de fevereiro de 1997, tendo sido empenhado o valor de R\$ 30.000,00 [...], preço estipulado pelos serviços, através da nota de empenho global n. 1184/97 [...].

Posteriormente foi celebrado entre a Administração e os mesmos advogados um termo de aditamento ao Contrato n. 015/97, prorrogando-o e convencionando honorários referentes ao aditamento em R\$ 8.021,70 [...], em duas parcelas [...].

Entretanto, a celebração direta de contrato entre a administração e os mencionados causídicos, deu-se de forma indevida e imoral. Na verda-

de, buscou-se, através de dispensa, o benefício de particulares, ligados umbilicalmente à pessoa do próprio Prefeito Municipal Leonel Arcângelo Pavan. Esses mesmos profissionais haviam sido contratados por ele, pessoa física, no ano anterior, para realizarem defesa em processos de apreciação de contas sob sua responsabilidade que tramitaram no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina [...]. Com efeito, em flagrante afronta ao princípio da impessoalidade, o Prefeito aqui denunciado, em vez de adscrever-se à finalidade administrativa da contratação, numa análise desembaraçada de suas inclinações pessoais, utilizou-se da máquina administrativa para satisfazer sua vontade pessoal de contratar especificamente os dois profissionais supramencionados.

Esse direcionamento foi o que bastou para que se subvertesse o sentido do texto de lei invocado para a ‘dispensa’ de licitação, deixando-se de lado a realização de carta-convite. Numa inusitada, elástica e casuística interpretação dada ao art. 24, inciso IV, da Lei das Licitações, chegou-se à construção de uma hipótese de dispensa não almejada pelo legislador: dispensa de certame por necessidade emergencial de serviços de consultoria e assessoria jurídica. Em outras palavras, afirmou-se que certos serviços jurídicos de apoio ao controle interno da Administração seriam tão prementes que não haveria tempo hábil para que fosse proporcionada a oportunidade de apresentação de propostas por outros escritórios de advocacia.

Todavia, o próprio Contrato n. 15/97 deixou claro que as atividades dos dois advogados restringiam-se a tarefas não urgentes, corriqueiras à Municipalidade, que visavam principalmente à prevenção de problemas jurídicos e ao assessoramento da Administração na solução daqueles já existentes. Assim, estabeleceu-se que seriam fornecidas orientações jurídicas a respeito de decretos e portarias e demais atos administrativos de controle interno (análise quanto à juridicidade de atos administrativos da gestão anterior), além de pareceres técnicos capazes de respaldar estes mesmos atos. Foram contratados também os serviços de produção e redação de atos do Poder Executivo concernentes a projetos de lei e vetos. Por fim, avençou-se que seriam produzidas peças processuais visando à defesa em Juízo dos interesses da Municipalidade (cf. art. 1º).

Como se vê, nenhum desses serviços, por mais relevante e essencial que fosse, poderia ser considerado urgente a ponto de respaldar a decisão do alcaide de abrir mão da regra moralizadora que exigia o prévio e regular procedimento de licitação.

Às escâncaras, o inciso IV do art. 24 da Lei das Licitações refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento

licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. No caso em foco, por mais que se tentasse, não seria possível a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano, isto é, a comprovada ocorrência de fatos que não permitiriam o aguardo de um procedimento licitatório, nem mesmo o mais célere e simples, na modalidade de carta-convite, sem que a Administração ou a comunidade administrativa viessem a sofrer graves e irreparáveis danos.

Destarte, o denunciado, por sua vontade livre e consciente, efetuou contratação direta, mediante dispensa de procedimento licitatório, fora das hipóteses previstas em Lei [...]” (fls. 444 a 447 do vol. 2).

2. Defesa prévia às fls. 465 e seguintes, com documentos.

3. O recebimento da denúncia pelo TJ/SC deu-se em 23-11-99 (fls. 2.878 a 2.885).

Posteriormente, em virtude da eleição do acusado para o cargo de Senador da República no sufrágio de 2002 (fls. 2.932 a 2.938), o Tribunal catarinense declinou da competência para esta Corte.

4. A Procuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo aproveitamento dos atos praticados na origem (*tempus regit actum*), requerendo a citação do acusado para responder à ação penal.

5. O interrogatório foi realizado pelo então Relator, Ministro Nelson Jobim (fls. 2.977 a 2.980).

6. Expediu-se carta de ordem para a oitiva das testemunhas, cujos depoimentos estão acostados às fls. 3.155 a 3.158 (Rodrigo Valgas dos Santos, na qualidade de informante); 3.159 a 3.162 (Ruy Samuel Espíndola, também como informante); 3.171 a 3.175 (Alonso Manoel Pereira, acusação); 3.192 a 3.194 (Marcos Ricardo Weissheimer, defesa); 3.195 a 3.196 (Luiz Eduardo Cherem, defesa); e 3.197 a 3.198 (Osmar de Souza Nunes Filho, defesa).

7. As partes nada requereram na fase de diligências.

8. O Ministério Público Federal pugna pela procedência da ação, a fim de que o acusado seja condenado pelo crime do artigo 89 da Lei n. 8.666/93, argüindo:

(I) ausência de situação emergencial justificadora da dispensa de licitação, uma vez que os profissionais foram contratados para desempenhar atividades corriqueiras do Município;

(II) que “[o] enquadramento do presente caso na hipótese de inexigibilidade, considerada a notória especialização dos profissionais contratados, consiste em alteração não apenas dos dispositivos legais, mas também do quadro fático autorizador da contratação direta”;

(III) finalmente, que o elemento subjetivo do tipo – dolo genérico – reside na vontade livre e consciente do réu em dispensar a licitação quando a situação fática era passível de competição (fls. 3.224 a 3.333).

9. Em alegações escritas, a defesa requer a absolvição argumentando:

(I) existência de causa justificadora da dispensa de licitação (artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93), fundada em que o acusado, ao assumir a Prefeitura, deparou-se com situação caótica, o que justificou a adoção de medidas urgentes e inadiáveis;

(II) que o ato também encontraria fundamento no artigo 25, II, da Lei de Licitações, porquanto os profissionais contratados detêm notória especialização, que, aliada ao requisito confiança, consistente em “serviços de alta qualidade e eficácia objetiva por eles prestados nas quatro defesas formuladas em favor da pessoa física do acusado, perante o E. Tribunal de Contas do Estado, durante o ano de 1996, [...] bem como de outras medidas judiciais decorrentes dos mesmos fatos”, justificaria a inexigibilidade de licitação;

(III) por fim, ausência do dolo específico, ínsito ao tipo descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 (fls. 3.253 a 3.268).

É o relatório a ser encaminhado ao Revisor, na forma do que prevê o artigo 243 do RISTF.

VOTO

O Senhor Ministro Eros Grau (Relator): O Ministério Público de Santa Catarina denunciou o Senador da República Leonel Arcângelo Pavan, então Prefeito Municipal de Balneário Camboriú, motivado por *notitia criminis* levada a efeito por Alonso Manoel Pereira, inimigo político do parlamentar, consoante confessou em seu interrogatório (fls. 3.171 a 3.176).

2. Os advogados foram contratados em 21-2-97, por um período de 120 (cento e vinte) dias, prorrogado por mais 45 (quarenta e cinco) dias. A contratação foi feita, segundo a defesa, em razão do “caos administrativo, econômico e jurídico instalado no Município pelo anterior Prefeito, Luiz Vilmar de Castro, a caracterizar situação de grave emergência prevista no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/1993”.

3. Imediatamente à posse, o Prefeito contratou a equipe de auditoria externa da Escola Superior de Administração e Gerência da Universidade de Santa Catarina – Esag para desenvolver estudo sobre a situação do Município. A equipe produziu 6 (seis) relatórios mensais e 1 (um) final, nos quais foram reveladas várias irregularidades.

4. O Procurador Jurídico do Município, Marcos Ricardo Weissheimer, preparou Projeto Básico para Contratação de Prestação de Serviços, no qual destacou em síntese (fl. 37):

Conforme levantamento realizado por essa Procuradoria, constatamos que o governo anterior praticou grande quantidade de atos que ferem os princípios basilares da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Tais atos, [sic] exigem atitude e resposta imediata dessa Administração, pois além de lesarem o patrimônio público, podem ocasionar a responsabilização dos agentes públicos que não tomarem as providências exigidas por lei.

Tais trabalhos, [sic] exigem pessoal preparado e experimentado na área do Direito Público, requerendo total dedicação para que sejam, com maior brevidade possível, tomadas as medidas que evitem prejuízo irreparável ao nosso patrimônio.

Ressalte-se que nossa Procuradoria Jurídica já está assoberbada de atividades, não sobrando tempo para que sejam tomadas as medidas colimadas pela Chefia desta Procuradoria, e, ademais, tampouco possuímos a ampla gama de conhecimentos necessários para resolver os problemas ora levantados.

Desse modo, urge que tomemos providências no sentido de executarmos dispensa de licitação e contratação direta de profissionais habilitados nas especialidades retromencionadas, para que perpetrem as medidas adequadas para minimizar ou solucionar, da melhor maneira possível, os problemas com que tristemente nos deparamos.

5. O Termo de Dispensa de Licitação n. 23/97 descreve situação enquadrável na hipótese do artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93.

6. “A questão angustiante – diz Rui Stocco – é decidir acerca da realização ou da não-realização do certame, tendo em vista as graves conseqüências daí decorrentes e a enorme dificuldade de se discernir entre a legalidade e a ilegalidade, a subsunção ou não da questão fática às hipóteses de dispensa e de inexigibilidade” (*Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 2.556).

7. Entendo *inexistir*, no caso, situação de emergência, excepcionaladora do dever de licitar. O conceito de *emergência* encontra um dos seus elementos primaciais na *urgência*.

Urgente, diz Cármen Lúcia Antunes Rocha (Conceito de Urgência no Direito Público, In: RTDP1/234), é o que “não pode esperar sem que prejuízo se tenha pelo vagar ou que benefício se perca pela lentidão do comportamento regular, demasiado lerdo para a precisão que emergiu”. Assim – diz ela (p. 235) – onde a Constituição ou a lei determina “caso de urgência”, deve-se ler: “na hipótese de ocorrer situação de necessidade pública que determine comportamento estatal em prazo mais rápido que o previsto para a situação de normalidade”.

A caracterização da emergência, segundo o inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93, dá-se quando se manifestar hipótese de *urgência* em relação a qualquer das duas situações nele indicadas; e esta há de ser concebida, aqui, à luz (a) dos fins que justificaram a sua contemplação como elemento da norma, e (b) dos padrões de cultura do momento e ambiente em que se a considere (= parâmetros da realidade). Por certo não se pode reduzir a noção de *emergência* àquilo que não é previsto nem esperado, nota comum às noções de força maior e caso fortuito, *v.g.* Está afetado por *urgência*, elemento primacial do conceito de emergência, o que se deve fazer imediatamente, velozmente, ainda que atinente à ação cujo empreendimento era previsto e esperado.

8. A noção de *emergência*, tal como tomada no texto normativo que consideramos, envolve, como vimos, dois elementos: *urgência* e situações nele descritas. O conceito de *caso de emergência*, tão logo preenchido o conceito de *urgência* – e porque o inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 definiu o sentido que o termo (vocábulo ou expressão) assume no seu contexto, enunciando uma *definição jurídica* –, resultará perfeitamente determinado e preciso, ainda que o termo que o expressa, sua expressão, seja indeterminado. Assim, será inútil, descabida, despropositada qualquer construção intelectual voltada à explicitação do que efetivamente seja *caso de emergência*, da parte de quem eventualmente discorde da *definição jurídica*, de *caso de emergência*, enunciada pelo artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93. A norma atribuiu à *caracterização da urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares* o rótulo de *caso de emergência*. Poderia tê-lo feito de modo diverso a essa situação atribuindo, por exemplo – raciocínio por absurdo – o rótulo "z47". Nessa hipótese diria, por exemplo, o artigo 24, IV, da Lei:

Artigo 24 – É dispensável a licitação: [...] IV – nos 'z47', quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Então, verificado um "z47", a licitação seria dispensável. Desejo demonstrar, com isso, que a ninguém é dado questionar o que seja *caso de emergência* para os efeitos da Lei n. 8.666/93.

9. Pois bem: estaremos diante de *caso de emergência* – situação de fato que se verifica (ou não se verifica) no mundo do ser – “quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”. Nesse caso, a licitação é dispensável. Operada a sua caracterização, a contratação da aquisição de bem ou serviço pode ser realizada *independentemente de licitação*. À autoridade à qual incumbe decidir a respeito da matéria cumpre verificar se efetivamente, em cada hipótese, caracteriza-se a *urgência* de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Verificada essa caracterização, a dispensa de licitação poderá (deverá mesmo, em rigor) ser definida, e contratada a aquisição do bem ou serviço.

10. *Caso de emergência*, convém dizê-lo, ainda, é situação de fato que se verifica em determinado momento de tempo. Sendo assim, nenhuma circunstância posterior a esse momento pode alterar a sua caracterização (dessa situação de fato) como tal, naquele determinado momento. Fatos, note-se bem, não são anuláveis. Apurada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, tem-se, definidamente, *naquele determinado momento de tempo*, a ocorrência do pressuposto da dispensa de licitação. Permito-me repeti-lo: *caso de emergência* é situação de fato, que não se pode anular.

11. Efetivamente não reconheço, no caso, um autêntico *caso de emergência* para os efeitos da Lei n. 8.666/93. Vejo nele presentes, contudo, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os pro-

fissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração.

12. Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 579) anota que

[a] ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento indevido reprovável do agente (visando produzir o resultado danoso). *Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante* (grifei).

Vale o mesmo para as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

13. Em texto de doutrina (*Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 64, 65 e 70), desenvolvi algumas anotações a propósito do equívoco segundo o qual a notória especialização apenas se manifestaria quando inexistissem outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir a qualificação:

Permanecem alguns Tribunais de Contas a sustentar que apenas se manifesta notória especialização quando inexistam outras empresas ou pessoas capazes de prestar os mesmos serviços, além daquela à qual se pretenda atribuir aludida qualificação.

Entendo, não obstante, que “serviços técnicos profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. É isso, exatamente isso, o que diz o direito positivo, como adiante demonstrarei.

Vale dizer: nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo, logo, a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do “trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (cf. o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.666/93).

Há, por certo, quem não goste disso. Mas é isso o que define o direito positivo, apesar do desconforto que possa causar em quem quer que seja, movido pela aspiração de substituir o direito vigente por outro. Até que isso venha a ocorrer, contudo, revolucionariamente ou não, o direito vigente não pode ser desacatado.

14. Insisti nesse ponto após distinguir a dispensa de licitação da sua inexigibilidade:

Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não-realização da licitação decorre não de razão de conveniência administrativa, mas da inviabilidade de competição. Repito: a lei não cria hipóteses de inexigibilidade de licitação decorrentes de situações de inviabilidade de competição. Estas – insisto – constituem eventos do mundo do ser, não criações gestadas no mundo do dever-ser jurídico. Assim, casos de inexigibilidade de licitação, do tipo, manifestam-se – ou não se manifestam – no mundo dos fatos, previamente à sua intrusão no mundo do dever-ser jurídico.

15. Permito-me insistir mais uma vez: o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.

16. O crime tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 só se configura se ocorrer seu antecedente lógico (FRANCO, A.S.; STOCCO, R. *Leis penais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 2.556), isto é, o ilícito administrativo – que, no caso concreto, inexistiu.

17. Rememore-se que o autor da *notitia criminis*, Alonso Manoel Pereira, confessou em seu depoimento ser inimigo do acusado.

Leio o trecho respectivo:

Perguntado pelo Juiz se é inimigo ou amigo íntimo do acusado o depoente respondeu que é inimigo do acusado; perguntado pelo Juiz em seguida se tem interesse pessoal na condenação do acusado a testemunha respondeu que sim, afirmando que isso se dá pelo grande mal que o acusado causou a ele próprio, depoente, bem como ao Município de Balneário de Camboriú.

18. É nítida a existência de interesse meramente pessoal na condenação do acusado, motivado por desforra, a despeito de preocupação com o

Município. E, tanto isso é verdade, que não se buscou a responsabilidade penal do assessor jurídico que emitiu o parecer. O depoimento do acusado, prestado ao Ministro Nelson Jobim, também respalda essa afirmação. O parlamentar confirma, textualmente, o clima de disputa eleitoral no Município e atribui a vingança à sua vitória sobre o irmão do interessado em sua responsabilização penal.

19. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, isto é, à ocorrência ou não de dolo, a questão resulta prejudicada pelo acolhimento da tese de legalidade do ato, do que decorre a atipicidade da conduta. De todo modo, o dolo não existiu, porquanto o acusado contratou sem licitação na presunção de que estariam presentes os requisitos para a dispensa.

Ante as circunstâncias, e considerando que a situação fática amolda-se perfeitamente à hipótese de inexigibilidade de licitação, bem como a ausência de dolo no que tange à dispensa, absolvo, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, o Senador Leonel Arcângelo Pavan da acusação do crime descrito no artigo 89 da Lei n. 8.666/93.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Revisor) – Senhora Presidente, examinei os autos, tomei algumas anotações para improvisar o voto, mas que nada poderiam trazer de acréscimo ao irretocável voto do eminente Relator.

Convenci-me de que está cumpridamente demonstrada a inexigibilidade da licitação no caso, afora os títulos dos advogados contratados, que correspondem ao conceito legal de notória especialização no Estado de Santa Catarina.

Também acompanho o eminente Relator e absolvo o réu.

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia – Eu também, Senhora Presidente, acompanho o Relator.

Quero apenas fazer brevíssimos registros, até porque o voto do Ministro Relator é, realmente, irretocável.

Apenas para lembrar algumas situações, porque se trata de alegação de que teria havido alguma eiva até de crime que poderia macular, com matéria penal, a conduta do então prefeito. Não me toca muito o argumento de que a própria Procuradoria teria reconhecido a necessidade de contratação, porque isso apenas afastaria o ilícito tal como foi posto pelo digno Ministério Público.

É conhecida a situação e perfeitamente possível que um procurador resolva alegar que não pode fazer um trabalho, para que haja contratação de profissional em detrimento da administração pública, já nem digo do processo licitatório. Portanto, de todo jeito, ainda que isso se devesse apurar, ou que se tivesse de apurar, ou que não fosse o caso de apurar, o incriminado aqui não teria absolutamente participação alguma.

Em segundo lugar, eu também, como disse o Ministro Eros Grau, acho extremamente difícil haver uma situação de emergência, embora isso não seja incomum na administração.

Exemplifico: um governante recém-empossado pode encontrar uma situação de tal descaso com a coisa pública, na matéria inclusive de busca, por exemplo, processamento de matéria tributária, que, na hora em que resolve fazer as cobranças, não há advogado em número suficiente na Procuradoria, e, então, ele precisa, numa situação de emergência, contratar, senão vai haver a prescrição. Mais de uma vez, deparamo-nos com esse quadro. Portanto, também nessa situação, acho que se poderia caracterizar a inexigibilidade. Não sei se foi o caso. Acho que o caminho encampado pelo nobre Ministro Relator é o mais adequado.

No caso de contratação de advogados, tal como justificado, motivado, ocorreria realmente a situação prevista de inexigibilidade de licitação, pois não há, como disse o Ministro Eros Grau, condições de objetivamente cumprir-se o artigo 3º da Lei n. 8.666/93. Um dos princípios da licitação, postos no artigo 3º, é exatamente o do julgamento objetivo. Não há dar julgamento objetivo entre dois ou mais advogados. De toda sorte, como verificar se um é melhor do que o outro? Cada pessoa advoga de um jeito. Não há objetivar isso. Este é o típico caso, como mencionou o Ministro Eros Grau, de inexigibilidade de licitação — artigo 25 c/c artigo 13.

Também como ele, portanto, acho que a conclusão é perfeita: não há nada que possa penalmente ser imputado. Eu também absolvo, neste caso, o denunciado e incriminado.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski – Senhora Presidente, a decisão sobre a dispensa de licitação ou a inexigibilidade de licitação se situa dentro do âmbito das decisões discricionárias da administração pública. E ao Judiciário, como regra, é vedado penetrar nesse âmbito, salvo se houver desvio de finalidade, ou de poder, ou manifesta ofensa ao princípio da moralidade, ou da razoabilidade, ou quando a motivação do ato não tiver correspondência com a realidade fática subjacente.

O que se vê no caso? No caso presente, nós temos a contratação de dois especialistas em direito público numa situação caracterizada pela administração pública como sendo de emergência, por um prazo de cento e vinte dias, por um valor de trinta mil reais, para realizar um rol de serviços bem determinados. Ao que consta, foram efetivamente realizados, não havendo prejuízo para o Município, para a administração pública; as contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas.

De outra parte, eu fui informado, pelo advogado que me apresentou memorial, de que não se ajuizou previamente ação de improbidade, na qual essas questões poderiam ter sido discutidas com mais verticalidade

– em particular a questão da dispensa ou da inexigibilidade da licitação –, mas optou-se apresentar, diretamente, uma representação ao Ministério Público.

Não vislumbrando, na espécie, o dolo específico, o dolo caracterizador do tipo penal sob consideração, também acompanho o bem formulado voto do eminente Relator para absolver o réu.

VOTO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Senhora Presidente, também julgo improcedente a ação penal para absolver o réu, nos termos do voto do eminente Relator e dos que o acompanharam.

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Presidente, com o memorial distribuído, já formara convencimento, que veio a ser robustecido não só pela sustentação feita da tribuna, pelo Doutor Paulo Armínio, como, também, pelos votos dos colegas que me antecederam no exame da matéria.

Está-se diante de uma situação concreta em que ocorre a inexigibilidade de licitação. No caso, contratou-se considerando o perfil específico e especializado do profissional, sem o intento de driblar-se a Lei de Licitações.

Devo consignar que dificilmente o Procurador-Geral, que nos assiste, viria a propor essa ação. O processo foi deslocado para Brasília, no que corria na origem.

Por isso, acompanho o voto do Relator, julgando improcedente o pedido formulado na denúncia.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.996-7, de Santa Catarina

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence

Embargante: Estado de Santa Catarina

EMENTA

I. Embargos de declaração: pretensão incabível de incidência, no caso, do art. 27 da LADIn.

Sobre a aplicação do art. 27 da LADIn – admitida por ora a sua constitucionalidade – não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconstitucionalidade, como é regra geral, gera efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida.

II. Embargos de declaração: ausência de omissão quanto à Lei Estadual (SC) n. 3.812/66, que não foi atacada na ação direta nem o poderia ser, porque anterior à Constituição.

III. Embargos de declaração: alegações improcedentes de nulidade do julgamento, por inobservância do art. 83 do RISTF.

1. A divulgação eletrônica do rol dos processos que preferencialmente serão julgados no mês — o que se apelidou de “pauta temática” — não substitui a intimação da pauta pela publicação oficial, em sentido algum: nem a dispensa, quando exigível, nem reabre o prazo de 48 horas, iniciado com a publicação da pauta pelo Diário da Justiça.

2. No caso, publicada a pauta em 31-3-06, a ação direta poderia ser julgada a partir do dia 5-4-06, primeira sessão plenária após cumprido o intervalo regimental.

3. A informação da Secretaria das Sessões, no sítio do Tribunal, na parte “pautas do plenário”, de que o processo poderia ser chamado em 7-6-06, por si só, não gera efeitos processuais; de qualquer sorte, o certo é que nela se divulgou, em 4-8-06, que o julgamento estava previsto para o dia 10-8-06, o que ocorreu, transcorridas bem mais de 48 horas.

4. Ademais, se o julgamento do caso — há muito incluído em pauta, conforme a publicação oficial — foi incluído na “pauta temática” de 7 de junho e julgado em 10 de agosto, não houve a alegada surpresa.

5. Não cerceia a defesa que, incluído o processo na pauta do Tribunal para determinado dia e nele não se efetuando o julgamento, este se tenha realizado em sessão posterior, cuja pauta previa a possibilidade da chamada de feitos constantes de pautas anteriores.

IV. Embargos de declaração: alegação de falta de intimação do Procurador-Geral do Estado para o julgamento: nulidade inexistente.

Na ação direta de inconstitucionalidade, em que o Estado não é parte, é facultativa a representação processual do requerido, quando seja o Governador, por Procurador do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Sra. Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2006.

Sepúlveda Pertence — Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: — Embargos de declaração opostos a acórdão que tem esta ementa:

1. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei Estadual n. 11.348, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre serviço de loterias e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteios.

2. Não está em causa a Lei Estadual n. 3.812/66, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados-Membros.

São três as alegações do embargante (fl. 345):

I) deveria incidir, no caso, o art. 27 LADIn;

II) a sessão de julgamento seria nula;

III) enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da Lei Estadual 3812/66, é de bom alvitre que mantidas sejam as atividades dos que licitamente exploram as loterias em suas respectivas modalidades.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator):

1. Admitida por ora a constitucionalidade do art. 27 da LADIn, sobre a sua aplicação não está o Tribunal compelido a manifestar-se em cada caso: se silenciou a respeito, entende-se que a declaração de inconsti-

tucionalidade, como é a regra geral, produz efeitos *ex tunc*, desde a vigência da lei inválida.

2. De resto, não vejo, no caso, razões para deferir o requerimento que, em qualquer hipótese, é de atendimento excepcional.

3. Assinale-se que, em nenhum dos diversos casos similares já decididos (*v.g.* ADIn n. 2.847, Velloso, DJ 26-11-04; ADIn n. 2.948, Eros, DJ 13-5-05; ADIn n. 3.259, Eros, DJ 29-2-06), nem sequer se cogitou de assegurar em tese eficácia da lei até a declaração de sua invalidez.

4. Sobre o pedido de se “declarar a exata significação da expressa referência à subsistência da vigência da Lei Estadual n. 3.812/66” (fl. 349), repito o que acentuei no julgamento embargado: não está em jogo a Lei Estadual n. 3.812/66, que teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados-Membros.

5. Como essa norma não foi atacada – nem o poderia, por ser anterior à Constituição –, nada haveria a aduzir mais a esse respeito.

6. Argúi-se, ainda, nestes embargos, a nulidade do julgamento da ADIn n. 2.996, em síntese, porque não se teria observado o disposto no art. 83 do Regimento Interno, que prevê o mínimo de 48 horas entre a publicação da pauta e o julgamento.

7. O caso é relativo à exploração de “bingos e caça-níqueis”, permitida por legislação estadual questionada; não é preciso dizer que, em razão do tema – e dos interesses privados e estatais que envolve –, recebi em meu gabinete vários defensores da constitucionalidade da lei atacada.

8. Instruída a ação direta, pedi dia para julgamento (28-3-06). *A pauta foi publicada em 31-3-06.*

9. Passados dez dias, em 10-8-06, o Plenário julgou a ADIn conforme o meu voto, assim ementado o acórdão:

1. Ação direta de inconstitucionalidade: Lei Estadual n. 11.348, de 17-1-00, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre serviço de loterias

e jogos de bingo: inconstitucionalidade formal declarada, por violação do art. 22, XX, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para dispor sobre sistemas de sorteios.

2. Não está em causa a Lei Estadual n. 3.812/66, a qual teria criado a Loteria do Estado de Santa Catarina, ao tempo em que facultada, pela legislação federal, a instituição e a exploração de loterias pelos Estados-Membros.

10. A ata da decisão foi publicada em 21-8-06.

11. Além deste, foram interpostos outros embargos de declaração por empresas privadas do ramo dos bingos; antes, foram ajuizadas também tanto pelo Estado quanto pelos *amici curiae*, petições nas quais se requer a nulidade da sessão de julgamento pelos mesmos motivos destes embargos (Pet. CPI-STF 127.610/2006; 124.884/2006; 27.697/2006).

12. Extrato da petição da Associação Brasileira de Loterias Estaduais – ABLE, o *amicus curiae*:

[...]

4. A publicação da pauta, com prazo não inferior a 48 horas, constitui, cumpre salientar, expressa exigência contida no art. 83 do RISTF, observando-se que a ação direta de inconstitucionalidade não foi contemplada na exceção do § 1º desse dispositivo, correspondendo a uma norma de *numerus clausus*.

[...]

6. O prejuízo decorre, sem dúvida alguma, de evidente cerceamento de defesa, mormente porque ficou impossibilitada de requerer a aplicação, ao ensejo da sustentação oral, do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, visando a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou a fixação da eficácia temporal a partir do trânsito em julgado ou de outro momento, na hipótese de sua procedência.

7. A situação retratada implica ostensiva nulidade do julgamento.

[...]

10. Em face do exposto, requer o conhecimento da arguição e o deferimento do pedido de nulidade do julgamento da notificada ação direta de inconstitucionalidade, em virtude do constrangimento aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, designando-se

nova data (oportunidade em que será realizada sustentação oral), tudo em homenagem ao Direito e à Justiça.

13. Quando do julgamento desta ação direta, bem que acentuou a em. Ministra Cármen Lúcia que se trata de uma das causas de maior gravidade nos planos estaduais, em virtude, especialmente, das pressões de toda sorte.

14. O que se tem nestes embargos é o nada mais que o espremeio das empresas de bingo e do governo catarinense quanto à decisão do Supremo Tribunal, que insistem em não aceitar pelos interesses que contraria.

15. Na petição ajuizada antes destes embargos, mas de igual teor, alegam os Procuradores do Estado:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme se verifica do Diário da Justiça n. 63, de 31 de março de 2006, no qual fora publicada a Ata n. 8 – Relação de Processo – Pauta de Julgamento – Plenário, teve seu julgamento marcado, originalmente, para o dia 7 de junho de 2006.

16. Repito: *pedi dia para julgamento em 28-3-06* (art. 9º, LADIn); a pauta foi *publicada no Diário da Justiça em 31-3-06* (pauta 8/2006).

17. Assim, de acordo com o art. 83¹, do RISTF, a ação direta poderia ser julgada a partir do dia 5-4-06 (quarta-feira), primeira sessão plenária após o prazo de 48 horas, contado da publicação da pauta.

18. Desde a presidência do em. Ministro Jobim, a Secretaria das Sessões vem informando, pelo sítio do Tribunal, a relação dos processos que preferencialmente serão julgados no mês: é o que se apelidou de “pauta temática”.

19. A inovação, bem-vinda por sinal, tem por fim prevenir os interessados sobre a preferência com a qual, em princípio, serão apregoados os feitos listados e os Ministros sobre os temas que versam.

1 “Art. 83. A publicação da pauta de julgamento antecederá quarenta e oito horas, pelo menos, à sessão em que os processos possam ser chamados.”

20. Mas, como é óbvio, a divulgação eletrônica desse rol de processos *não substitui* a intimação da pauta pela publicação oficial em sentido algum: nem a dispensa, quando exigível conforme o Regimento Interno, nem reabre o prazo de 48 horas iniciado com a publicação da pauta pelo Diário da Justiça.

21. Por isso, visto que a pauta fora *publicada* em 31-3-06, a ação direta poderia ser julgada a partir do dia 5-4-06, primeira sessão plenária após cumprido o intervalo regimental.

22. Informou, é certo, a Secretaria das Sessões, no sítio do Tribunal, na parte “pautas do plenário”, que a Presidente poderia chamar o processo em 7-6-06, o que, entretanto, por si só, não gera efeitos processuais.

23. Insiste, porém, o embargante em confundir – parece que de propósito — a publicação oficial, já efetivada, e essa mera informação.

24. Nos embargos, alega-se, porém, que o julgamento não ocorreu na data apazada por razões que não são relevantes ao deslinde da *questio*; explicito a razão por que o feito não foi apregoadado na data prevista na “pauta temática”: o próprio Governador do Estado requereu, informalmente, o adiamento, a fim de precaver o Estado quanto à locação dos funcionários da loteria estadual.

25. Extrato dos embargos:

Importa salientar que, em razão da não-realização do julgamento na data marcada pela referida Ata n. 8, esse egrégio Tribunal divulgou, em sua página oficial da Internet, que o julgamento se realizaria no dia 17 de agosto de 2006.

Não obstante, inadvertidamente, acabou o feito sendo julgado na sessão realizada no dia 10 de agosto de 2006.

Tais fatos já seriam suficientes a macular de nulidade o julgamento da presente *actio*, uma vez que os atos de comunicação processual levados a efeito nos autos foram praticados ao alvedrio do que preconizado pelo art. 552, § 1º, do Código de Processo Civil, c/c o art. 83 do Regimento Interno desse egrégio Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, em ofensa ao que garantido pelo art. 5º, LV, da Carta da República.

26. As alegações desvelam a rombuda confusão de “alhos com bugalhos”.

27. A tal Ata n. 8, do DJ de 31-3-06, consubstanciou o espaço oficial de *publicação* dos processos em pauta, nos termos do Regimento Interno: que, sem mais, poderiam ser julgados, uma vez corridas as 48 horas.

28. Em um primeiro momento, o sítio do Tribunal *informou* que a ação previsivelmente seria apregoada em 7-6-06, o que não ocorreu.

29. Se, em outro momento, foi informado pelo sítio do STF que o caso seria chamado em 17-8-06, o fato é que antes fora *divulgado*, desde o dia 4 de agosto², pelo mesmo sítio, que o julgamento se daria no dia *10 de agosto*.

30. Meu gabinete confirmou, nesse mesmo dia 4 de agosto, a diversos interessados, aos recorrentes, aos representantes dos bingos, ao Ministério Público estadual, a diversos jornalistas catarinenses, enfim, a data prevista: 10 de agosto.

31. Mesmo que assim não fosse, não importa: a ação poderia ter sido julgada 48 horas após a publicação do DJ de 31-3-06, vale dizer, desde abril.

32. Ademais, ainda que à informação pela Internet sobre a previsão de julgamento se emprestasse caráter oficial, certo é que nela se divulgou, *em 4-8-06*, que o julgamento estava previsto para o dia 10-8-06: ora, entre o dia 4 e o dia 10 transcorreram bem mais que 48 horas.

33. Só não entende quem não quer.

34. E mais: se o julgamento do caso – há muito incluído em pauta, conforme a publicação oficial – foi incluído na “pauta temática” de 7 de junho e julgado em 10 de agosto, não houve a alegada surpresa; a discussão seria menos burlesca se tivesse havido antecipação; e o que houve, na

2 O dia 4 de agosto foi confirmado, pela Secretaria das Sessões, como a data da inclusão — no sítio do Supremo — da ADIn n. 2.996 para a sessão do dia 10 de agosto.

verdade, foi o adiamento, por pedido do Governador, chefe dos Procuradores que firmam os embargos.

35. Por fim, alegam os Procuradores do Estado de Santa Catarina:

Mas a mácula que pesa sobre o procedimento de publicação da ata de julgamento do presente feito não se resume ao que já narrado.

Ocorre que, desde a referida Ata n. 8, originalmente publicada, não se observa requisito essencial a tornar válido e eficaz o ato de comunicação processual relativo ao julgamento do feito.

Isso porque, nos termos do que preconizado pelo art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil, é indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação das intimações relativas a atos processuais constem os nomes das partes e de seus advogados.

Na hipótese de controle concentrado de constitucionalidade de norma estadual, o Governador do Estado é pessoalmente legitimado para a propositura da ação.

Quando a iniciativa de provocar a declaração judicial de inconstitucionalidade não parte do Governador do Estado, o relator do feito tem a faculdade de optar em pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 6º da Lei n. 9.868/99).

Mesmo quando a opção for pela ouvida do Governador, como na hipótese dos autos, ainda assim há que ter presente para a publicação de atos relativos a ações diretas de inconstitucionalidade que, por força do que estatuído pelo art. 132 da Constituição Federal, às Procuradorias-Gerais dos Estados compete a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas e, por consequência, dos mandatários que estiverem à frente dos poderes constituídos que integram a estrutura institucional dos estados.

Sobre o tema, merece destaque o precedente jurisprudencial cujo acórdão fora relatado pelo Exmo. Ministro Celso de Mello: Agravo de Instrumento n. 439.613-3/SP, Agravante AGIP do Brasil S.A., Agravado município de São Paulo; Diário da Justiça de 11-6-2003, p. 00042. [...]

36. Cita-se um precedente da lavra do em. Min. Celso de Mello em processo de mandado de segurança, no qual o Estado é parte; não se nota, porém, que a espécie é de ação direta de inconstitucionalidade, em que o

Estado não é parte, e no qual a representação processual do requerido, quando seja o Governador, por Procurador do Estado é facultativa.

37. Rejeito os embargos e julgo prejudicadas as petições: é o meu voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 88.245-5, de Santa Catarina

Relator originário: Ministro Marco Aurélio

Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia

Paciente: Rudibert Wachholz

Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL. FORMA SIMPLES. CONFIGURAÇÃO. CRIMES HEDIONDOS. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou entendimento no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as lesões corporais graves ou morte traduzem resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo elementos essenciais e necessários para o reconhecimento legal da natureza hedionda das infrações.

2. Em razão do bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual da mulher, esses crimes, mesmo em sua forma simples, dotam-se da condição hedionda com que os qualifica apenas o art. 1º da Lei n. 8.072/90.

3. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas

taquigráficas, por maioria, indeferir a ordem de *habeas corpus*, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator). Redigirá o acórdão a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Brasília, 16 de novembro de 2006.

Cármen Lúcia – Relatora p/ o acórdão

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio: – Adoto como relatório a síntese lançada quando procedi ao exame do pedido de concessão de medida cauteladora e não o acolhi (fl. 25):

O paciente busca ver afastado o enquadramento dos crimes por si praticados na Lei n. 8.072/90. Para tanto, sustenta somente se poder falar em hediondez, no caso o estupro e o atentado violento ao pudor, se verificada lesão corporal grave ou morte. Reporta-se ao *Habeas Corpus* n. 81.288-1/SC para afirmar que não há consenso na Corte. Ressalta a necessidade de enfrentamento da matéria, tendo em conta o instituto do livramento condicional, porquanto já cumprido mais de um terço da pena imposta. Pleiteia concessão de medida cauteladora que afaste a classificação até aqui prevaemente, cassando-se, alfm, o que decidido por força do Recurso Especial n. 403.294 e assentando-se a não-incidência da Lei n. 8.072/90. Acompanham a inicial as peças de folha 8 a 18.

Ao processo veio ofício do Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, desembargador Pedro Manoel Abreu, encaminhando a sentença condenatória, o acórdão relativo à apelação, quando afastada a causa de aumento do artigo 226, inciso III, do Código Penal, e o resultante da apreciação dos embargos infringentes, que restaram desprovidos.

O Procurador-Geral da República emitiu o parecer de folha 116-120 no sentido do indeferimento da ordem, ressaltando não haver sido aplicado, na condenação, o disposto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90.

Em 3 de novembro de 2006, lancei visto no processo, designando, como data em que liberado para julgamento no Pleno, a de hoje, 16

subseqüente, isso objetivando dar conhecimento à impetrante, no que lhe assiste o direito de assomar à tribuna e distribuir memoriais, alfm, de tomar as providências cabíveis.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): – O processo vem ao Plenário para reexame do alcance do artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90, isso para efeito de se definirem as práticas delituosas como enquadradas, ou não, na citada lei sob o ângulo hediondo. Vale dizer que não se fazem em jogo nem o artigo 9º nem o artigo 6º nela contidos, no que este último majorou as penas dos artigos 213 e 214 do Código Penal e o primeiro versou como causa de aumento quando realizado o estupro ou violência ao pudor com lesão grave ou morte e estando a vítima em situação definida no artigo 224 do Código Penal. O interesse de agir refere-se a questionamento único, ou seja, a existência de situação concreta relativa ao inciso I ou ao inciso V do artigo 83 do Código Penal. Concluindo-se que os crimes não são hediondos, ter-se-á como consequência o livramento condicional, uma vez cumprido mais de um terço da pena. Se persistir o entendimento de que se trata de crime hediondo, haverá necessidade de cumprimento de mais de dois terços da pena.

Prestado esse esclarecimento, valho-me do que tive a oportunidade de assentar ao indeferir a medida acauteladora (folhas 25-26):

2. Inicialmente, consigno ter este *habeas* objeto diverso do impetrado em favor do paciente, autuado sob o n. 86.871-1/SC, no qual se apontou como causa de pedir e pedido a impossibilidade de se fixar o regime de cumprimento da pena como integralmente fechado e a progressão. Já aqui se trata, sob o ângulo da Lei n. 8.072/90, do livramento condicional. Continuo convencido do que lancei no julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.288-1/SC, oportunidade na qual fiquei vencido na companhia dos ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira:

“Devo dizer que somei o meu voto, no âmbito da Segunda Turma, ao do ministro Néri da Silveira, estabelecendo, numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei n. 8.072/90 somente

enquadra como hediondos os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considere a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro – sem a grave lesão, sem a morte – e os crimes com essas qualificadoras. Não há dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência – o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é”.

A Lei n. 8.072/90, no artigo 9º, refere-se a outras figuras penais. É sintomático que, apenas em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a norma utilize o vocábulo “combinação”. A meu ver, esse dado deve ser levado em conta para concluir-se pelo real sentido do dispositivo, no que acaba por agravar a situação do condenado. Isso não implica dizer que esses tipos ficariam apenados de maneira menos acentuada, já que o mínimo para eles previsto é substancial.

Reporto-me ao voto proferido e conluo em consonância com os votos dos ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, distinguindo, portanto, a forma qualificada para, então, ter como incidente o disposto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90.

Ao atuar como porta-voz do Colegiado, não posso sobrepor a convicção pessoal, retratada na corrente minoritária, em detrimento do estampado no precedente. Há que aguardar o crivo do Plenário sobre a espécie, presente a circunstância de que, ante a celeridade e economia processuais – máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante –, não se chegou a decidir a matéria na recente apreciação do *Habeas Corpus* n. 82.959-7/SP. A Corte limitou-se a concluir pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 e a viabilizar a progressão do regime de cumprimento da pena.

Acrescento que o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal remeteu ao legislador comum o enquadramento de crimes como hediondos. Então, o artigo 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, veio a definir, como hediondos, os seguintes delitos:

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);

- II – latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*);
- III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º);
- IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º);
- V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
- VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);
- VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º).
- VII – A – (Vetado).
- VII – B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A e § 1º-B, com a redação dada pela Lei n. 9.677, de 2 de julho de 1998).

O rol se mostrou exaustivo, vale dizer, fora dos casos contemplados, não cabe concluir pelo enquadramento do crime como hediondo. Pois bem, relativamente ao homicídio, para assim se classificar, é necessário que seja praticado em atividade típica de grupo de extermínio e, por último, na forma qualificada – inciso I.

Quanto ao latrocínio, a referência contida no inciso II do artigo 1º da Lei n. 8.072/90, à parte final do § 3º do artigo 157 do Código Penal, implicou a tomada do preceito do citado § 3º de modo específico, isto é, se o roubo é procedido com lesão corporal de natureza grave, há a majoração da pena, mas não o enquadramento como hediondo, não bastasse a alusão ao latrocínio, que pressupõe roubo com resultado morte. Quanto ao inciso III do artigo em comento, verifica-se que a extorsão somente pode ser tida como delito hediondo quando qualificada pela morte – artigo 158, § 2º, do Código Penal. Também restou definido como hediondo o crime de extorsão quando praticado mediante seqüestro e na forma qualificada – inciso IV. No tocante à epidemia, o enquadramento em tal sentido se fez vinculado à morte – inciso VII. Segue-se o inciso VII-B a versar sobre os crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos

destinados a fins terapêuticos ou medicinais. Por último, contemplado no parágrafo único do mesmo artigo, tem-se o crime de genocídio.

Pois bem, nesse contexto, ficaram as especificações próprias. O que se constata quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor? Limita-se a Lei n. 8.072/90 à referência às figuras típicas? A resposta é desenganadamente negativa. Em harmonia com as demais previsões, a norma jungiu o estupro e o atentado violento ao pudor, para merecerem o rótulo da hediondez, à combinação com o artigo 223, cabeça e parágrafo único, do Código Penal. Vale dizer que, praticado qualquer dos crimes sem que se faça presente o disposto no artigo 223, cabeça e parágrafo único, do Código Penal, a pena a ser aplicada é a majorada pela Lei n. 8.072/90, tal como estabelecido no respectivo artigo 6º e já constante dos artigos 213 e 214 do Código Penal. O enquadramento como hediondo, quer do estupro quer do atentado violento ao pudor, já então para se ter como adequado não o inciso I mas o inciso V do artigo 83 do Código Penal, exigindo-se para o livramento condicional o cumprimento não de um terço da pena mas de dois terços, pressupõe a ocorrência com lesão corporal de natureza grave ou com o resultado morte. A não se entender assim, releva-se a plano secundário, exacerbando-se as normas, o que previsto, embora entre parênteses, nos incisos V e VI do artigo 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990:

Art. 1º [...]

[...]

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único);

[...]

Ora, a sentença proferida não se fez ao mundo jurídico com a observância das formas qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor. Basta ter presente, para assim se concluir, que a pena-base foi fixada, para cada qual dos crimes, em seis anos, considerados o piso de

seis e o teto de dez anos previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, enquanto as formas qualificadas a atraírem o enquadramento dos delitos como hediondos revelam, em caso de lesão corporal de natureza grave, o balizamento de oito a dez anos e, na hipótese de resultado morte, de doze a vinte e cinco anos. Em síntese, incongruente surge a condenação imposta em que, a um só tempo, foram tidas as práticas delituosas como hediondas e se deixou de observar as formas qualificadas, em decorrência de os crimes não haverem resultado na morte das vítimas nem em lesão corporal de natureza grave.

Concedo a ordem para afastar, na espécie, o enquadramento dos crimes como hediondos e, com isso, não alterar, em si, as penas impostas, porque o foram pelas práticas de estupro e violência ao pudor nas formas simples, mas assentar ser necessário, para o livramento condicional, não o cumprimento de mais de dois terços das penas e sim de mais de um terço, conforme o artigo 83, inciso I, do Código Penal. É como voto.

APARTES

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência está reabrindo discussão que este Tribunal já venceu – se não me falha a memória – no ano de 2001.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): – Não sei, Excelência, como julgador, simplesmente estou trazendo um *habeas corpus* para apreciação pelo Plenário.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Eu gostaria de concluir o meu pensamento, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): – Vossa Excelência está me questionando e eu estou respondendo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Eu estou dizendo. Não estou questionando Vossa Excelência. Estou afirmando que Vossa Excelência está reabrindo discussão sobre a qual este Plenário já havia fixado

uma posição, depois de retroagir, no final do ano de 2001, no final do meu primeiro ano de assento nesta bancada.

Vossa Excelência releu o seu voto de então [...].

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): – Vossa Excelência deve se dirigir ao Plenário, não a mim. Eu prolatei o meu voto simplesmente. É um voto e peço que seja respeitado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Eu peço a Vossa Excelência que me ouça por uns breves minutos, como eu ouvi Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): – Mas não precisa se dirigir especificamente a mim, dirija-se ao Colegiado.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Naquela ocasião, foi-me dado, num longo voto, tentar demonstrar — e o Plenário assim acatou — a grave lesão da qual fala a lei, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, não é apenas aquela grave lesão de que resulte perda de função ou de membro, mas pode ser também a grave lesão psicológica, moral, social e, até mesmo, física, haja vista o percentual altíssimo de contaminação por doenças venéreas, inclusive e mais séria de todas, o HIV, que ocorre nessas situações de violência sexual.

Estamos reabrindo esta discussão e, por isso, pedi licença aos Colegas. Deveria partir para colher o voto da Ministra Cármen Lúcia, mas já que estamos reabrindo a discussão, desejo lembrar como o Plenário manifestou-se naquela ocasião e, se for este o desejo dos Colegas, embora não seja o meu hábito cansá-los com prolixidade, tenho condições de reproduzir todas as razões que embasaram a minha manifestação naquele momento. Foi a manifestação prevalecente do Plenário, voto líder o do Ministro Carlos Velloso.

Vossas Excelências preferem que eu rememore todas as razões ou todos as conhecem?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: – Senhora Presidente, eu ponderaria que talvez não fosse este o momento para reabrirmos essa discussão, já que estamos sem a presença do Decano e do Vice-Decano da Corte. Uma discussão tão importante como essa, reabri-la com um *quorum* tão minimizado me parece temerário.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Ministra Cármen Lúcia, Vossa Excelência prefere seguir a sugestão do Ministro Joaquim Barbosa?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: – Para mim tanto faz, posso votar agora.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Vossa Excelência conhece as razões?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: – Claro, estou aqui com toda a jurisprudência da Casa.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – O voto é bastante conhecido, toda essa jurisprudência foi muito divulgada, foi bastante comentada em todos os congressos científicos que se realizaram desde então.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: – Eu, inclusive, levantei toda a jurisprudência posterior a esse caso do Ministro Carlos Velloso.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): – Vossa Excelência tem a palavra.

A Senhora Ministra Cármen Lúcia: – Agradeço, Presidente.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: – Senhora Presidente, a inteligência brilhante do Ministro Marco Aurélio faz com que eu quase sempre fique ao lado dele, mas, desta vez, no entanto, vou pedir as vênias de estilo

para não acompanhá-lo na espécie e votar no sentido da denegação da ordem de *habeas corpus*.

Como já foi acentuado, a jurisprudência deste Tribunal, desde o julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.288, mencionado pelo próprio Ministro Marco Aurélio, firmou entendimento no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as lesões corporais graves ou morte traduzem resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo elementos essenciais e necessários para o reconhecimento legal da natureza hedionda das infrações. E assim o é porque o objeto jurídico tutelado, o bem jurídico tutelado no caso desses crimes não é exatamente o corpo da mulher, mas o uso indevido e violento do corpo da mulher, pelo que a violência, como já acentuou também Vossa Excelência na fala, não é nem ao menos presumida, ela é real, conquanto não apenas física, com resultados gerais sobre a pessoa da mulher, inclusive podendo ser físico, mas é muito além do que isso.

Eu levantei a vasta jurisprudência deste Tribunal, posterior ao *Habeas Corpus* n. 81.288, por exemplo: HC 84.145, Relator Ministro Celso de Mello; 84.006, Relator para o acórdão Ministro Joaquim Barbosa.

Enfim, a doutrina penal, por sua vez, também é pacífica ao entender que, em face do bem jurídico tutelado, que é a liberdade sexual da mulher, esses crimes, mesmo em sua forma simples, dotam-se da condição hedionda com que os qualifica apenas o art. 1º da Lei n. 8.072/90, pelo que voto no sentido da denegação da ordem, com as vênias ao Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: – Senhora Presidente, ouvi atentamente o voto brilhante do eminente Ministro Marco Aurélio Mello, mas, *data venia*, não estou ainda preparado para ir contra a firme e pacífica jurisprudência da Casa, não só do Plenário, quanto das duas

Turmas, no sentido de considerar hediondo o crime de estupro, como também o crime de atentado violento ao pudor, porquanto integram o núcleo do tipo, tanto a grave ameaça quanto a violência.

De outra parte, também, Senhora Presidente, tenho em conta o argumento, talvez metajurídico, que é a realidade nacional de violência contra a mulher, de violência doméstica, de violência contra os menores. Não me parece oportuno, neste momento, alterar a jurisprudência da Casa, com todas as vênias ao eminente Relator.

Então, sou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: – Peço vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto da Ministra Cármen Lúcia.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: – Senhora Presidente, também peço vênias ao Ministro Marco Aurélio para manter-me fiel à jurisprudência da Casa, nomeadamente o “leading case”, *HC* n. 81.288, Relator o Ministro Carlos Velloso, e o *HC* n. 82.098, da relatoria de Vossa Excelência.

Acompanho a divergência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: – Senhora Presidente, também peço vênias ao Ministro Marco Aurélio. Conheço o voto de Vossa Excelência, Ministra Ellen Gracie, e convenci-me do acerto das considerações judiciosas que Vossa Excelência teceu acima a respeito da extensão da hediondez a essas duas modalidades delitivas, do estupro e do atentado violento ao pudor. A matéria foi também amplamente debatida, no *HC* n. 81.288. Mudar a orientação agora significa abrandar o regime de penas

para esses crimes que se manifestam com tanta virulência na sociedade dos nossos dias, na linha do que assentou o Ministro Ricardo Lewandowski.

Por isso, denego por inteiro a ordem.

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: – Senhora Presidente, também, já me manifestei nesse sentido em outra oportunidade.

SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 59.577/SC (2006/0020638-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Autor: Rosilda Moreira

Advogados: Dr. Alessandro Marchi Flores e outros

Réu: Reitor da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – Udesc

Suscitante: Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. UNIVERSIDADE ESTADUAL. SUSPENSÃO DE EXIGÊNCIA DE MENSALIDADE. MATRÍCULA. SISTEMA DE ENSINO ESTADUAL.

1. Hipótese em que a Justiça Federal e a Justiça Estadual discutem a competência para processamento e julgamento de Mandado de Segurança impetrado contra ato de dirigente da Universidade do Estado de Santa Catarina – Udesc, no qual se objetiva a suspensão da exigência de mensalidade para regular matrícula.

2. A partir do julgamento do Conflito de Competência n. 35.972/SP, a Primeira Seção decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é, em regra, *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual.

3. "As universidades estaduais gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF/88, art. 211), e

seus dirigentes não agem por delegação da União. A apreciação jurisdicional de seus atos é da competência da Justiça Estadual" (CC n. 45.660/PB, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ de 11-4-2005).

4. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Conflito e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina/SC, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006.

(data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin,

Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina em face do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se discute a competência para o processamento e julgamento de Mandado de Segurança impe-

trado contra ato de dirigente de instituição pública estadual de ensino superior.

O *writ* foi impetrado perante a Justiça Estadual por Rosilda Moreira contra o Reitor da Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – Udesc, buscando a efetivação da matrícula para o semestre letivo, afastada a exigência de pagamento de mensalidade exigida pela universidade.

Após sentença de mérito pelo Juízo Estadual, adveio Apelação pela universidade, sendo que o Tribunal de Justiça, dando-se incompetente, decretou a anulação de todos os atos decisórios proferidos no processo e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 12 a 19).

O Juiz Federal, por sua vez, suscitou o presente conflito, por entender que "se o *writ* envolver universidades públicas estaduais e municipais, integrantes do sistema estadual de ensino, à Justiça Estadual caberá pacificar o conflito, pois nesses casos não persiste o interesse da União a justificar a competência do foro federal" (fl. 22).

O Ministério Público Federal opinou pela competência do Tribunal de Justiça (fls. 28 a 30).

VOTO

A partir do julgamento do Conflito de Competência n. 35.972/SP, da relatoria para acórdão do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, esta Primeira Seção decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é, em regra, *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual. Transcrevo a ementa do referido julgado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, *a*), mesmo que a controvérsia diga respeito a matéria que não seja de seu interesse. Nesse último caso, somente cessará a competência federal quando a entidade federal for excluída da relação processual.

2. Não é da competência federal, e sim da estadual, por isso, a causa em que não figuram tais entidades, ainda que a controvérsia diga respeito a matéria que possa lhes interessar. Nesse último caso, a competência passará à Justiça Federal se e quando uma das entidades federais postular seu ingresso na relação processual, até porque "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 150/STJ).

3. No que se refere a mandado de segurança, compete à Justiça Federal processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora for autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular investido de delegação pela União. Nesse último caso, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, já que, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível), e só quem pode decidir a respeito é o juiz federal (Súmula 60/TFR).

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Santos/SP, o suscitado (CC n. 35972/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 10-12-2003, DJ de 7-6-2004, p. 152).

Admite-se, no entanto, exceção a essa regra de competência *ratione personae* no caso de Mandado de Segurança impetrado contra entidade educacional particular que age por delegação da União.

Nessa esteira de pensamento cito o precedente seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIVERSIDADE PARTICULAR. DIPLOMA. ALUNO INADIMPLENTE. COMPETÊNCIA.

1. A Primeira Seção, no julgamento do Conflito de Competência n. 35.972/SP, Relator para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é *ratione personae*, levando-se em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionados no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.

2. Nos processos em que se discutem questões no âmbito do ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) *mandado de segurança – a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular*; ao revés, a competência será estadual quando o *mandamus* for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino; b) ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no pólo passivo a União Federal ou qualquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

3. Recurso especial provido (REsp. n. 373.904/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7-12-2004, DJ de 9-5-2005, p. 325, grifei).

In casu, trata-se de Mandado de Segurança contra ato de dirigente de universidade estadual. Ocorre que a universidade estadual não age por delegação federal.

Nesse sentido, a Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), nos artigos 16 e 17, prevê:

Art. 16. O *sistema federal* de ensino compreende:

I – as instituições de ensino mantidas pela União;

II – as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III – os órgãos federais de educação.

Art. 17. Os *sistemas de ensino dos Estados* e do Distrito Federal compreendem:

I – *as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal;*

II – *as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal;*

III – *as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;*

IV – *os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente (grifei).*

Nota-se, portanto, que a universidade estadual faz parte do sistema de ensino estadual. Ainda sobre o tema, o art. 211 da Constituição Federal preceitua que os Estados gozam de total autonomia para organizar e gerir os seus sistemas de ensino.

Dessa forma, os dirigentes das universidades públicas estaduais e municipais não agem por delegação do Poder Público Federal (União), de modo que a competência para apreciar as ações de segurança contra atos dessas autoridades é da Justiça Estadual.

Conforme o seguinte julgado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. MANDADO DE SEGURANÇA. UNIVERSIDADE PÚBLICA ESTADUAL.

[...]

4. A hipótese dos autos exige, entretanto, uma atenção especial, já que se trata de mandado de segurança em que se discute matrícula em universidade estadual e não em estabelecimento particular de ensino. A Universidade Estadual da Paraíba – UEPB é pública e pertence à organização administrativa do Estado, componente, portanto, do sistema estadual de ensino, a teor do que preceitua o art. 17, II, da Lei n. 9.394/96.

5. *As universidades estaduais gozam de total autonomia para organizar e gerir seus sistemas de ensino (CF/88, art. 211), e seus dirigentes não agem por delegação da União. A apreciação jurisdicional de seus atos é da competência da Justiça Estadual.* Precedentes desta Corte e do STF.

[...]

7. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, o suscitado (CC n. 45.660/PB, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 18-10-2004, DJ de 11-4-2005, p. 172, grifei). Por tudo isso, *conheço do conflito para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o suscitado.*

É como voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 45.929/SC (2005/0118380-2)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Zilto Pedro Simioni

Impetrado: Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Gilmar Baldissera

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO SEM AS CONTRA-RAZÕES. ILEGALIDADE. RESPOSTA AO RECURSO DEVIDAMENTE PROTOCOLIZADA, DENTRO DO PRAZO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. *In casu*, o Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na decisão de admissibilidade do recurso especial do Ministério Público, ressaltou não ter havido o oferecimento das contra-razões pela defesa do ora paciente. Contudo, ao que se denota dos documentos apresentados na impetração e das informações prestadas pelo Tribunal *a quo*, a resposta ao recurso especial foi devidamente protocolizada, dentro do prazo legal.

2. Nesse contexto, afigura-se patente o constrangimento ilegal contra o Paciente, uma vez que, mesmo com o oferecimento das contra-razões, de forma tempestiva, acabaram não sendo juntada aos autos, caracterizando, assim, evidente cerceamento ao seu direito de defesa.

3. Ordem concedida para determinar que as contra-razões apresentadas pela defesa do ora paciente sejam juntadas ao recurso especial interposto pelo Ministério Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2006.

Ministra Laurita Vaz,

Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, desprovido de pedido liminar, impetrado em favor de Gilmar Baldissera, apontando-se como autoridade coatora o Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Segundo consta dos autos, o ora paciente era Prefeito do Município de São Miguel do Oeste/SC, quando foi denunciado pela suposta violação ao art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/67.

O Tribunal Catarinense julgou procedente a denúncia, condenando o ora paciente à pena de 4 meses de detenção e à inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública, declarando-se, contudo, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado (cf. fls. 30-38).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, que foi admitido pelo Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na ocasião, ficou consignado, ainda, não ter havido o oferecimento das contra-razões ao recurso especial (cf. fl. 8).

No presente *habeas corpus*, o impetrante alega terem sido apresentadas as contra-razões ao recurso especial do Ministério Público, por meio do protocolo unificado, previsto no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, e dentro do prazo legal. Ressalta que houve "atraso no envio da petição ao Tribunal que não se deu por culpa do paciente, mas, sim, do mecanismo do Poder Judiciário" (fl. 4), não podendo, desta forma, ser prejudicado.

Requer, pois, a concessão da ordem para determinar a restituição do feito à sua origem para que sejam juntadas as contra-razões ao recurso especial interposto pela acusação.

As informações do Tribunal de origem foram prestadas às fls. 20-23.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa, *litteris*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE ADMITIU O APELO ESPECIAL MAS CONSIDEROU COMO NÃO APRESENTADAS CONTRA-RAZÕES. INEFICIÊNCIA DO PROTOCOLO UNIFICADO. PROTOCOLO EFETIVAMENTE COMPROVADO, INCLUSIVE DENTRO DO PRAZO LEGAL. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM PARA DETERMINAR A JUNTADA DAS CONTRA-RAZÕES AO APELO ESPECIAL (FL. 40).

VOTO

A ordem merece ser concedida.

O Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na decisão de admissibilidade do recurso especial

interposto pelo Ministério Público, ressaltou não ter havido o oferecimento das contra-razões pela defesa do ora paciente.

Contudo, ao que se denota dos documentos constantes dos autos, intimada a defesa para o oferecimento da resposta ao recurso especial, no dia 25 de abril de 2005 (fl. 6), protocolizou suas contra-razões, por meio do protocolo unificado, no dia 6 de maio de 2005 (fl. 7 e 7 verso), dentro, portanto, do prazo legal de 15 dias previsto no art. 27 da Lei n. 8.038/90.

Tal situação ficou até mesmo evidenciada nas próprias informações prestadas pela autoridade coatora, nos termos do que se vê a seguir:

[...]

Segundo consulta processual ao Sistema de Automação do Judiciário, o membro do Ministério Público, inconformado com o decidido, interpôs Recurso Especial que, analisado pelo 2º Vice-Presidente, foi admitido e remetido junto com o processo ao Superior Tribunal de Justiça em 14-7-2005, razão pela qual, por ora, não há como se prestar maiores esclarecimentos acerca do alegado.

Importante frisar, todavia, que pela pesquisa ao andamento do feito, há registro de que tão logo foi aforado o apelo excepcional, o defensor do paciente retirou os autos em carga e apresentou contra-razões (fls. 21 e 22).

Nesse contexto, afigura-se patente o constrangimento ilegal contra o paciente, uma vez que, mesmo com o oferecimento das contra-razões, de forma tempestiva, acabaram não sendo juntadas aos autos, ao que parece por um equívoco do protocolo unificado, caracterizando, assim, evidente cerceamento ao seu direito de defesa.

No mesmo sentido é o parece ministerial:

O *miri* merece ser conhecido e provido.

Consoante admitido nas informações prestadas, verifica-se que as contra-razões foram efetivamente prestadas, afirmação que se comprova pelo andamento processual colacionado pela autoridade coatora à fl. 24, onde se constata, inclusive, a apresentação dentro do prazo legal.

Com efeito, patente o constrangimento ilegal decorrente do despacho da autoridade coatora que considerou como não apresentadas as contra-razões, erro que parece motivado pelo atraso no processamento no protocolo integrado (fl. 41).

Ante o exposto, concedo a ordem para determinar que as contra-razões apresentadas pela defesa do ora pciente sejam juntadas ao recurso especial interposto pelo Ministério Público.

É como voto.

Ministra Laurita Vaz,

Relatora.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 575.671/SC (2003/0144465-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogados: Dr. Francisco Guilherme Laske e outros

Recorridas: Maria Emília Siqueira de Oliveira e outras

Advogado: Dr. Rogério Otávio Ramos

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DISCUSSÃO ACERCA DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE APONTADA COATORA EM FACE DO IPESC. ACOLHIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Com relação ao alegado dissídio jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea c, da CF), devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência, nos termos do art. 255 e parágrafos do RISTJ. Isso não ocorrendo, impossível o seu conhecimento sob este prisma.

2. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas por ocasião de sua criação pela Lei Estadual n. 3.318/62, na qualidade de autarquia dotada de autonomia administrativa, econômica e financeira, não havendo falar em

legitimidade passiva *ad causam* do Governador na presente impetração.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2006.

(data do julgamento).

Min. Arnaldo Esteves Lima,

Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial manifestado pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, inc. III, *a e c*, da Constituição Federal, contra julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Insurge-se contra o acórdão que, após afastar as preliminares suscitadas, concedeu a segurança a Maria Emília Siqueira de Oliveira e outras para determinar o imediato pagamento do precatório, respeitada a preferência prevista no art. 100 da Constituição Federal, conforme ementa abaixo (fl. 199):

MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PROEMIAL AFASTADA. A segurança deve ser sempre dirigida contra a autoridade que disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada.

INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRELIMINAR AFASTADA. Reconhecida a legitimidade do Governador do Estado para compor o pólo passivo da demanda, não há negar a competência absoluta do Tribunal de Justiça para apreciar o feito.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – NÃO ACOHLHIMENTO. A ação de mandado de segurança visa sempre a correção de ato ou omissão de autoridade que ofenda a direito individual líquido e certo.

PRELIMINARES REJEITADAS.

IMPETRANTES CREDORAS de verba de precatório do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc. Responsabilidade subsidiária do Estado pelo cumprimento das obrigações de suas autarquias.

ORDEM CONCEDIDA.

Nas razões do recurso especial, o recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, afronta aos arts. 267, VI, 730 e 731 do Código de Processo Civil, sustentando, em síntese, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Contra-razões às fls. 242-245. Recurso inadmitido na origem (fls. 277 e 278), subindo os autos a esta Corte em razão do provimento do Ag. n. 372.058/SC.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Maria Emília Siqueira de Oliveira e outras contra ato do Governador do Estado e do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc alegando, em síntese, que:

a) as impetrantes promoveram ação de reconhecimento de direito cumulada com indenização, julgada procedente em junho de 1990, já transitada em julgado;

b) expedido o precatório, em execução, foi solicitado pelo Presidente do Tribunal de Justiça ao Presidente do Ipesc a inclusão dos créditos no orçamento de 1997, dando-se a apresentação em 1º-7-1996;

c) findo o exercício respectivo, para pagamento, verificou-se que não houve o repasse ou a consignação da verba ao Poder Judiciário, conforme estabelecido no art. 100, § 2º, da Constituição Federal;

d) feita a reclamação, o Ipesc isentou-se da obrigação sob o argumento de falta de recursos suficientes;

e) frustrados todos os pedidos para cumprimento da obrigação, até mesmo o de bloqueio de recursos perante o Banco do Estado de Santa Catarina, indeferido, ao final, requereram as impetrantes a notificação do Governador do Estado, tendo em vista tratar-se o Ipesc de autarquia estadual, para que, no prazo de cinco dias, determinasse ao Poder Judiciário as providências para a efetiva consignação da verba necessária ao pagamento da dívida;

f) devidamente notificado na pessoa do Procurador-Geral do Estado, o Governador eximiu-se da obrigação, sustentando que as autarquias possuem autonomia financeira e que o empenho da despesa deve ser implementado pelo Ipesc, por meio de seu presidente.

Foram prestadas as informações por ambas as autoridades coatoras, sobrevindo aos autos notícia do julgamento, nesta Corte Superior, do pedido de Suspensão de Segurança 742/SC, interposto pelo ora recorrente contra liminar concedida no presente *mandamus*, ao qual fora negado provimento.

O Órgão Especial do Tribunal Pleno do TJ/SC, afastando as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado e de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para apreciar o feito, concedeu a segurança, nos termos da ementa supratranscrita.

É contra tal decisão que ora se recorre.

De início, quanto ao dissídio jurisprudencial, esta Turma tem entendido, reiteradamente, que, a teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de seus inteiros teores ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Isso não ocorrendo, impossível o seu conhecimento sob este prisma.

O recurso, no entanto, comporta acolhimento pela alínea *a*.

Com relação à alegada ilegitimidade passiva do Estado-recorrente, a questão já foi analisada nos autos do RMS n. 12.227/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 13-10-2003, o qual concluiu que a capacidade processual é pressuposto de existência do processo e significa ter aptidão para realizar tais atos, ou seja, "é possuir *legitimatío ad causam*, afirmando e em face de quem se afirma a titularidade do direito material discutido" (Nelson Nery Júnior, CPC Comentado, p. 267, nota 9 ao art. 7º).

Assim, é de se reconhecer que o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc, criado pela Lei Estadual n. 3.138/62, possui autonomia administrativa e financeira, não havendo falar na legitimidade passiva *ad causam* do Sr. Governador e dos Srs. Secretários de Estado da Administração e da Fazenda nas ações em que servidores públicos e seus respectivos pensionistas postulam o pagamento de verbas de natureza alimentícia, conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. BENEFÍCIO DE SERVIDOR DO IPESC. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO SECRETÁRIO ESTADUAL CONSTATADA. LEGITIMIDADE DO REFERIDO INSTITUTO. AUTARQUIA AUTÔNOMA.

O Ipesc foi criado pela Lei n. 3.138/62, constituindo-se em autarquia de previdência e assistência social, com personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.

Evidenciada, na hipótese, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário Estadual envolvido, pois pessoas jurídicas distintas (Estado e Autarquia)

não se confundem, deve o *mandamus* ser dirigido contra a autoridade que representa a entidade previdenciária.

Precedentes.

Recurso provido com a anulação do acórdão recorrido, em razão da competência do foro de primeiro grau, já que legítimo somente o presidente da referida autarquia previdenciária estadual (REsp. n. 443.970/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ 29-9-2003).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. SECRETÁRIOS DE ESTADO. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – IPESC.

1. O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipec tem personalidade jurídica própria e capacidade processual, conferidas por ocasião de sua criação pela Lei Estadual n. 3.318/62, na qualidade de autarquia dotada de autonomia administrativa, econômica e financeira, não havendo falar em legitimidade passiva *ad causam* dos Secretários de Estado da Fazenda e da Administração na presente impetração.

2. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 374.316/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ 1º-7-2002).

Desse modo, em razão da competência do foro de primeiro grau, já que legítimo somente o presidente da referida autarquia previdenciária estadual, o acórdão recorrido deve ser anulado, com o retorno dos autos àquele Juízo. Nesse sentido: REsp. n. 226.200/SC, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 7-8-2000; REsp. n. 197.801/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 15-5-2000; REsp. n. 197.797/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 10-4-2000; REsp. n. 147.486/SC, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 21-6-1999; REsp. n. 198.988/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 4-10-1999; dentre outros.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para determinar a exclusão do Sr. Governador do Estado de Santa Catarina do pólo passivo do presente *writ*, a anulação do acórdão recorrido, bem como a remessa dos autos à primeira instância, competente para processamento e julgamento do mandado de segurança.

É o voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.034465-0, da Capital

Relator: Des. Volnei Carlin

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 10, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 254/03 – EQUIPARAÇÃO E VINCULAÇÃO ENTRE CARGOS DOS GRUPOS DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO – VÍCIO MATERIAL INEXISTENTE – ALEGADA AFRONTA AOS ARTS. 23, V, DA CARTA ESTADUAL, E 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

A equiparação e a vinculação são conceitos distintos: a primeira destina-se à igualação horizontal de carreiras determinadas mediante um fator de identificação estabelecido pelo legislador, tendo como conseqüência a aplicação do mesmo regime remuneratório. A segunda institui um elo vertical entre os vencimentos dos diferentes cargos hierarquicamente diversos, estabelecendo uma corrente que funciona nos seguintes termos: se a categoria hierarquicamente superior obter um acréscimo, as demais inferiores o terão sob o mesmo índice.

Seguindo os parâmetros em referência, a Lei Complementar n. 254/03 efetuou uma reestruturação dos vencimentos relativos aos diversos cargos dos Grupos de Segurança Pública do Estado, estabelecendo padrões nas referências e níveis, sem garantir qualquer vinculação ou equiparação de aumentos a serem introduzidos futuramente, inexistindo a mencionada afronta ao art. 23, V, da Carta Estadual, assim como ao art. 37, XIII, da Constituição da República.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTS. 12, I, E 15 DA LEI COMPLEMENTAR N. 254/03 – AUMENTO

AOS DELEGADOS DE POLÍCIA EM DETRIMENTO DOS
DEMAIS SERVIDORES – DIPLOMA NORMATIVO SEM CA-
RACTERÍSTICA DE REVISÃO ANUAL – INCONSTITUCIO-
NALIDADE AFASTADA.

A revisão geral anual pressupõe o exame do *quantum* da remuneração para adaptá-lo ao valor monetário atual. Por sua vez, o reajuste implica em novo implemento do valor remuneratório ao custo que o legislador entende ter correspondência com cargo do agente público.

Nessa esteira, o acréscimo implementado aos delegados de polícia por meio da Lei Complementar n. 254/03 não possui características de revisão geral anual, porquanto significou uma reorganização na estrutura administrativa e na remuneração dos profissionais do Sistema de Segurança Pública do Estado, tendo sido promovido por lei específica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2004.034465-0, da comarca da Capital, em que é requerente Sindicato dos Trabalhadores na Segurança Pública do Estado de Santa Catarina – Sintrasp, e requeridos Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar improcedente o pedido, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.069/2001.

Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Sindicato dos Trabalhadores na Segurança Pública do Estado de Santa Catarina – Sintrasp aforou ação direta de inconstitucionalidade contra a Assembléia Legislativa Estadual e o Estado de Santa Catarina objetivando a declaração de desconformidade, em face da Constituição do Estado de Santa Catarina – CE/SC, dos artigos 10, §1º, 12, I, e 15, parágrafo único,

bem como da Tabela de Vencimentos constante dos anexos II, III, IV e V da Lei Complementar n. 254/03.

Determinada a notificação do Procurador-Geral do Estado e do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina (fl. 66), ambos afirmaram a legitimidade constitucional da norma atacada (fls. 71 e 72 e 93 a 96), assinalando que a aplicabilidade da LC n. 253/03 não acarreta a vinculação remuneratória proibida pelo art. 23 da CE/SC, e pelo art. 37, XIII, da CRFB.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela suspensão da norma, a fls. 101 a 109.

A fls. 111 a 129, a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de Santa Catarina – Adpesc requereu sua habilitação no feito como interessada. O pedido foi indeferido, com fulcro no art. 7º da Lei n. 12.069/01 (fl. 181).

A seguir, por força do art. 50, § 2º, da CE/SC, foi notificado o Exmo. Sr. Governador do Estado para informações (fl. 181), as quais foram prestadas a fls. 186 a 192, assinalando a inexistência de vinculação entre os cargos que integram o grupo Segurança Pública, bem como de isonomia entre as carreiras de Delegado de Polícia e de Procurador da Assembléia Legislativa.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade em que o Sindicato pleiteia a declaração de ilegitimidade, em face da Constituição do Estado de Santa Catarina – CE/SC, dos artigos 10, §1º, 12, I, e 15, parágrafo único, bem como da Tabela de Vencimentos constante dos anexos II, III, IV e V da Lei Complementar n. 254/03.

Em razão da relevância da matéria e estando a *actio* pronta para julgamento, porquanto foram prestadas as informações pela Assembléia Legislativa (fls. 71 a 96), mediante a manifestação do Procurador-Geral do

Estado (fls. 93 a 96) e do Procurador-Geral de Justiça (fls. 101 a 109), bem como pelo Exmo. Governador do Estado (fl. 181), passa-se ao julgamento definitivo da questão, consoante o art. 12 da Lei n. 12.069/2001.

Em primeiro lugar, afirma o requerente que o art. 10, §1º, da LC n. 254/03, remetendo à Tabela de Vencimentos constante do Anexo, teria estabelecido vinculação entre os cargos e carreiras da Polícia Civil e Militar do Estado, afrontando o disposto no art. 23 da CE/SC.

A Lei Complementar Estadual n. 254, de 15 de dezembro de 2003, prevê:

Art. 10. Ficam extintas as seguintes vantagens pecuniárias e seus valores compensados e absorvidos pelo vencimento ou soldo dos integrantes do Grupo Segurança Pública – Corpo de Bombeiros Militar, do grupo Segurança Pública – Polícia Civil, do grupo Segurança Pública – Polícia Militar, do grupo Segurança Pública – Sistema prisional e do Grupo Segurança Pública – Sistema de Atendimento ao Adolescente Infrator, do Sistema Segurança Pública, da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão:

[...]

§ 1º. Os novos valores de vencimento ou soldo são os estabelecidos na tabela constante do Anexo I, para os cargos descritos nos Anexos II a IX desta Lei Complementar.

O Anexo I estabeleceu os vencimentos ou soldos, bem como os níveis e as referências dos cargos, distribuídos da seguinte maneira:

A	B	C	D	E	F
-	781,68	844,22	906,76	969,29	1.031,83
-	1.219,44	1.313,24	1.407,05	1.500,84	1.594,65
-	1.813,53	1.907,33	2.001,14	2.094,94	2.188,75
2.292,47	2.412,51	2.539,45	2.673,54	2.814,72	3.126,78
4.442,58	4.675,89	4.921,93	5.181,30	5.454,00	6.060,00

Os anexos seguintes determinaram os níveis e as referências correspondentes a cada cargo dos diversos Grupos de Segurança Pública, estabelecendo, a exemplo, para Delegado de Polícia Especial da Polícia

Civil o nível 5F; Inspetor de Polícia da Polícia Civil o nível 3F, e assim sucessivamente. Senão vejamos:

Autoridade Policial	Delegado de Polícia Especial	5	F
	Delegado de Polícia 4ª Entrância	5	E
	Delegado de Polícia 3ª Entrância	5	D
	Delegado de Polícia 2ª Entrância	5	C
	Delegado de Polícia 1ª Entrância	5	B
	Delegado de Polícia Substituto	5	A
Técnico-Científico	Inspetor de Polícia Psicólogo Policial	3	F
		3	E
		3	D
		3	C
		3	B
Técnico-Profissional	Técnico Criminalístico	2	F
		2	E
	Escrivão de Polícia	2	D
	Comissário de Polícia	2	C
		2	B
	Técnico em Necropsia Escrevente Policial Investigador Policial	1	F
		1	E
		1	D
		1	C
	1	B	

Os Anexos III, IV e V cuidaram, respectivamente, dos cargos correspondentes à Carreira do Grupo Segurança Pública – Polícia Militar e Corpo de Bombeiros –, bem como do Grupo Segurança Pública – Sistema Prisional.

Sobre a vinculação e a equiparação, leciona Carmen Lúcia Antunes Rocha:

A equiparação é uma igualização horizontal de vencimentos ou de remuneração, determinada mediante comparação que conduz à conclusão sobre a analogia possível, juridicamente, de cargos funções ou empregos ou das atribuições que lhes são inerentes. Os cargos, funções ou empregos são desiguais, mas pela via comparativa chega-se ao resultado jurídico de que os vencimentos que lhes são inerentes devem ser igualados [...]

A conseqüência da equiparação é a definição de vencimentos iguais, em razão daquele fator de identificação tido como próprio pelo constituinte (e apenas por ele) para cargos não iguais, mas formalmente igualados no sistema fundamental.

A vinculação é o elo legalmente estipulado entre vencimentos correspondentes a cargos, funções ou empregos diversos, mas para os quais se estabelece uma corrente jurídica inquebrantável quanto ao seu regime remuneratório e, especialmente ao valor das espécies remuneratórias correspondentes. [...] *A vinculação estabelece uma verticalidade do regime remuneratório, determinada em geral pela hierarquia dos cargos estatais. Havendo, então, alteração (que será sempre um acréscimo, pois a redução é proibida no regime remuneratório do servidor público) de uma remuneração a que se acha outra vinculada, essa também passará por igual mudança em idêntico índice, mantendo-se, evidentemente, a mesma diferença que a caracterize (Princípios Constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, sem grifos no original).*

Dessa feita, a equiparação e a vinculação são conceitos distintos: a primeira destina-se à igualação horizontal de carreiras determinadas mediante um fator de identificação estabelecido pelo legislador, tendo como conseqüência a aplicação do mesmo regime remuneratório. A segunda institui um elo vertical entre os vencimentos dos diferentes cargos hierarquicamente diversos, estabelecendo uma corrente que funciona nos seguintes termos: se a categoria hierarquicamente superior obter um acréscimo, as demais inferiores o terão sob o mesmo índice.

Inversamente ao ponto de vista adotado pelo acionante, vinculação de vencimentos somente ocorre na hipótese em que se estabelecem mecanismos pelos quais a concessão de reajustes ou vantagens a determinado cargo ou categoria funcional opere reflexos automáticos sobre cargos ou categorias funcionais diversas; aí, sim, haveria a vinculação constitucionalmente repelida. No entanto, esse não é o caso dos autos.

O mecanismo implantado pela Lei Complementar n. 254/03 não remete a reajustes automáticos de vencimentos verticais, nem mesmo exige qualquer fator para a promoção de identidade entre cargos, aplicando regimes remuneratórios idênticos aos das categorias dos diversos Grupos de Segurança Pública do Estado.

O que o diploma normativo garantiu foi uma reestruturação dos vencimentos relativos aos diversos cargos, estabelecendo padrões nas referências e níveis, sem garantir nenhuma vinculação ou equiparação de aumentos a serem introduzidos futuramente, inexistindo a mencionada afronta ao art. 23, V, da Carta Estadual, assim como ao art. 37, XIII, da Constituição da República.

Nesse sentido, cite-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

[...] Norma de vinculação é aquela em decorrência da qual, salvo disposição em contrário, *a lei futura que disponha sobre vencimentos de cargo-parâmetro, ou sobre parcela deles, se aplicará automaticamente aos do cargo vinculado*; não é o que se tem quando - ao reajustar na mesma proporção dos vencimentos dos cargos em comissão, a vantagem devida pelo exercício anterior deles - não pretende ter eficácia temporal mais extensa que a da lei em que se inseriu (ADIn n. 1.264-9/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU n. 124, de 30-6-95, p. 20.408) (MS n. 9.226, da Capital, sem grifos no original).

A vinculação entre os vencimentos dos auditores e procuradores e os dos conselheiros do Tribunal de Contas do Paraná (art. 251 da Constituição Estadual) incide da vedação do art. 37, X, da Constituição da República. Mesmo em relação aos primeiros (os auditores), só se permite, no modelo federal (art. 73, § 4º da CF), o estabelecimento da equiparação, quanto a garantias e impedimentos (ADI n. 115, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 1º-7-93).

O Tribunal julgou procedente pedido [...] *para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei n. 11.894/2003 do Estado do Rio Grande do Sul, que vincula o reajuste dos subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado ao reajuste concedido aos servidores públicos estaduais*. Entendeu-se que o dispositivo impugnado viola o art. 37, XIII, da CF, que veda a equiparação ou vinculação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, bem como o art.

49, VIII, da CF, de observância obrigatória pelos Estados-membros, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado (ADIn n. 3.491, rel. Min. Carlos Britto, Informativo 442, sem grifos no original).

Por conseguinte, o dispositivo em comento deixou de infringir a regra constitucional debatida, inexistindo qualquer vinculação ou equiparação de vencimentos no comando normativo.

Argumentou o Sindicato acionante que a gratificação complementar paritária criada pela Lei n. 137/95 significava a isonomia concedida entre os Delegados de Polícia e os Procuradores da Assembléia Legislativa, sendo, portanto, inconstitucional.

Mencionou, outrossim, que a verba estabeleceu a isonomia entre os Delegados de Polícia e os Oficiais da Polícia Militar, majorando veladamente em 92,06% os vencimentos, a título de gratificação por atividade policial, com o advento da MP n. 109, de 21-1-2003, convertida na Lei n. 12.568/03.

Salientou que os arts. 12, I, e 15 da Lei Complementar n. 254/03 seriam inconstitucionais por terem incorporado a gratificação complementar paritária aos vencimentos dos Delegados de Polícia ativos e inativos, operando acréscimo a esse segmento, em detrimento aos demais como escrivães, comissários, escreventes e investigadores, violando o art. 23, I, da Constituição Estadual, que estabelece a revisão geral anual obrigatória.

Nessa esteira, observe-se o conteúdo dos dispositivos compeli-dos:

Art. 11. Para os integrantes do Sistema de Segurança Pública, da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, ficam instituídos:

I – o Adicional de Atividade Policial, no valor de 93,81% (noventa e três vírgula oitenta e um por cento) do vencimento, soldo ou quotas de soldo, para o Grupo Segurança Pública – Polícia Militar e Subgrupos Técnico-Científico e Técnico-Profissional, do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil;

[...]

Art. 12. Os adicionais instituídos pelo art. 11 desta Lei Complementar terão seu pagamento implementado da seguinte forma:

I – *integralizado parcialmente* no valor de 55,03% (cinquenta e cinco virgula zero três por cento), para os integrantes do Subgrupo: Autoridade Policial Militar e Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar, por transformação da Gratificação por Atividade Especial, criada pelo art. 1º da Lei nº 12.568, de 17 de fevereiro de 2003, na indenização instituída no art. 10 desta Lei Complementar;

[...]

§ 1º. As vantagens pecuniárias, instituídas pelo art. 11 desta Lei Complementar, ficarão extintas e seus valores compensados e absorvidos pelo vencimento ou soldo dos integrantes do Sistema de Segurança Pública, da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, no mês subsequente a sua completa integralização para todos os subgrupos.

[...]

Art. 15. Os valores atualmente percebidos a qualquer título pelos delegados de polícia, ativos e inativos, no código de vantagens 1122 da folha de pagamento, intitulado Gratificação Complementar Paritária-PR, ficam incorporados e absorvidos no vencimento correspondente, alterado nos termos desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Ficam convalidados os pagamentos já efetuados aos Delegados de Polícia, ativos e inativos, dos valores mencionados no *caput* deste artigo, nos anos de 2003 e anteriores (grifou-se).

Analisando os dispositivos elencados, vê-se que a LC n. 254/03 instituiu o adicional de atividade policial para os integrantes do Sistema de Segurança Pública do Grupo Segurança Pública – Polícia Militar e Segurança Pública e Subgrupos Técnico-Científicos e Técnico Profissional do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil em 93,81% do vencimento.

A esse respeito, foram excetuados, no entanto, os integrantes do Subgrupo Autoridade Policial e Oficiais do Corpo de Bombeiros Militar de forma a integralizar somente 55,03% (cinquenta e cinco virgula zero três por cento), em virtude da transformação da Gratificação por Atividade

Especial, criada pelo art. 1º da Lei n. 12.568, de 17 de fevereiro de 2003, na indenização instituída no art. 10.

Em que pese a argumentação do requerente, o diploma em referência não garantiu a isonomia entre os Delegados de Polícia e os Oficiais da Polícia Militar, já que a igualdade do valor nominal dos vencimentos não corresponde à vedação constitucional.

Nesse sentido, cite-se o precedente emanado na seção Civil. *In verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – PARIDADE REMUNERATÓRIA ENTRE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR E DELEGADOS DA POLÍCIA CIVIL – HISTÓRICO LEGISLATIVO ESTADUAL QUE DENOTA UMA ESTRUTURA EQUIVALENTE EM TERMOS DE RENDIMENTOS EM RELAÇÃO ÀS CARREIRAS POLICIAIS – ATO GOVERNAMENTAL TIDO COMO COATOR QUE TROUXE A RUPTURA DA ISONOMIA DE VENCIMENTOS – ALEGAÇÃO DE IDENTIDADE DE FUNÇÕES EXERCIDAS PELAS AUTORIDADES DAS DUAS CATEGORIAS QUE RENDERIA ENSEJO À REMUNERAÇÃO IDÊNTICA COM BASE NA LEI N. 9.847/95 E LEI COMPLEMENTAR N. 137/95, AMBAS ESTADUAIS – INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE ISONOMIA POR NÃO EXERCEREM OS OFICIAIS MILITARES ATRIBUIÇÕES ASSEMELHADAS ÀS DA CARREIRA DE DELEGADOS DE POLÍCIA, E DIANTE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL COMO OCORRE ENTRE ESTES E OS PROCURADORES DO ESTADO (REDAÇÃO DO ART. 241 DA CF/88, ANTERIOR À EC N. 19/98, E ART. 196 DA CARTA ESTADUAL) – DENEGAÇÃO DA ORDEM (MS N. 2002.003646-3, DA CAPITAL, REL. DES. ALCIDES AGUIAR, J. EM 31-5-2006).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Destarte, forçoso concluir que no caso em exame, além da ausência de previsão constitucional garantindo a isonomia, inexistente a similitude de atribuições entre as carreiras de oficial da Polícia Militar e delegado de polícia, hábil a exigir tratamento isonômico no aspecto vencimental.

Quanto ao “histórico legislativo” estadual apresentado pela impetrante, que entende demonstrar a estipulação da isonomia almejada, merece realçar a ponderação da autoridade dita coatora: “Deveras, *o que se*

extrai dos atos normativos referidos, é que em alguns momentos houve a fixação da remuneração dos Delegados de Polícia e Oficiais da PM em valores idênticos” (fl. 121), o que não quer necessariamente significar o reconhecimento da igualdade entre os cargos aludidos.

Bem a propósito, extrai-se da Apelação Cível n. 2002.002740-5, de Timbó, da relatoria do Desembargador Newton Trisotto, *verbis*: “A equivalência remuneratória se dá pela identidade de funções e não pelo nível remuneratório” (sem grifos no original).

Ora, não se estabelece isonomia entre cargos por meio de um simples implemento de uma gratificação. Esta somente ocorre mediante norma constitucional que atenda à regra de identidade de atribuições ou semelhança de cargos (art. 39, § 1º, da CRFB).

Seguindo o raciocínio, ambas as gratificações não representam a defendida isonomia capaz de impingir a norma estadual de vício material.

Tampouco a LC n. 254/03 possui as características daquela à que fazem menção o inciso X do art. 37 da CRFB, e o inciso I do art. 23 da Carta Magna Estadual, ou seja, de “*revisão geral anual*” da remuneração dos servidores públicos.

As ilações não têm como prosperar, considerando-se que, na realidade, a norma versa sobre o reajuste da remuneração de segmento do funcionalismo estadual, especificamente dos “*integrantes do Sistema de Segurança Pública, da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão*” (art. 11).

Saliente-se que a Administração deve ser pautada pelo princípio da legalidade, ressaltando a Carta Magna, em seu art. 37, X, que a remuneração deve ser alterada por lei específica.

A revisão geral não se confunde com o reajuste, visto que cada qual possui características singulares à espécie, as quais são bem demonstradas por Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A revisão distingue-se do reajuste porque, enquanto aquela implica examinar de novo o *quantum* da remuneração para adaptá-lo ao valor da moeda, esse importa em alterar o valor para ajustá-lo às condições

ou ao custo de vida que se entende dever guardar correspondência com o ganho do agente público.

Revê-se a remuneração para fazer releitura financeira do seu valor intrínseco, enquanto se ajusta para modificar o vencimento, subsídio ou outra espécie remuneratória ao valor extrínseco correspondente ao padrão devido pelo exercício do cargo, função ou emprego. Pela revisão se corrige o valor monetário que corresponde ao valor remuneratório adotado, enquanto pelo reajuste se modifica o valor considerado devido pela modificação do próprio padrão quantificado.

Como a revisão não importa em aumento mas em manutenção do valor monetário correspondente ao *quantum* devido, fixou-se a sua característica de generalidade, quer dizer, atingindo todo o universo de servidores públicos (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 323).

No caso em tela, a hipótese não é vislumbrada, uma vez que a mencionada norma instituiu o adicional de atividade policial, sendo integralizada no percentual de 55,03% (cinquenta e cinco virgula zero três por cento), em virtude da transformação da Gratificação por Atividade Especial, criada pelo art. 1º da Lei n. 12.568, de 17 de fevereiro de 2003, na indenização instituída pelo art. 10 (adicional de atividade policial).

Por sua vez, o art. 15 do diploma legal absorveu a Gratificação Complementar Paritária – PR aos vencimentos dos Delegados de Polícia, o que, como visto, acarretou aumento da remuneração, acréscimo esse efetuado por meio de lei específica, não implicando em revisão anual.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, traz-se à colação o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: RESERVA DE LEI. CF, ART. 37, X; ART. 51, IV, ART. 52, XIII. ATO CONJUNTO N. 01, DE 5-11-2004, DAS MESAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. I. – Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. *É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica*. CF, art. 37, X, art. 51, IV, art. 52, XIII. II. – Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto n. 01, de 5-11-2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. III. – Cautelar deferida (ADI n.

3369/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 16-12-04, publicado no DJU em 18-2-05, p. 005, sem grifos no original).

A propósito, em caso análogo, a matéria foi ementada por este Egrégio Órgão Colegiado:

MANDADO DE SEGURANÇA – MILITARES INATIVOS – ADICIONAL DE ATIVIDADE POLICIAL INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 254/03 – AUMENTO CONCEDIDO AOS OFICIAIS EM DETRIMENTO DOS DEMAIS INTEGRANTES DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO – DIFERENCIAÇÃO NÃO VERIFICADA.

A Lei Complementar n. 254/03 promoveu uma reorganização na estrutura administrativa e na remuneração dos profissionais do sistema de segurança pública do Estado, tendo, em seus artigos 11 e 12, dentre outras providências, instituído e regulamentado a implementação do adicional de atividade policial.

A mera interpretação literal dos dispositivos legais dá conta que não houve qualquer diferenciação negativa dos oficiais da Corporação com relação aos impetrantes, uma vez que a integralização parcial proclamada como ilegal atendeu aos termos do art. 12, I, da LC n. 254/03, transformando-se a gratificação por atividade especial, criada pelo art. 1º da Lei n. 12.568, de 17-2-03, no adicional de atividade policial (art. 11 da LC n. 254/03).

Não se visualiza, pois, qualquer aumento concedido aos oficiais em detrimento das praças, ao contrário, apenas os valores antes recebidos a título de gratificação de atividade especial ganharam nova nomenclatura por força da LC n. 254/03 (MS n. 2004.025156-4 e ARMS n. 2004.025156-40001.00, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 3-8-2005, sem grifos no original).

Ex positis, afastados os vícios materiais apontados referentes aos arts. 23, I e V, da Carta Estadual, e 37, X e XIII, da Carta Magna, respectivamente a proibição de equiparação e de vinculação remuneratória, bem como a revisão geral anual, julga-se improcedente o pedido nos termos do art. 12 da Lei n. 12.069/01

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide o Tribunal Pleno, por unanimidade, julgar improcedente o pedido, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.069/01.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, Nelson Schaefer Martins, José Volpato, Monteiro Rocha, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Salete Silva Sommariva, Nicanor da Silveira, Edson Ubaldo, Cid Goulart, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Jorge Mussi, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino e Mazoni Ferreira.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 20 de dezembro de 2006.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE, COM VOTO

Volnei Carlin
RELATOR

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.018675-5, de Palhoça

Relator: Des. Luiz César Medeiros

INCONSTITUCIONALIDADE – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – CE, ARTS. 4º E 16.

Lei municipal, editada nos últimos dias do mandato do Chefe do Poder Executivo, que, em desobediência à Lei Eleitoral e à Lei de Responsabilidade Fiscal, concede vantagens a um determinado grupo de servidores afronta o disposto no art. 37 da Constituição Federal e, por simetria, o estabelecido nos arts. 4º e 16 da Carta Estadual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.018675-5, da comarca de Palhoça, em que é requerente o Prefeito Municipal de Palhoça e requerida a Câmara Municipal de Vereadores:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.984, todas de 21 de dezembro de 2004, do município de Palhoça. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Prefeito Municipal de Palhoça, com fulcro no art. 85, VII, da Carta Estadual, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.984, todas de 21 de dezembro de 2004, do município de Palhoça.

As leis em análise regulamentam os arts. 67, IV, e 85 da Lei n. 991, de 31 de março de 2000 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais).

Alega o autor da *actio* que os textos normativos *in quaestio* ferem o princípio constitucional da legalidade, perflhado pelo art. 4º da Constituição Estadual e explicitado no art. 16 do mesmo Diploma, bem como o princípio implícito da razoabilidade.

A Câmara Municipal de Palhoça prestou informações. Alegou que os projetos de lei que originaram as leis impugnadas são provenientes do Poder Executivo. Em virtude disso, requereu fosse reconhecida a sua ilegitimidade passiva. Alternativamente, pugnou pela improcedência da ação, em virtude da constitucionalidade das leis (fls. 136 a 138).

O Procurador-Geral do município de Palhoça apresentou manifestação acerca do pedido cautelar. Pugnou pela concessão da medida e, no mérito, pela procedência da ação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Gilberto Callado de Oliveira, pugnou pelo indeferimento da medida cautelar requerida.

VOTO

1. O processo está em condições de julgamento final. Todas as partes já se manifestaram e a Câmara de Vereadores defendeu a higidez constitucional de todas as leis impugnadas.

2. Segundo consta do petição inicial, em 21 de dezembro de 2004, no término da legislatura e do mandato do Prefeito Municipal Paulo Roberto Vidal, foram aprovadas as Leis n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.984, todas regulamentando o art. 67, inc. IV, e art. 85 da Lei n. 991, de 31 de março de 2000 – Estatuto dos Servidores Públicos Municipais.

Essas Leis tinham o escopo de regulamentar as gratificações dos Fiscais de Tributos (Lei n. 1.977), Fiscais de Obras (Lei n. 1.979), Fiscais da Vigilância Sanitária (Lei n. 1.981), Fiscais do Meio Ambiente (Lei n. 1.982), Arquitetos, Engenheiros, Sanitaristas, Técnico em Edificações e Técnico em Agrimensura (Lei n. 1.984).

Ditos éditos passaram a vigorar a partir de 1º-1-2005, porém, sob a alegativa de serem inconstitucionais, o Poder Executivo que sucedeu à Administração anterior não lhes deu cumprimento a partir de fevereiro de 2005. Os valores das citadas gratificações foram pagos em conformidade com as questionadas Leis somente no mês de janeiro de 2005.

Em substituição, o novo Prefeito, com a finalidade de regulamentar o pagamento das gratificações de produtividade, editou o Decreto Executivo n. 017/2005, em atendimento ao que determina o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais – Lei n. 991/2000, em seu art. 67, inc. VI, parágrafo único.

O citado dispositivo estabelece o seguinte comando:

Art. 67. As gratificações são concedidas na forma de:

I – função gratificada;

II – serviço extraordinário;

III – aulas ministradas em cursos oficiais de formação, especialização e atualização de servidores;

IV – de produtividade sobre serviços de fiscalização;

V – de produtividade sobre atividades desenvolvidas;

VI – de produtividade sobre atividades de análise e topografia.

§ 1º – A gratificação do inciso IV é devida, exclusivamente, aos servidores efetivos da administração direta ocupantes das categorias profissionais de fiscalização de tributos, obras, meio ambiente e vigilância sanitária, *mediante regulamentação interna própria do Executivo Municipal*, que levará em conta entre outros requisitos a serem regulados, a codificação de cada categoria de receita e a produção individual de cada servidor fiscal, o que será feito em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação desta lei.

§ 2º – A vantagem a que se refere o inciso V do *caput* poderá ser concedida somente a servidor efetivo, preferencialmente em decorrência do cumprimento de metas estabelecidas, limitadas a até 50% (cinquenta por cento) do valor do vencimento básico do cargo do qual é titular, *conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Chefe do Poder Executivo*.

§ 3º – A gratificação de que trata o inciso VI, que não se agrega ao vencimento sob quaisquer hipótese, *será regulamentada mediante decreto próprio do Executivo Municipal*, que levará em conta, dentre outros requisitos, a codificação de cada categoria de receita e a produção individual de cada servidor ocupantes dos cargos de Arquitetos, Engenheiros, Sanitaristas, Técnica em Agrimensura e Técnico em Edificações, o que será feito em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação desta Lei (sem grifo no original).

Verifica-se com clareza que a regulamentação, segundo disposição expressa da lei, era atribuição endereçada ao Poder Executivo. Logo, não poderia o Prefeito delegar essa prerrogativa ao Poder Legislativo, principalmente no apagar das luzes de sua administração, ferindo de morte o princípio da legalidade ao afrontar a Lei Eleitoral (Lei n. 9.504/97, art. 73, incs. V e VII) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000).

A toda evidência, as leis atacadas estão eivadas de inconstitucionalidade por terem flagrantemente entrado em choque com o disposto nos arts. 4º e 16 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Ao apreciar em agravo de instrumento a legalidade do Decreto Executivo n. 017/2005, que substituiu o regulamento inscrito nas leis que padecem de inconstitucionalidade, com o concurso dos eminentes pares componentes da colenda Segunda Câmara de Direito Público, decidi:

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*.

1. A medida liminar em sede de mandado de segurança está restrita ao exame de dois pressupostos indispensáveis – relevância do fundamento e probabilidade de ineficácia da medida caso deferida a final.

Inexistindo prova nos autos da situação jurídica que poderia ensejar a análise do aventado direito líquido e certo brandido pelos impetrantes, fica prejudicado o primeiro requisito e, portanto, inviabilizada a concessão da segurança provisória.

2. A Lei Municipal n. 991/2000, na qual os agravantes fundamentam seus pedidos, fixou a competência do Poder Executivo Municipal

para regulamentar a gratificação de produtividade sobre serviços de fiscalização, disciplinada em seu art. 67, inc. IV.

Não se verifica, portanto, qualquer ilegalidade no fato de o Município de Palhoça alterar, mediante o Decreto n. 017/2005, a forma de se calcular a referida verba.

“Não importa ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos a revogação ou redução do limite máximo do valor da gratificação de produtividade outorgada aos fiscais de tributos municipais, pois se trata de vantagem pecuniária de caráter transitório, que não se incorpora ao vencimento do servidor público [...]” (ACMS n. 2003.001331-8, rel. Des. Jaime Ramos).

3. A flagrante ausência de direito líquido e certo impõe ao órgão julgador não simplesmente a denegação da medida liminar, mas a extinção do mandado de segurança por falta de pressuposto legal (Lei n. 1.533/51, art. 8º) (AI n. 2005.014797-0).

É no corpo do acórdão inscrevi:

1. O cerne da questão consiste em avaliar se os pressupostos para a concessão da medida liminar requerida estão ou não presentes.

É cediço que são dois os requisitos necessários à concessão de liminar em mandado de segurança, a teor do disposto no art. 7º, inc. II, da Lei n. 1.533/51: a relevância do fundamento do pedido (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de resultar do ato impugnado a ineficácia da medida, caso seja deferida (*periculum in mora*).

No entanto, no presente caso, não se verifica o *fumus boni iuris*, conforme demonstrar-se-á.

Os agravantes são funcionários públicos do Município de Palhoça, ocupantes do cargo de Fiscal de Tributos Municipais.

Sustentam, no Mandado de Segurança por eles impetrados contra os ora agravados, que o Decreto n. 017, de 23 de fevereiro de 2005: a) limitou seus vencimentos; b) infringiu o princípio da hierarquia das leis (art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil); c) infringiu os princípios constitucionais referentes ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos.

Requerem, também, seja paga a “Vantagem Fazendária”, ou seja, a “Produtividade Fiscalização”, como consta nos demonstrativos de pagamento de vencimentos, conforme o previsto no art. 6º da Lei Municipal n. 1.977, de 21 de dezembro de 2004.

A Lei Municipal n. 991, de 31 de março de 2000, que dispõe sobre o novo estatuto e plano de carreira dos servidores públicos do Município de Palhoça, assim determina:

“Art. 67 - As gratificações são concedidas na forma de:

“[...]

“IV - de produtividade sobre serviços de fiscalização.

“Parágrafo único. A gratificação do inciso IV é devida, exclusivamente, aos servidores efetivos da administração direta ocupantes das categorias profissionais de fiscalização de tributos, obras, meio ambiente e vigilância sanitária, mediante regulamentação interna própria do Executivo Municipal, que levará em conta entre outros requisitos a serem regulados, a codificação de cada categoria de receita e a produção individual de cada servidor fiscal, o que será feito em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação desta lei”.

“A Lei Municipal n. 1.977/94, que regulamenta o art. 67, inciso IV e art. 85 da Lei n. 991 de 31 de março de 2000, assim dispõe:

“[...]

“Art. 6º – criado o ‘Coeficiente de Produtividade’ (CP) a título de Vantagem Fazendária, no valor de 65% (sessenta e cinco por cento) da remuneração de Secretário Municipal, que servirá como referencial para a aplicação da Tabela II, com valor financeiro a ser pago juntamente com o vencimento individual de cada Servidor Fiscal atuando na Fiscalização de Tributos.

“[...]

“Art. 7º – o percentual variável da Vantagem Fazendária sobre serviços de Fiscalização de Tributos será auferido de acordo com a produção individual de cada Servidor Fiscal, conforme pontuação realizada no período estabelecido no art. 8º, § 1º.

“Art. 8º [...]”

“§ 1º – Para fins do *caput* deste artigo, entende-se por período, o 11º (décimo primeiro) dia do mês anterior até o 10º (décimo) dia do mês corrente.

“[...]

“Art. 9º – A apuração da produção mensal de cada Servidor Fiscal de Tributos constará em relatório próprio, elaborado de acordo com as

tabelas I e II previsto no art. 12, firmado pelo Gerente de Fiscalização de Tributos e/ou Diretor de Tributos.

“[...]

“Art. 12 - Para o exercício dos trabalhos dos Fiscais de Tributos deste Município ficam instituídas as seguintes Tabelas:

“I – Relatório sintético de produção (tabela I):

“Será utilizado para fins de mensuração da produção individual de cada servidor fiscal, que ficará responsável pelo seu correto preenchimento de acordo com o período estabelecido no § 1º do art. 8º, devendo ser entregue no prazo estabelecido no art. 10.

“II – Auferição de porcentagem de pontuação (tabela II):

“Será utilizada para fins da Vantagem Fazendária, previsto no art. 6º e a indenização de Transporte (combustível e seguro veículo) mensal, mencionado no art. 8º”.

Já o atacado Decreto n. 017, de 23 de fevereiro de 2005, que regulamenta pagamento de Gratificação de Produtividade, assim determina:

“Art. 1º. A produtividade dos servidores efetivos titulares de cargos de Fiscal de Tributos Municipais, Fiscal de Obras Municipais, Fiscal de Vigilância Sanitária Municipal, Fiscal do Meio Ambiente Municipal, será paga, a partir do mês de Fevereiro de 2005, com base na média aritmética dos valores pagos no quadrimestre de outubro de 2004 a janeiro de 2005.

“[...]

“Art. 2º. Fica constituída Comissão, integrada pelo Procurador Geral do Município, pelo Secretário de Administração e Seguridade Social e pelo Secretário do Comitê de Auditoria e Gestão Governamental, para analisar e propor modificações nas sistemáticas de produtividade instituídas pelas Lei n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.983, todas de 21 de dezembro de 2004, que regulamentam os incisos IV e VI do artigo 67 da Lei n. 991, de 31 de março de 2000”.

Resta cristalino que a Lei Municipal n. 991/2000 fixou a competência do Poder Executivo Municipal para regulamentar a gratificação de produtividade sobre serviços de fiscalização, disciplinada em seu art. 67, inc. IV.

Não se verifica, portanto, qualquer ilegalidade no fato de o Município de Palhoça alterar, mediante o Decreto n. 017/2005, a forma de se

calcular a “Gratificação de Produtividade” dos Fiscais de Tributos Municipais.

E quanto à possibilidade de a Administração minorar a base de cálculo relativa à gratificação de produtividade, já decidiu esta Câmara:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – FISCAIS DE TRIBUTOS MUNICIPAIS – GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE – LEI POSTERIOR REDUZINDO O LIMITE MÁXIMO DO VALOR DO BENEFÍCIO – POSSIBILIDADE – VANTAGEM PECUNIÁRIA DE CARÁTER TRANSITÓRIO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – INCONSTITUCIONALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO ANTERIOR RECONHECIDA PELO TRIBUNAL EM AÇÃO DIRETA – RECURSO DESPROVIDO.

“Não importa ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos a revogação ou redução do limite máximo do valor da gratificação de produtividade outorgada aos fiscais de tributos municipais, pois se trata de vantagem pecuniária de caráter transitório, que não se incorpora ao vencimento do servidor público. Por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade da lei e do decreto que davam aparente amparo ao pleito dos apelantes torna inquestionável a improcedência do pedido articulado no *writ*” (ACMS n. 2003.001331-8, Des. Jaime Ramos).

Sobre a natureza da decisão combatida, assevera Hely Lopes Meirelles:

“A medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni juris e periculum in mora*. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa prejudgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à Administração. Preserva, apenas,

o impetrante de lesão irreparável, sustentando provisoriamente os efeitos do ato impugnado.

“[...]”

“A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos como, também, não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade” (Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72 e 73).

Sem a coexistência desses dois requisitos, deve ser denegada a liminar (RTJ 112/140), salvo situações excepcionais. Dele não discrepa a jurisprudência:

“Mandado de segurança. Liminar. Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão estão especificados no art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51, a saber: a) relevância do fundamento da impetração; b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança.

“Não ocorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar” (MS n. 20.431, Min. Alfredo Buzaid; RTJ 112/140).

No caso vertente, na verdade, não é apenas o *fumus boni iuris* que não restou configurado; ao contrário do alegado pelos impetrantes está plenamente demonstrada a total ausência de direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental.

Desse modo, sendo flagrante a ausência de direito líquido e certo, a este Órgão Fracionário incumbe não simplesmente confirmar a decisão que denegou a medida liminar, mas sim extinguir o processo originário por absoluta falta de pressuposto legal (Lei 1.533/51, art. 8º).

Ante o exposto, julgo extinto o mandado de segurança por evidente ausência de direito líquido e certo. Prejudicado o recurso.

Enfrentando a mesma matéria, a Primeira Câmara de Direito Público, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Vanderlei Romer, pontificou:

MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE SOBRE SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO. PRETENDIDA OBSERVÂNCIA, PELOS IMPETRANTES, DO CRITÉRIO DE CÁLCULO DITADO PELA LEI N. 1.977/04, DO MUNICÍPIO

DE PALHOÇA. IMPOSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO SANCIONADA EM PERÍODO ELEITORAL, DESTITUÍDA, EM CONSEQUÊNCIA, DE EFICÁCIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 73, INCISOS IV E VIII, DA LEI N. 9.504/97. PREVALÊNCIA DO DISPOSTO NO DECRETO N. 017/05. OFENSA AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS NÃO CARACTERIZADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM QUE SE IMPUNHA. SENTENÇA *A QUO* MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. RECURSO IMPROVIDO (ACMS N. 2006.012315-5, de Palhoça).

Em reforço ao que antes se argumentou, os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, previstos no art. 37 da Constituição Federal e, por simetria, nos arts. 4º e 16 da Carta Estadual, foram afrontados, na medida em que o Prefeito Municipal escancaradamente pretendeu beneficiar um determinado grupo de servidores municipais, descurando-se das normas que vedavam a prática do ato impugnado – Lei Eleitoral e Lei de Responsabilidade Fiscal.

3. Ante o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.984, todas de 21 de dezembro de 2004, do município de Palhoça.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, julgaram procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1.977, 1.979, 1.981, 1.982 e 1.984, todas de 21 de dezembro de 2004, do município de Palhoça.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Salete

Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Nicanor da Silveira, Edson Ubaldo e Cid Goulart.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2006.

Pedro Manoel Abreu
PRESIDENTE, COM VOTO

Luiz César Medeiros
RELATOR

SEÇÃO CIVIL

MANDADOS DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 1996.005203-8, da Capital

Relator: Des. Orli Rodrigues

MANDADO DE SEGURANÇA – TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES DO ESTADO – FIXAÇÃO DE VALOR – DECRETO N. 866/96 – ATO DO GOVERNADOR – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – AMEAÇA DE LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

“*Ex vi* do art. 39, XV, da Constituição Estadual, é da Assembléia Legislativa a competência exclusiva para a fixação, por lei, do valor do subsídio dos cargos de Governador, Vice-Governador e Secretário de Estado.

Por força do disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 41/03, o valor da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Estadual, incluídas as verbas de caráter pessoal ou de qualquer outra natureza, não poderá exceder ao do subsídio mensal do Governador” (rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 1996.005203-8, da comarca da Capital, em que é impetrante José Luiz Porto e impetrados o Governador do Estado de Santa Catarina, o Secretário de Estado da Fazenda e o Secretário de Estado da Administração:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar e conceder a segurança. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

José Luiz Porto impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado e dos Secretários de Estado da Fazenda e da Administração de Santa Catarina, insurgindo-se contra o disposto no Decreto n. 866/96 que ao instituir novo teto remuneratório aos Secretários de Estado, reduziu o limite estabelecido pela Assembléia Legislativa no Decreto Legislativo n. 16.887/96.

O impetrante, funcionário público estadual inativo da Secretária de Estado da Fazenda, alega que no curso de sua carreira adquiriu direito à agregação dos direitos e das vantagens decorrentes da ocupação dos cargos comissionados da estrutura PE-DASU, que, conforme o art. 3º da Lei Complementar n. 100/93, têm, em último nível, como teto a remuneração de Secretário de Estado.

Aduz que o Decreto n. 866/96, editado pelo Governador do Estado, que pretendia limitar a remuneração dos Secretários de Estado em R\$ 4.411,80, antes estabelecida em R\$ 6.000,00 pelo Decreto Legislativo n. 16.887/96, acarretou a diminuição de seus vencimentos.

Argúi a inconstitucionalidade do Decreto n. 866/96, ante a incompetência do Governador do Estado para a fixação da remuneração dos Secretários de Estado, que deveria ser exercida exclusivamente pela Assembléia Legislativa.

Ressalta, ainda, o cabimento do mandado de segurança para questionar a legalidade de decreto que tenha efeitos concretos.

Por fim, clama pelo respeito ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Devidamente notificadas, as autoridades impetradas prestaram as informações, alegando, preliminarmente, o não-cabimento de mandado de segurança contra lei em tese. Invocaram a aplicação da Súmula 266/STF. No mérito, sustentaram a constitucionalidade da participação do Executivo na fixação do teto remuneratório, que decorreria de delegação

do Poder Legislativo, e, caso o Decreto n. 866/96 seja considerado inconstitucional, argüiram a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 16.887/96, em virtude de sua incompletude, e a ausência de redução dos vencimentos do impetrante.

A liminar almejada foi deferida às fls. 58 a 60.

O ilustre membro do *Parquet ad quem* opinou pela concessão da ordem mandamental (fls. 76 a 78).

Ao manifestar-se acerca de pedido de revogação da liminar concedida, aforado pelo Estado de Santa Catarina, o ilustre Desembargador Jorge Mussi, informado da suspensão da vigência do Decreto n. 866/96 e do Decreto Legislativo n. 16.887/96 até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.469-2/600, suspendeu os efeitos da liminar (fls. 80 e 81).

Após nova manifestação do Ministério Público neste Grau de Jurisdição, o feito mandamental foi sobrestado até o julgamento definitivo da ADIN n. 1.469-2/600 (fls. 102 a 112).

Posteriormente, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Francisco José Fabiano, posicionou-se pela denegação da segurança, argüindo, em suma, que,

se a vantagem pecuniária decorrente da estabilidade financeira integrante dos proventos de aposentadoria do servidor impetrante corresponde, na forma da revogada legislação que a instituiu, à diferença entre os vencimentos decorrentes do exercício do cargo comissionado agregado e os relativos ao cargo efetivo ocupado, sem qualquer vinculação com a remuneração do Secretário de Estado, resulta intuitivo que da eventual elevação desta de R\$ 4.411,80 (Decreto Estadual n. 866/96), para R\$ 6.000,00 (Decreto Legislativo n. 16.887/96), nenhum acréscimo àquela vantagem redundaria para ensejar, como indevidamente alegado, a futura redução, por via reflexa, dos correspondentes proventos de aposentadoria (fls. 120 a 125).

VOTO

Afasta-se, preliminarmente, a incidência da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de decreto com efeitos concretos, e, por conseguinte, cabível a sua discussão no presente mandado de segurança.

Nos dizeres do saudoso Hely Lopes Meirelles: “Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos” (*Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39-40).

Tem dito, nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TETO LIMITE. VANTAGENS PESSOAIS. REDUÇÃO. DECRETO ESTADUAL N. 16.720/95. EFEITOS CONCRETOS. SÚMULA 266/STF. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. PERDA DO OBJETO. LEI ESTADUAL N. 2.543/99. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 7/STJ E 280/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

2. O Decreto Estadual n. 16.720/95, que fixou o teto remuneratório dos servidores do Estado do Amazonas, pode ser impugnado na via do *mandamus*, porquanto produz efeitos concretos nas esferas jurídica e patrimonial dos servidores. Precedentes (REsp. n. 453080/AM, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. em 17-8-06).

Desse norte, não destoam esta Casa de Justiça:

Mandado de Segurança. Ataque a lei em tese.

É insubsistente a alegação de ataque à lei em tese se do ato legislativo emanam efeitos concretos que ensejam ameaça a direito individual subjetivo líquido e certo (AI n. 2004.018500-6, da Capital, rela. Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz, j. em 16-8-05).

No mérito, razão assiste ao impetrante.

Ao editar o Decreto n. 866/96, que instituiu nova remuneração aos Secretários de Estado, o Sr. Governador do Estado extrapolou a sua competência.

Conforme o art. 40, X, da Constituição do Estado de Santa Catarina, vigente à época, competia, com exclusividade, à Assembléia Legislativa fixar a remuneração dos Secretários de Estado.

Art. 40 – É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa:

[...]

X – fixar para cada exercício financeiro a remuneração do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado;

Ao deferir a medida liminar na ADin n. 1469-2/600, que discutiu a constitucionalidade do Decreto n. 866/96 e do Decreto Legislativo n. 16.887-96, o ilustre relator Min. Octavio Gallotti asseverou:

EMENTA: Cautelar indeferida quanto ao art. 11 da Lei Complementar catarinense n. 57-92, porquanto não caracteriza equiparação ou vinculação vedadas pelo art. 37, XIII, da Constituição, mas simples estabelecimento, em concreto, do montante dos vencimentos dos Secretários e do Procurador-Geral do Estado. Deferida, porém, a medida liminar, por maioria, no tocante ao Decreto-legislativo n. 16.887-96 e ao Decreto n. 866-96, também do Estado de Santa Catarina, por implicarem delegação de competência exclusiva do Legislativo, ao Chefe do Poder Executivo, para a fixação dos vencimentos dos Secretários de Estado (art. 49, VIII, da Constituição Federal) (STF, ADI-MC n. 1469/SC, rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 12-9-06).

Ressalta-se que a ADin n. 1469-2/600 foi julgada prejudicada em face da promulgação da Lei Estadual n. 12.869/04, a qual estipulou o subsídio como forma de remuneração dos Secretários de Estado, fixando-o em R\$ 6.000,00.

Atualmente, o art. 39, XV, da Constituição Estadual, inciso acrescido pelo art. 1º da Emenda Constitucional Estadual n. 38/04, rege a matéria, que consagra a competência exclusiva da Assembléia Legislativa para legislar no caso em comento.

Art. 39 – Cabe a Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

[...]

XV – fixar, por lei, os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado, observado o que dispõe o art. 28, § 2º, da Constituição Federal.

Dotada dessa faculdade constitucional, a Assembléia Legislativa, em 8-5-1996, ao exercer competência exclusiva, expediu o Decreto Legislativo n. 16.887/96, que estabeleceu em R\$ 6.000,00 a remuneração dos Secretários de Estado.

Em 9-5-1996, um dia após, o Chefe do Executivo Estadual expediu o Decreto n. 866/96, que definiu em R\$ 4.411,80 o valor da remuneração de Secretário de Estado: R\$ 2.941,20 como vencimento e R\$ 1.470,60 a título de representação.

Não obstante, por tratar-se de competência exclusiva da Assembléia Legislativa, que a exerceu por meio do Decreto Legislativo n. 16.887/96, o Decreto n. 866/96 é manifestamente írrito.

Nesse sentido, é firme o entendimento deste Tribunal:

MANDADO DE SEGURANÇA – SUBSÍDIO – FIXAÇÃO DE VALOR – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA – ART. 39, XV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ART. 28, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DECRETO N. 866/96 – ATO DO GOVERNADOR – DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – TETO OU LIMITE – ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS OU DE QUALQUER OUTRA NATUREZA – CONCESSÃO, EM PARTE, DA SEGURANÇA.

Ex vi do art. 39, XV, da Constituição Estadual, é da Assembléia Legislativa a competência exclusiva para a fixação, por lei, do valor do subsídio dos cargos de Governador, Vice-Governador e Secretário de Estado (MS n. 1996.009622-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 11-10-06).

Assevera-se, ainda, que as modificações decorrentes da edição do Decreto n. 866/96 maculam, inadmissivelmente, o princípio da irredutibilidade dos vencimentos, hoje insculpido no art. 37, XV, da Constituição Federal.

Ressalta-se, por fim, que no enquadramento ao novo teto devem ser observados os limites estabelecidos pela Emenda Constitucional n. 41/03. Nesse sentido, do corpo do acórdão citado anteriormente, colacionam-se as seguintes palavras do ilustre Des. Francisco de Oliveira Filho:

No que toca ao estabelecimento de limites, por força do disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 41/03, o valor da remuneração e do subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Estadual, incluídas as verbas de caráter pessoal ou de qualquer outra natureza, não poderá exceder ao subsídio mensal do Governador.

Portanto, a fixação do limite de vencimentos deve considerar os ditames do art. 37, XI, da Constituição Federal, submetendo-se ao valor do teto inclusive aquele pago a título de vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Evidentemente tal diretriz somente será observada aos vencimentos quitados após a promulgação da Emenda Constitucional n. 41/03, ou seja, em se tratando do pagamento de remuneração anterior à EC n. 41/03, do cálculo do teto devem ser excluídas as verbas de caráter pessoal, previstas no art. 3º, § 3º, da LC n. 100/93, com a redação que lhe deu a LC n. 150/96 (MS n. 1996.009622-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 11-10-06).

Ante o exposto, afasta-se a proemial e, no mérito, à vista da violação a direito líquido e certo do impetrante, concede-se a segurança.

DECISÃO

Pelo exposto, a Seção Civil, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e conceder a segurança.

Tomaram parte no julgamento os Exmos Srs. Des. Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Luiz Carlos

Freyesleben, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Hilton Cunha Júnior, Sérgio Izidoro Heil (em Substituição), Joel Figueira Júnior (em Substituição) Alcides Aguiar, Anselmo Cerello e Carlos Prudêncio.

Pela Procuradoria-Geral, lavrou parecer o Exmo Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE, COM VOTO

Orli Rodrigues
RELATOR

Mandado de Segurança n. 2006.014998-4, da Capital

Relator: Des. Orli Rodrigues

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO DO PRAZO DE HABILITAÇÃO DAS PROPOSTAS APÓS MODIFICAÇÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA – ANULAÇÃO DO CONTRATO COM A EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME – DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

É nula a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que ensejou a anulação de contrato entre autarquia estadual e empresa vencedora de licitação, visto que houve explícita violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, diante da ausência de notificação da impetrante a respeito do procedimento que anulou o referido pacto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2006.014998-4, da comarca da Capital, em que é impetrante ARG Ltda. e impetrados o Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e o Diretor de Operações do Departamento Estadual de Infra-Estrutura – Deinfra:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem para suspender a decisão do Tribunal de Contas. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

ARG Ltda. impetrou mandado de segurança com pedido liminar contra a Decisão n. 3.510/200, proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que determinou a anulação da concorrência pública do Edital n. 030/2005 e foi usada como fundamento para a anulação do contrato n. PJ-242/2005, firmado entre o Deinfra e a impetrante para a

execução dos trabalhos rodoviários de revitalização do pavimento das Rodovias SC-100, trecho entroncamento SC-402, trecho entroncamento SC-401, trecho Itacorubi-Canasvieiras, SC-402, trecho entroncamento SC-401 – Praia de Jurerê e SC-403, trecho entroncamento SC-401 – Ingleses, que perfaz um total de 35,1 km, em decorrência de ausência de renovação do prazo de habilitação das propostas após a publicação de errata que modificou alguns requisitos para comprovação de qualificação técnica das licitantes.

Alegou que houve desrespeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois não foi cientificada da existência do processo administrativo que anulou o contrato n. PJ-242/2005.

Aduziu que a Decisão n. 3.510/2005 do TCE/SC seria ilegal e arbitrária, na medida em que o Deinfra não teria a obrigação legal de reabrir os prazos para a formulação de novas propostas, pois o objeto da licitação não foi modificado com as alterações que minoraram a exigência de habilitação para o certame.

Acrescentou que o procedimento licitatório deve ser convalidado, e não anulado, já que não teria havido prejuízo a terceiro, porque houve ampla divulgação da errata que modificou o edital, e nenhuma empresa teria solicitado a prorrogação do prazo de abertura da licitação para a apresentação de documentação habilitatória ou classificatória.

Asseverou que o interesse público seria lesado pela não-convalidação do certame, pois os cofres públicos teriam de indenizá-la pelos custos despendidos para o início da obra.

Por fim, pleiteou a concessão de medida liminar para suspender os efeitos da decisão exarada pelo TCE/SC e determinar ao Deinfra a autorização para início da execução da obra licitada.

Notificado, o Diretor de Operações do Deinfra trouxe informações aos autos, às fls. 194 a 201, que ressaltam que

todos os procedimentos adotados no certame em apreço encontram-se respaldados na Lei 8.666/93, sendo certo que apenas anulou a citada licitação e o contrato PJ-242/2005 em razão de determinação do TCE.

Também notificado, o Presidente do TCE/SC apresentou informações (fls. 203 a 225), que pugnam pela higidez da decisão do Tribunal.

O pedido liminar foi deferido (fls. 232 a 235).

Em seguida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pelo acolhimento parcial dos argumentos da impetrante,

no sentido de cassar a decisão proferida pelo TCE/SC, e por consequência aquela consectária exarada pelo Diretor de Operações do Deinfra, determinando-se que outra seja proferida observando-se o direito da impetrante ao contraditório e ampla defesa.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por ARG Ltda. contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e pelo Diretor de Operações do Departamento Estadual de Infra-Estrutura – Deinfra, esses que anularam o contrato objeto da licitação referente ao Edital n. 030/2005, da qual a impetrante sagrou-se vencedora, em decorrência de ausência de renovação do prazo de habilitação das propostas após a publicação de errata que modificou alguns requisitos para comprovação de qualificação técnica das licitantes.

Como prólogo, é bem de ver que a impetrante foi vitoriosa na Concorrência Pública n. 030/2005, cujo objeto consiste na execução de obras de revitalização de trechos de rodovias do Estado de Santa Catarina, que totaliza a extensão de 35,1km.

No entanto, foi surpreendida com a notícia de que o TCE/SC, por meio da decisão 3510/2005 (fls. 113 a 122), ordenou a anulação da concorrência. Cita-se trecho da referida decisão (fls. 118 e 119 dos autos):

O Deinfra promoveu a alteração da redação do item 6.3.2 do Edital de acordo com a errata assinada em 18-8-2005 (cópia de fl. 70), reduzindo a exigência de comprovação de realização de serviços de CAUQ de 13.000 para 10.000t e passou a admitir que a comprovação de experiência anterior se efetivasse através de um atestado ou certidão para cada um dos serviços, executados individualmente em um contrato.

Na situação concreta, a Errata que modificou as exigências constantes do Edital foi publicada no Diário Oficial do Estado em 24-8-2005 – uma quarta-feira, sendo que a licitação foi aberta no dia 30-8-5005 – a terça-feira seguinte. Admitindo-se que a circulação do Diário Oficial ocorreu no próprio dia 24, eventuais interessados disporiam tão-somente de 4 (quatro) dias úteis, contado o dia de entrega dos envelopes, para preparar todos os documentos e a proposta, sendo que a Lei de Licitações estabelece para a licitação na modalidade de concorrência o prazo mínimo de 30 dias para a entrega dos envelopes referentes à habilitação e formulação de propostas.

[...]

Desta forma, prevalece o entendimento da DCE, conforme o relatório de Reinstrução n. 239/2005 (fls. 122 a 127), que sugere determinar ao Deinfra a anulação do Edital de Concorrência Pública n. 030/2005.

Ou seja, essa decisão baseou-se no fato de que o Deinfra não reabriu o prazo para a entrega dos envelopes de habilitação e classificação na publicação de errata que minorou exigências técnicas para a habilitação das licitantes.

Dito isso, passa-se à análise dos argumentos debatidos pela impetrante.

De plano, acolhe-se a alegação de nulidade da Decisão n. 3.510/2005, visto que houve explícita violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, diante da ausência de notificação da impetrante a respeito do procedimento administrativo ECO-05/04000705, que anulou o contrato de licitação.

A respeito, é cristalina a Lei n. 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, como se infere da leitura do § 3º de seu art. 49:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

[...]

3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Preceitua ainda o parágrafo único do art. 78 da mesma lei:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato [...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

Pelo que se constata dos autos, não foi oportunizado à impetrante o direito de apresentar defesa diante da deflagração do procedimento supracitado, e que somente foi comunicada acerca da anulação do contrato em 10 de janeiro de 2006, por meio do Ofício n. 005/2006 (fl. 126).

A Lei n. 9.784/99 também garante a defesa dos aludidos princípios. Nessa toada, é a ensinança da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litúgio ou o poder sancionatório do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do art. 5º, LV, da Constituição e, também, expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei n. 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos que possam resultar sanções e nas situações de litúgio”.

[...]

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei n. 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente,

por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º, incisos I, III e IV) (*Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 608).

Ora, por terem a empresa e a autarquia estadual já firmado contrato, por via de licitação, para a construção da obra, e por haver o início da execução, por óbvio que qualquer processo ou procedimento que vise à anulação do pacto teria de incluir como parte a impetrante.

Extrai-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL — MANDADO DE SEGURANÇA — ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SEM A NECESSÁRIA MOTIVAÇÃO E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA — INSUBSISTÊNCIA DO ATO COMBATIDO — SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM PERSEGUIDA — DESPROVIMENTO DA REMESSA E DO RECURSO VOLUNTÁRIO OFERTADO.

O desfazimento do processo licitatório pode ocorrer por anulação ou revogação. Nos dois casos, a autoridade administrativa deverá motivar sua decisão, assegurando-se o contraditório, a ampla defesa aos interessados (art. 49 e § 3º)” (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*) (ACMS n. 1998.014660-7, de Palmitos, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 24-2-00).

Ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – ROMPIMENTO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Nos contratos administrativos, à Administração é conferida a possibilidade de rescindir a avença pela via administrativa ou judicial, observados, entretanto, a motivação do ato e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório (ACMS n. 2004.001028-1, de Campos Novos, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 25-8-05).

Por só essa razão, merece ser cassada a decisão que determinou ao Deinfra a anulação do certame, sem que houvesse prévia oportunidade de defesa à empresa postulante.

Desta feita, concede-se parcialmente a segurança para suspender os efeitos da decisão do TC/SC, para confirmar a liminar deferida e determinar que nova decisão seja prolatada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, após possibilitar à impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa.

DECISÃO

Pelo exposto, a Seção Civil, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, conceder parcialmente a ordem para suspender a decisão do Tribunal de Contas.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Hilton Cunha Júnior, Sérgio Izidoro Heil (em substituição), Joel Figueira Júnior (em substituição), Alcides Aguiar, Anselmo Cerello e Carlos Prudêncio.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borreli.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE, COM VOTO

Orli Rodrigues
RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA E AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2004.003248-0 e Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2004.003248-0/0001.00, da Capital

Relator: Des. Rui Fortes

MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSUAL CIVIL – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – AUTORIDADE QUE, NA ESPÉCIE, NÃO TEM PODER DE DECISÃO NO CERTAME – PRELIMINAR ACOLHIDA.

A pessoa física, considerada como autoridade coatora, deve estar investida no poder de decisão e competência para assumir as responsabilidades pelos atos emanados durante o procedimento licitatório, e deve ser considerada parte ilegítima no *mandamus* se não ficar comprovado o liame com esses requisitos.

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA CONCORRENTE – ATO CONSIDERADO ABUSIVO E ILEGAL – ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS – DILAÇÃO PROBATÓRIA – PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA – AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

Ausente prova do direito líquido e certo, pois a dilação probatória é incompatível com a via estreita do *writ of mandamus*, mormente porque o suposto direito violado deve sempre estar comprovado pela documentação apresentada na peça vestibular, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2004.003248-0 e Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.

2004.003248-0/0001-00, da comarca da Capital, em que é impetrante/agravante Carlessi Engenharia Comércio e Construção Civil Ltda., e impetrados/agravados o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Presidente da Comissão Especial de Licitação:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão Especial de Licitação e, no mérito, denegar a ordem. Fica prejudicado o agravo regimental. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Carlessi Engenharia Comércio e Construção Civil Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato considerado abusivo e ilegal praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação, destacando ter participado, com outras 10 (dez) empresas do ramo de construção civil, da concorrência pública (Edital n. 163/03) destinada à reforma do prédio do Fórum da comarca de Araranguá. Disse que, após a etapa de habilitação, foram abertas as propostas, momento em que apresentou o melhor preço, e, todavia, foi desclassificada do certame, ao argumento de não ter apresentado documento (planilha orçamentária e quantitativa) exigido pelo edital, cuja função era facilitar o julgamento das propostas. Aduziu que a desclassificação foi ilegal e arbitrária, de sorte ter inserido em sua proposta todos os dados e informações exigidos pela planilha de orçamento. Informou ter ingressado com recurso administrativo contra a decisão que ensejou sua desclassificação, mas foi desprovido pelas autoridades impetradas. Acrescentou que a diferença entre sua proposta e aquela tida como vencedora aproximase da quantia de R\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais), valor esse significativo aos cofres públicos. Por fim, após sustentar que o resultado do certame está prestes a ser homologado, e que nenhuma das empresas participantes cumpriu as regras do edital, pugnou pela concessão da liminar para que seja declarada vencedora da licitação, ou, alternativamente, que seja suspenso o certame até o julgamento final do *mandamus*.

Deferida a liminar tão-somente para sustar a marcha do certame licitatório (fls. 163 e 164), vieram as informações das autoridades impetradas (fls. 176 a 197), sob a argüição, preliminarmente, de ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão de Licitação, o qual apenas emitiu parecer sobre o recurso administrativo e porque não detém poderes para corrigir o ato impugnado. No mérito, disseram que a empresa impetrante, com fulcro nos incisos I e IX do subitem 9.3.4 do edital, foi desclassificada do certame porque não apresentou planilha referente ao projeto estrutural, na qual deveria informar a quantidade, a qualidade, a marca, o tipo e o modelo do material a ser utilizado na reforma do prédio, o que impossibilitou a análise de sua proposta. Argumentaram que as omissões nas propostas das demais concorrentes não foram levadas a cabo porquanto é possível obter os dados essenciais por meio de outros documentos apresentados pelas empresas. Acrescentaram que as omissões alegadas pela impetrante estão dentro da margem percentual prevista no edital (2%), e que o encargo social (INSS) incidente sobre a mão-de-obra deverá constar obrigatoriamente na nota fiscal de faturamento, sob pena de ocorrer sua devolução (cláusula 9ª, § 5º, do instrumento convocatório). Dentre outras considerações, protestaram pela reconsideração da decisão concessiva da liminar e, ao final, pelo acolhimento da preliminar e pela denegação da ordem.

Revogada a liminar (fls. 203 a 205), a empresa impetrante interpôs agravo regimental (fls. 148 a 179). Reeditou os fundamentos da inicial do *mandamus* e salientou o fato de que sofre sérios prejuízos com a revogação da medida de urgência.

Na seqüência, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental e pela denegação da ordem (fls. 291 a 297).

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Carlessi Engenharia Comércio e Construção Civil Ltda. contra suposto ato ilegal praticado

pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação, que decidiram desclassificar a empresa impetrante do certame licitatório (Edital n. 163/2003), que tinha por objetivo contratar empresa para executar a obra de reforma do prédio do Fórum da comarca de Araranguá.

1 – Preliminar

Ilegitimidade passiva:

Os impetrados argüíram, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente da Comissão Especial de Licitação, sob a alegação de que apenas emitiu parecer sobre o recurso administrativo da empresa impetrante, e que não detém poderes para corrigir o ato impugnado.

A prejudicial merece acolhimento.

Na espécie, verifica-se que o Presidente da Comissão Especial de Licitação apenas emitiu parecer favorável à improcedência do recurso administrativo manejado pela impetrante, pois ficou comprovado nos autos que referida manifestação foi submetida à apreciação do Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fl. 103), pelo que não pode, assim, assumir a responsabilidade pelo ato ora impugnado.

Segundo leciona Hely Lopes Meirelles, por autoridade coatora, entende-se “a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal” (*Mandado de Segurança, Ação Popular, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 22).

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Para figurar no pólo da ação de segurança, autoridade coatora é aquela que ordena, que determina ou pratica o ato, ou, ainda, a que defende a prevalência deste (ato coator), assumindo, embora *a posteriori*, a posição de coator (STJ, 1ª Seção, MS n. 4.085/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 9-12-97, p. 64.584).

Destarte, acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Presidente da Comissão Especial de Licitação, para prosseguir-se o *mandamus* apenas em relação ao Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

2 – Mérito

A segurança há de ser denegada.

Isso porque, ainda que a impetrante não tivesse a obrigação de seguir à risca o modelo de planilha sugerido pela comissão de licitação, deveria, ao menos, ter juntado aos autos o documento que contém os dados necessários e exigidos pelo instrumento convocatório.

Verifica-se que o documento considerado pela comissão como inexistente, o qual a licitante, embora travestida de outra forma, afirma ter juntado com sua proposta, nem sequer foi trazido aos autos. Digase: nem mesmo juntou sua proposta para comprovar que a diferença de valores entre aquela considerada vencedora aproximava-se da cifra de R\$ 220.000,00.

Ora, direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser norma amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é direito líquido e certo, para fins de segurança (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34-35).

Assim, verifica-se latente a ausência de prova acerca do direito líquido e certo invocado pela impetrante, pois, como é sabido, a via estreita do *writ of mandamus* é incompatível com a dilação probatória, e deve o suposto direito violado estar comprovado com a documentação que deveria ter sido apresentada com a peça vestibular, o que, no caso *sub judice*, não ocorreu, uma vez que a planilha referente ao projeto estrutural que informa a quantidade, a qualidade, a marca, o tipo e o modelo do material a ser utilizado na reforma do prédio do Fórum da comarca de Araranguá só foi juntada no processo por ocasião da interposição do agravo regimental (fls. 181 a 213).

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Mandado de Segurança – Admissibilidade de sua impetração mediante telex – *Writ* que não admite dilação probatória – Necessidade de prova documental pré-constituída” (STF – RTJ 139/350).

Sem divergir, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Mandado de Segurança. ‘Não há como discutir-se matéria probatória na via de mandado de segurança, porque resulta evidenciada a inexistência de liquidez e certeza do direito’. Recurso ordinário improvido” (STJ – ROMS n. 527/BA, rel. Min. Nilson Naves). Na mesma senda: STJ – MS n. 1314-0/DF, rel. Min. César Asfor Rocha; STJ – REsp. n. 65.486/SP, rel. Min. Adhemar Maciel; STJ – MS n. 3.406-5/DF, rel. Garcia; STJ – MS n. 695-DF, rel. Demócrito Reinaldo.

Líquido e certo, portanto, é o direito que resulta inequivocamente de um fato que independa de prova ou cuja prova já esteja pré-constituída. Vale dizer: para reconhecer o direito alegado, a atividade jurisdicional consiste, tão-somente, em pronunciar a consequência jurídica de um fato incontroverso (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6. ed., Ed. Renovar, p. 190 e 191).

Ipso facto, indemonstrado o direito almejado por depender de dilação probatória, a matéria torna-se controvertida, pelo que escapa do âmbito do remédio heróico.

Nem as supostas omissões ditas existentes nas propostas apresentadas pelas demais concorrentes, até mesmo naquela ofertada pela empresa vencedora do certame, têm o condão de comprovar o aventado direito líquido e certo da impetrante. Daí por que os argumentos sustentados pela impetrante, na análise do recurso administrativo, foram rejeitados com acerto pela comissão de licitação.

Frisa-se que o memorial descritivo do projeto estrutural exigia a indicação do material e o procedimento a ser utilizado na reforma do prédio, a fim de possibilitar, assim, à Administração executar e fazer cumprir a proposta. A propósito, algumas omissões (ou seja, aquelas que não comprometeram o julgamento das propostas) estavam dentro da margem percentual aceita e prevista no edital do certame (2% – subitem 9.3.4, inciso VIII). *Data venia*, a afirmação de que algumas propostas apontaram percentual de omissão na ordem de 7,76% e outra de 9,35% não merece ser levada em consideração, porque inexistente prova nos autos de como a empresa impetrante chegou a tais índices.

Ainda, a ausência de indicação do valor do encargo social (INSS) incidente sobre a mão-de-obra não era requisito obrigatório à entrega da proposta, pois, no faturamento de cada etapa, o valor deveria, necessariamente, constar na nota fiscal, sob pena de ocorrer sua devolução, consoante dispõe o parágrafo 5º da cláusula 9ª do instrumento convocatório. Ademais, o edital não exigiu da licitante, no momento da apresentação da proposta, o apontamento do valor pertinente aos encargos sociais incidentes sobre a mão-de-obra.

Dessa forma, verifica-se que a empresa impetrante não logrou êxito em demonstrar o direito líquido e certo eventualmente violado pela autoridade impetrada. A uma, porque nem sequer teve o cuidado de juntar aos autos a planilha estrutural, com a descrição pormenorizada da qualidade, da quantidade, da marca etc. do material a ser utilizado na obra, bem como o valor de sua proposta. E, a duas, porque não se verificaram omissões nas propostas apresentadas pelas demais empresas concorrentes capazes de justificar as suas desclassificações.

Ante o exposto, denega-se a ordem, e fica prejudicado o agravo regimental.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Seção Civil, por votação unânime, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e julgar extinto o *mandamus* em relação ao Presidente da Comissão Especial de Licitação e, no mérito, denegar a ordem. Fica prejudicado o agravo regimental.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Edson Ubaldó, Cid Goulart, Jaime Ramos (em substituição), Sérgio Izidoro Heil (em substituição), Ronaldo Moritz Martins da Silva (em substituição), Jânio Machado (em substituição), Paulo Roberto Camargo Costa (em substituição), Joel Figueira Júnior (em substituição), Alcides Aguiar, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Sérgio Roberto Baasch Luz e Luiz Carlos Freyesleben. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 25 de outubro de 2006.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE, COM VOTO

Rui Fortes
RELATOR

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo em Agravo de Instrumento n. 2006.041338-4/0001.00 (art. 557, § 1º, do CPC), de Laguna

Relator: Des. Subst. Victor Ferreira

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO – AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA – ART. 525, I, DO CPC – CÓPIA DO ATO DE NOMEAÇÃO DO PROCURADOR DO MUNICÍPIO AGRAVADO – DESNECESSIDADE – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DAR SEGUIMENTO AO AGRAVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2006.041338-4/0001-00, da comarca de Laguna, em que são agravantes Alan Limas Motta e outros, e agravado o município de Laguna:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Sr. Des. Jaime Vicari, que lhe negava provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Alan Limas Motta e outros interpuseram agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, contra decisão proferida pela MMa. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Laguna que, na ação de obrigação de fazer que movem contra o município de Laguna, acolheu pedido de reconsideração por este formulado e, em consequência, revogou a antecipação de tutela concedida.

O recurso teve seu seguimento negado às fls. 114 a 117 por entender o conspícuo Relator que lhe faltava pressuposto de admissibilidade, consistente na juntada de cópia da procuração ou do ato de nomeação do procurador do agravado, ou então comprovação da sua ausência de tais peças nos autos originários.

Irresignados, os agravantes interpuseram às fls. 119 a 136 o presente Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento, alegando, em síntese, a desnecessidade de quaisquer dos documentos exigidos porque o agravado está representado por procurador público.

Pleiteiam, destarte, o provimento do recurso para que o agravo de instrumento tenha regular prosseguimento.

Em Juízo de retratação a decisão agravada foi mantida.

VOTO

O recurso merece prosperar.

O art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, ao tratar dos poderes conferidos ao relator do recurso, dispõe que "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

Já o art. 525 do Código de Processo Civil e seus incisos determinam que a petição do agravo de instrumento deve ser instruída com peças obrigatórias e facultativas para o perfeito deslinde da questão recursal. Além disso, deverá a parte recorrente comprovar, no ato da interposição, o pagamento do preparo e atender ao prazo legal para deflagrar o reclamo.

Entre as peças obrigatórias está a cópia da procuração outorgada ao advogado da parte agravada (inc. I).

Nesse caso, é incontroverso que o recurso não está instruído com referido documento, tampouco com cópia do ato em que se nomeou como representante do Município agravado o seu procurador.

A decisão ora combatida defende a imprescindibilidade da juntada de cópia deste último documento.

Não obstante a questão não seja pacífica neste Tribunal – este Relator até mesmo já tomou outrora posição diversa da ora defendida –, tem predominado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual estando o ente público representado por seu procurador – e não por advogado constituído –, é desnecessário que o recurso seja instruído com procuração por ele outorgada ou outro documento equivalente.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – ALÍNEA C – AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 525 DO CPC) – AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS – DESNECESSIDADE – JUNTADA DE INSTRUMENTO DE MANDATO CONFERIDO AO PROCURADOR DO ESTADO – DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA.

A colenda Corte Especial deste Sodalício externou o posicionamento segundo o qual “a autenticação das peças que instruem o agravo de instrumento não constitui condição de sua admissibilidade, mormente em não havendo impugnação específica quanto à fidelidade da cópia” (EREsp. n. 450.974-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 15-9-2003).

Iterativos precedentes deste Sodalício.

Dessa forma, não se é de exigir, por ocasião da formação do agravo de instrumento, a juntada de procuração outorgada aos representantes de qualquer Estado da Federação ou do Distrito Federal, cujos poderes decorrem do ato de nomeação ao cargo, independentemente

de outorga de mandato nos autos (cf. AgRg no Ag n. 555.880/SP, rela. Mina. Eliana Calmon, DJ 7-6-2004).

Recurso especial provido para reconhecer a desnecessidade de juntada de instrumento de mandato do procurador do Estado e de autenticação das peças que formam o agravo de instrumento (REsp. n. 764236/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 15-8-06).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO JUDICIAL. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO PROCURADOR MUNICIPAL.

[...]

II – O município é representado em juízo pelo prefeito ou procurador municipal, dispensada a exigência do instrumento de procuração (art. 12, II, do CPC).

[...]

IV – Recurso especial improvido (REsp. n. 493287/TO, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 8-3-05).

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – FALTA DE CÓPIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA A PROCURADOR DO ESTADO – INEXIGIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que os Procuradores dos Estados estão desobrigados de provar sua capacidade postulatória, pois trata-se de delegação de poderes decorrentes de sua nomeação. Assim, não se há de exigir, como obrigatória, cópia da procuração no agravo de instrumento.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 555.880/SP, 2ª T., rela. Mina. Eliana Calmon, j. 1º-4-04).

PROCESSO CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO ESTADO. DESNECESSIDADE DE PROCURAÇÃO. Os poderes de representação do Procurador do Estado resultam do ato de sua nomeação, não se lhe aplicando o disposto no art. 37 do Código de Processo Civil, primeira parte. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 174211/MG, 2ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 3-9-98).

Colhe-se, ainda, da jurisprudência deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO NO PRIMEIRO GRAU. *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. JUNTADA DA ATA DE NOMEAÇÃO. DISPENSA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. CTN, ART. 174. CAUSAS SUSPENSIVA E INTERRUPTIVA. LEI N. 6.830/80, ART. 2º, § 3º, E ART. 8º, § 2º. INAPLICABILIDADE.

[...]

2. Os procuradores municipais integrantes do Quadro de Servidores estão dispensados de exhibir procuração, bem como o ato de designação, lotação ou número de matrícula, bastando indicar o número de inscrição na OAB [...] (Ap. Cív. n. 2003.014461-7, de Criciúma, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 9-3-04).

Ressalte-se que na minuta recursal consta expressamente que o Município agravado está representado por "procurador", esclarecendo ainda que nos autos originários não consta procuração por ele outorgada.

Válido salientar, ademais, que tal questão poderá ser melhor apreciada pelo órgão colegiado competente ao qual o recurso for redistribuído após a análise do pedido de concessão de efeito suspensivo, porquanto em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, que constituem matéria de ordem pública, não se opera a preclusão. Podem, assim, ser revistos – e sua falta reconhecida – a qualquer momento.

Em decorrência, voto pelo conhecimento e provimento do presente reclamo.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial, por maioria de votos, resolveu conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jaime Luiz Vicari. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Procurador Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2006.

Wilson Augusto do Nascimento
PRESIDENTE, COM VOTO

Victor Ferreira
RELATOR

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2006.030148-1/0001.00, de Blumenau

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO REGIMENTAL – PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO – PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA.

Não cabe pedido de reconsideração contra decisão proferida por órgão colegiado, por não haver esta previsão legal no ordenamento jurídico em vigor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2006.030148-1/0001-00, da comarca de Blumenau, em que é agravante Polipetro Distribuidora de Combustíveis Ltda., e agravado Auto Posto Nemo Ltda. e outros:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Polipetro Distribuidora de Combustíveis Ltda. protocolou pedido de reconsideração contra decisão da Câmara Civil Especial, que negou conhecimento ao agravo regimental interposto em agravo de instrumento, por não caber recurso contra decisão que nega efeito suspensivo.

Irresignada, a agravante ingressou com pedido de reconsideração, repetindo os mesmos argumentos lançados nas razões recursais.

Clama pela reconsideração da decisão agravada e pelo provimento total do reclamo.

VOTO

Trata-se de pedido de reconsideração com o desiderato de ver alterada a decisão colegiada que negou seguimento ao recurso.

Sem razão a recorrente.

Luiz Oriane Neto conceitua:

“Pedido de reconsideração é um expediente muito utilizado pelos advogados no cotidiano forense, visando a retratação da decisão interlocutória desfavorável proferida por juiz monocrático” (*Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160).

Nesses termos, verifica-se que, no caso *sub judice*, não se vislumbram seus requisitos. Isto porque a decisão ora impugnada por meio do pedido de reconsideração não é interlocutória e, outrossim, não foi exarada monocraticamente.

É ressabido que não se pode amparar o pedido de reconsideração, a ser julgado monocraticamente, de uma decisão emanada de um órgão colegiado. Ademais, mister se faz ressaltar, dentre os princípios fundamentais dos recursos cíveis, o princípio da taxatividade, sobre o qual se extraem os ensinamentos de Dorival Renato Pavan:

Esse princípio traduz a idéia de que só pode existir o ajuizamento, processo e julgamento, dos recursos expressamente instituídos por lei. O recurso não fica ao alvedrio ou ao talante da parte vencida ou do terceiro interessado ou, ainda, do Ministério Público, que são os legitimados a recorrer, na forma do art. 499 do Código de Processo Civil. [...] Por esse princípio, ainda, sobrevém a idéia de que além de que o recurso deve ser um daqueles previstos no ordenamento jurídico em vigor, deve também se constituir no recurso adequado para impugnar o ato decisório hostilizado (*Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004. p. 32).

Desse modo, sobeja inequívoco que não cabe pedido de reconsideração da decisão prolatada por órgão colegiado, por ausência de previsão legal.

Acerca da questão, o Pretório Excelso afirmou:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. No caso, a decisão recorrida não é despacho que tenha rejeitado embargos de declaração, mas, sim, decisão da Primeira Turma desta Corte que os rejeitou. Ora, em se tratando de acórdão de Turma do Tribunal não é cabível pedido de reconsideração,

que não é suscetível sequer de conversão em novos embargos de declaração, uma vez que a interposição desse pedido de reconsideração traduz erro crasso. Pedido de reconsideração não conhecido (Supremo Tribunal Federal - STF, AI-AgR-ED n. 331409/SP, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 25-3-2003, DJU 2-5-2003, p. 36).

Extrai-se dos arestos do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIDO COMO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO DE QUALQUER OUTRO RECURSO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO COLEGIADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OU EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL. ERRO GROSSEIRO. DESATENDIMENTO AO CPC E AO RISTJ. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. I – O presente pedido de reconsideração foi recebido como agravo interno, por incabível qualquer outro recurso, porquanto não estariam satisfeitos os requisitos essenciais à propositura dos embargos de declaração (artigo 535 do Código de Processo Civil) ou dos embargos de divergência (artigo 546 da norma processual civil). II – A hipótese dos autos não se enquadra nas disposições dos artigos 263 e 266 do RISTJ. Tratando-se de decisão colegiada unânime, o recurso cabível é o de embargos de declaração (art. 263), ou de embargos de divergência (art. 266), nos termos dos preceitos legais indicados. III – A interposição de pedido de reconsideração – agravo interno – contra decisão de órgão colegiado, visando a reforma do julgado constitui erro grosseiro a inviabilizar a admissibilidade do recurso, a teor do art. 34, XVIII, do RISTJ, tendo em vista a total inadequação do recurso escolhido. IV – Agravo interno não conhecido (Superior Tribunal de Justiça STJ; AgRg-AgRg-Ag n. 741838; SP; Quinta Turma; rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 9-5-2006; DJU 5-6-2006; p. 312).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO-CONHECIMENTO. Não é cabível pedido de reconsideração contra acórdão que julgou agravo regimental no agravo de instrumento. Agravo regimental desprovido (AgRg-AgRg-AG n. 556586/RS, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 1º-3-2005, DJU 28-3-2005, p. 303).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM COMBATE A ACÓRDÃO. DESCABIMENTO. 1. Descabe o manejo de Pedido de Reconsideração ou agravo regimental contra decisão de órgão colegiado que julgou o Recurso Especial. 2. Agravo não conhecido

(AgRg-AgRg-AG n. 545024/AL, Segunda Turma; rel. Min. José de Castro Meira, j. 20-5-2004, DJU 16-8-2004, p. 200).

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE REEXAME DE ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. APLICAÇÃO. INCABIMENTO. 1. O “pedido de reexame” de acórdão que não conheceu de embargos declaratórios anteriormente opostos não tem amparo legal, caracterizando erro grosseiro da parte, a inviabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedente do STF. 2. Agravo regimental improvido (AgRg na RCDESP nos Edcl no REsp. n. 262.863/SP, Sexta Turma, rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 16-10-2003, DJ 15-12-2003, p. 410).

Em outras oportunidades gizaram os Tribunais Pátrios:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL NÃO SUSPENDE NEM INTERROMPE PRAZO RECURSAL. SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO INOMINADO NÃO PROVIDO. 1– Se a parte não concorda com o contido na decisão judicial, deve aviar, a tempo (no prazo) e modo próprios, o recurso correto perante o juízo competente para apreciá-lo, pois “pedido de reconsideração” (modalidade não prevista em Lei) não suspende nem interrompe prazo recursal, conseqüencializando a preclusão desse direito processual. 2 – Equivale a “pedido de reconsideração” a renovação do pedido fundado em argumento diverso do anterior, ficando a Corte revisora adstrita ao princípio da não supressão de instância. 3– Agravo inominado não provido. 4 – Peças liberadas pelo Relator em 24/03/2004 para publicação do acórdão (TRF 1ª R., AGIAG n. 200301000214721/MG, Sétima Turma, rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 24-3-2004, DJU 16-4-2004, p. 239).

AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE ACÓRDÃO. DESCABIMENTO. – Não merece ser conhecida a irresignação manifestada pelo recorrente. Não tem cabimento, segundo o Regimento Interno desta Corte, Agravo Regimental contra decisão proferida por Órgão Fracionário. **AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO** (Ag Reg. n. 70004598108, Décima Terceira Câmara Cível, rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. 17-12-2002).

Esta Câmara não destoa:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO SEQUENCIAL DO ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –

PROCEDIMENTO SEM PREVISÃO LEGAL – PLEITO NÃO CONHECIDO.

O legislador não previu a possibilidade de retratação do acórdão proferido pelo Órgão Colegiado no agravo de instrumento, competindo a esta Instância, após esta decisão, tão-somente o exame destes embargos de declaração, quando for o caso (Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2005.036769-9/0001.00, rel. Des. Jaime Vicari).

Pelo exposto, não se conhece do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, esta Câmara Civil Especial, por unanimidade de votos, resolve não conhecer do recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Victor Ferreira.

Florianópolis, 5 de outubro de 2006.

Wilson Augusto do Nascimento
PRESIDENTE, COM VOTO

Marli Mosimann Vargas,
Relatora.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2006.026797-6, de Mafra

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI NÃO COMPROVADA (CPC, ART. 333, I). REDISCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS (CPC, ART. 485). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA RESCINDENDA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA.

O ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos por ele alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar pela tutela jurisdicional, a teor do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

A ação rescisória não é o meio apropriado à análise do acerto ou desacerto da interpretação dada pelo juiz aos fatos, tampouco se presta ao reexame da prova produzida ou ao seu complemento.

Impõe-se a manutenção da sentença rescindenda quando não comprovada nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Para a configuração da lide temerária do artigo 17 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles insere-se no dano processual e requer a comprovação do prejuízo efetivo causado à parte contrária com a conduta injurídica do litigante de má-fé; o segundo consubstancia-se no dolo ou na culpa grave da parte maliciosa, cuja prova deve ser produzida nos autos, e não pode ser aquilatada com base na presunção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2006.026797-6, da comarca de Mafra (2ª Vara Cível/Criminal), em que é autora Priotto & Cia. Ltda. e réu José Amaro Valim:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar improcedente o pedido rescisório. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Priotto & Cia. Ltda. contra José Amaro Valim, visando à rescisão de acórdão proferido, por votação unânime, pela Terceira Câmara de Direito Civil.

Consta dos autos da ação indenizatória que José Amaro Valim, motorista autônomo, estacionara o veículo automotor que dirigia no pátio do Supermercado Priotto & Cia. Ltda. e descarregava parte da carga transportada, o que o obrigava a circular entre seu caminhão e um Furgão F-4000, estacionado à sua frente. Em determinado momento, Acir José Bonfim de Oliveira, preposto da empresa Priotto, ao movimentar o Furgão, para sair do pátio da requerida, por engano acionou a marcha a ré, e veio a comprimir José Amaro entre os dois veículos, causando-lhe graves lesões corporais que o inabilitaram, por algum tempo, para suas ocupações habituais. Daí o pedido de indenização por danos morais e materiais sofridos.

Finda a instrução processual, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedentes os pedidos (fls. 254 a 265), não achando presentes os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da responsabilidade de Priotto & Cia. Ltda., na medida em que seu preposto causou o acidente por sua conta e risco, porquanto estava em horário de almoço e afastado, pois, do exercício de suas atividades de motorista.

José Amaro Valim apelou ressaltando a responsabilidade do Supermercado pelos danos causados por seu empregado, sobretudo porque o evento danoso ocorreu em suas dependências, mais precisamente na área de carga e descarga. Assim, entendendo o vencido que Priotto & Cia. Ltda.

houve-se com negligência quanto à vigilância e fiscalização das atividades de seus empregados, requereu o provimento do recurso e a procedência dos pedidos.

Houve contra-razões.

A Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, em acórdão da lavra do Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, proveu o apelo do autor para julgar procedente, em parte, o pedido, sob o entendimento de que “o empregador é responsável pelo ato de seu funcionário que, ao efetuar a marcha a ré sem as devidas cautelas, atropela a vítima, causando-lhe graves lesões” (fl. 292). Conseqüentemente, condenou a empresa Priotto & Cia. Ltda. ao pagamento de: a) indenização por danos morais no importe de 100 salários mínimos, vigentes à época da sentença, corrigidos até a data do efetivo pagamento; b) pensão mensal vitalícia, no valor de 5 salários mínimos vigentes à época do sinistro, sendo as prestações vencidas de uma só vez; c) despesas com o tratamento, a serem apuradas em liquidação de sentença, bem como as futuras, devidamente comprovadas, com incidência de juros legais e correção monetária a partir do efetivo desembolso; e d) custas processuais e honorários advocatícios. Ademais, condenou-a a constituir capital (CPC, art. 602).

Transitada em julgado a decisão, Priotto & Cia. Ltda. deflagrou a presente ação rescisória, com arrimo no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, pois, a seu ver, o acórdão violou literal disposição de lei. Para tanto, relatou que, apesar de o causador do dano ser seu preposto, no momento do acidente não se subordinava à empresa, por estar em horário de almoço. Ademais, a ocupação de Acir José no Supermercado era a de açougueiro, não de manobrista de veículos automotores.

Acrescentou que Acir José manobrou o Furgão da empresa a pedido de terceira pessoa, estranha aos quadros da empresa Priotto & Cia. Ltda. Daí entender inaplicável à hipótese o artigo 1.521, III, do Código Civil de 1916, porque,

da interpretação que se dê ao artigo mencionado, verificar-se-á que para fixar a responsabilidade do patrão a lei não se contenta tão simplesmente com a condição de o agente ser empregado, eis que exige, além da qualificação, o fato de estar no exercício do trabalho que lhe competir, ou por ocasião dele (fl. 22).

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela com vistas à suspensão dos efeitos do acórdão rescindendo e das execuções em andamento até o julgamento final da rescisória, e terminou pedindo a citação do réu e a rescisão do acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil, com a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Relegou-se a apreciação do pedido de antecipação de tutela para depois da citação do réu.

Citado, o réu contestou, ressaltando a higidez do acórdão ao consignar que a culpa de Priotto & Cia. Ltda. decorre da falta de vigilância das atividades desenvolvidas por seu funcionário nas dependências do supermercado. Por isso requereu a improcedência do pedido.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela (fls. 527 a 531), determinou-se a intimação das partes para especificação das provas pretendidas.

Autora (fl. 540) e réu (fl. 538) informaram não desejar a produção de provas.

José Amaro Valim peticionou (fls. 545 e 546) requerendo a condenação da autora às penas de litigância de má-fé.

VOTO

Antecipa-se o julgamento da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, por se tratar de questão exclusivamente de direito.

A pretensão da autora baseia-se no artigo 485, V, do Código de Processo Civil, sob a visão de que o acórdão violou literal disposição de lei, mais especificamente o artigo 1.521, III, do Código Civil de 1916. É que, a despeito de o causador do dano ser seu empregado, estava ele no horário de almoço no momento da ocorrência do infortúnio, ainda que estivesse dentro de suas dependências físicas. Ademais, alega que a função de manobrista era atividade adstrita a outras pessoas que não de seu funcionário Acir José, mormente porque esse trabalha como açougueiro do Supermercado. De outra parte, alegou que Acir José manobrou o Furgão a pedido de terceira pessoa, estranha aos quadros da empresa, não havendo atribuir culpa pelo evento danoso a ela, autora.

Nessa quadra do exame do tema conduzido por esta ação rescisória, cumpre recordar o sentido da expressão “violação literal de disposição de lei”, inserto no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, a autorizar a ação rescisória. Esclarece Pontes de Miranda que

o que se exige para a ação rescisória por ofensa à regra jurídica é que o juiz a tenha aplicado, e o não devia, ou não a tenha aplicado, se o devia. É rescindível a sentença em que o juiz aplicou regra jurídica, que não cabia ser aplicada, mesmo se nenhuma das partes a invocara: é na aplicação ou na ausência de aplicação que se revela o pressuposto do art. 485, V (“violar literal disposição de lei”) (*Tratado da Ação Rescisória*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 263-290).

É também o que tem ensinado Theotonio Negrão:

“Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos” (RSTJ 93/416) (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 505).

Suportada em tais ensinanças, esta Corte tem firmado posição no mesmo sentido, *in verbis*:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO LEGAL, FALSA PROVA E ERRO DE FATO. PRESUPOSTOS INEXISTENTES. “A ação rescisória, na fase rescindente, não é juízo de reexame ou retratação, à semelhança do que ocorre com os recursos ordinários. É um juízo de verificação da ofensa clara e inequívoca a literal disposição de lei, que constitui o fundamento da conclusão da decisão” (RTJ 110/505), porquanto “das sentenças que não fazem injúria às leis, mas somente ao direito dos litigantes, poder-se-á dizer que são iníquas, não que ofendem direito constituído” (JC 32/372). Para prosperar a ação rescisória fundada em falsa prova, deve ficar cabalmente demonstrado que sem a sua ocorrência não subsistiria a decisão rescindenda. O erro de fato pressupõe sempre que resulte ele de atos ou documentos da causa e que sobre os mesmos não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial (AR n. 551, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf, j. 15-10-1990).

Está visto, pois, que, para a decisão contrariar literal disposição de lei, é necessário que a interprete o julgador de modo tão errôneo que sua aplicação venha a ofender o seu sentido literal. Todavia, não foi o que ocorreu no caso, pois o acórdão rescindendo não violou o disposto no artigo 1.521, III, do Código Civil. Não obstante o esforço hercúleo dos procuradores da autora para convencer o julgador da existência da aludida ofensa, fácil é verificar que o artigo supostamente violado há de ser amplamente interpretado, e não restritivamente. Logo, o fato de Acir José haver cessado sua atividade de açougueiro do Supermercado para desfrutar do período destinado ao seu almoço, mas haver-se disposto a abdicar de fração de momento de ócio para manobrar o Furgão, ainda que para atender pedido de terceiro, não é motivo bastante para livrar o empregador da responsabilidade indenizatória, porquanto não se tenha caracterizado a propalada ofensa à dicção do artigo 1.521, III, do Código Civil de 1916. É que, na hipótese, o que deve ser levado em conta é o fato de que Acir José somente teve acesso ao Furgão porque, na condição de empregado da empresa, encontrava-se, naquele momento, na área de carga e descarga do Supermercado. Por isso mesmo o acórdão destaca, com toda a propriedade, a obrigação de vigilância a cargo do empregador, a quem cabe o dever de fiscalizar tudo o que se passa em suas dependências, mormente a atuação de seus serviços.

Nessa quadra faz-se oportuno recordar pertinente excerto do acórdão increpado. Diz ele:

Anote-se, ainda, de que o fato de o condutor do veículo, causador do dano, estar em horário de almoço não afasta a responsabilidade da apelada, porque o acidente aconteceu no pátio de sua empresa.

A apelada (Priotto & Cia. Ltda.) tem o dever de vigiar os fatos ocorridos em seu estabelecimento, sendo, deste modo, responsável pelo infortúnio (fl. 299).

Em prestadia achega doutrinária, corroboradora de tal entendimento, ensina-nos o eminente Carlos Roberto Gonçalves que,

segundo Washington de Barros Monteiro e outros autores de nomeada, como Pontes de Miranda (Do direito das obrigações, *in* Manuel Lacerda, 1927, v. 16, 3ª parte, t. 1, p. 328, n. 231) e Wilson Melo da Silva (Da responsabilidade, cit. p. 294), a expressão “no exercício do trabalho ou por ocasião dele”, constante do art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 deve ser entendida de modo amplo e não restritivo. Para a caracterização dessa responsabilidade, pouco importa que o ato lesivo não esteja dentro das funções do preposto. Basta que essas funções facilitem sua prática (Curso, cit., v. 5, p. 422). “Assim, a responsabilidade do patrão, pelos atos do preposto, só pode ser elidida quando o fato danoso por este praticado não guardar relação alguma com sua condição de empregado” (TJSP, Ap. n. 107.191-4/5-00-SP, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ruy Camilo, j. 24-10-2000) (*Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 150).

Colhem-se, ainda, do contexto da obra supracitada estes valiosos precedentes:

“Pouco importa saber se o acidente ocorreu, ou não, em horário de trabalho do motorista, se não negada a sua condição de empregado e não demonstrado que o acesso à máquina não decorreu de outro fato senão o vínculo que mantinha com a demandada” (TJMG, Ap. n. 50.467, *in* Responsabilidade civil, de Humberto Theodoro Júnior, LEUD, p. 224, n. 90).

“Não exclui a responsabilidade civil do proponente a circunstância de o preposto ter causado o acidente de veículo fora do serviço e contra ordens e regulamentos internos” (TAMG, Ap. 19.187, Uberaba, rel. Humberto Theodoro).

“Para gerar obrigação de indenizar para o proponente, não é preciso que o ato ilícito do preposto seja praticado em serviço. Basta que o acesso do motorista ao veículo tenha decorrido da relação existente entre ele e o patrão” (TAMG, Ap. 18.876, Belo Horizonte, rel. Humberto Theodoro) (obra citada, p. 154).

É esse o pensamento reinante no Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil. Furto praticado em decorrência de informações obtidas pelo preposto por ocasião do seu trabalho. Responsabilidade solidária do empregador. – O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos (Art. 1.521 do CCB/1916 e Súmula 341/STF).

– Responde o proponente, se o preposto, ao executar serviços de detetização, penetra residência aproveitando-se para conhecer os locais de acesso e fuga, para – no dia seguinte – furtar vários bens.

– A expressão “por ocasião dele” (Art. 1.521, III, do Código Beviláqua) pode alcançar situações em que a prática do ilícito pelo empregado ocorre fora do local de serviço ou da jornada de trabalho.

– Se o ilícito foi facilitado pelo acesso do preposto à residência, em função de serviços executados, há relação causal entre a função exercida e os danos. Deve o empregador, portanto, responder pelos atos do empregado (REsp. n. 623.040/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16-11-2006).

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE COM CAMINHÃO-CAÇAMBA. MORTE DE MOTORISTA QUE PRESENCIAVA INSPEÇÃO MECÂNICA REALIZADA INFORMALMENTE. RESPONSABILIDADE DA OFICINA. CULPA CONCORRENTE. CC, ARTS. 159 E 1.521, III.

I. Se o sinistro que vitimou fatalmente o motorista do caminhão ocorreu durante inspeção, ainda que informal, realizada em frente às instalações da oficina mecânica, por consultor técnico que em horário de almoço se disponibilizara a verificar a origem do dano no acionamento do basculante, configura-se a responsabilidade da empresa reparadora, pelo treinamento técnico inadequado de seu preposto e na imprudência e negligência deste em proceder a tal exame em local inadequado, e sem observar as condições de segurança necessárias.

II. Vinculação direta do fato com a atividade empresarial desenvolvida pela ré.

III. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a condenação da oficina por culpa concorrente, que fora indevidamente excluída no julgamento dos embargos infringentes (REsp. n. 257.564/GO, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 21-11-2000).

A ação rescisória, ademais, não se presta à discussão da interpretação dos fatos dada pelo juiz, pois, segundo o pensar de Humberto Theodoro Júnior, há de se

interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para a verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos no processo findo (*Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. p. 421).

Este Tribunal de Justiça mostra-se afinado por este diapasão ao decidir: “A rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação. Em outras palavras, a má apreciação da prova ou a injustiça da sentença não autorizam a ação rescisória.” (STJ – REsp. n. 147.796 – MA – 4ª T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 28-6-1999 – p. 117)” (AR n. 1999.011021-4, de Imbituba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 14-8-2000).

Finalmente, naquilo que diz respeito ao pedido do réu para aplicação da pena de litigância de má-fé à autora, é de ressaltar-se que não se presenciam os pressupostos legais, pois exige-se, para a caracterização da lide temerária a que se refere o artigo 17 do Código de Processo Civil, a concomitância dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles consubstancia-se no dano processual, revelado no prejuízo efetivo imposto pela conduta antijurídica do adversário agente de má-fé; o segundo inscreve-se no dolo ou na culpa grave da parte conceitualmente maliciosa. Essa prova deveria ter sido amplamente feita no processo, mas, ao que se tem de todo o processado, nem de longe o foi. E, em tais situações, há orientação provinda do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS.

I – Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade (REsp. n. 418.342/PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11-6-2002).

Destarte, incomprovados os requisitos da lide temerária, falece base fático-jurídica para a aplicação de tal penalidade. Ademais, à vista de todo o exposto, ausentes os requisitos indispensáveis à desconstituição do acórdão, julga-se improcedente o pedido formulado por Priotto & Cia. Ltda., a quem se condena ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que se fixam em R\$ 2.000,00, na conformidade do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

O depósito de 5% sobre o valor da causa deve ser revertido em favor do réu, nos termos do artigo 494 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, julgaram improcedente o pleito rescisório.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Dias Figueira Júnior, Mazoni Ferreira, Monteiro Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 14 de março de 2007.

Carlos Prudêncio
PRESIDENTE, COM VOTO

Luiz Carlos Freyesleben
RELATOR

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2006.048782-2, de Herval do Oeste

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESERVA DE POUPANÇA CONSTITUÍDA EM FAVOR DOS EMPREGADOS. RESGATE. DEVOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL A MENOS. COBRANÇA DA DIFERENÇA DEVIDA, COM APLICAÇÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO PERÍODO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 178, § 10, II, DO CC/1916 E 75 DA LC N. 109/2001, E DA SÚMULA 291/STJ. PRESCRIÇÃO DECLARADA. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.

“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos” (STJ, Súmula 291). O prazo também se aplica ao pedido de restituição das prestações pagas pelo segurado, porquanto direitos originários de uma única relação jurídica, com termo inicial na data do recebimento dos valores restituídos a menos pela empresa privada de Seguridade Social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2006.048782-2, da comarca de Herval do Oeste, em que é embargante a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer e embargado Adalberto Lech:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas de lei.

RELATÓRIO

Adalberto Lech aforou ação de cobrança de correção de fundo de reserva de poupança contra a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade

Social – Refer, de quem era associado, na qualidade de ex-empregado da Rede Ferroviária Federal S.A., pretendendo cobrar a diferença do montante devolvido pela ré. Para isso, disse ter aderido ao plano de previdência complementar da fundação, com desconto em folha de pagamento, cujas contribuições, destinadas à formação da reserva de poupança, seriam corrigidas mensalmente. Ocorre que, com o arrendamento da Rede Ferroviária Federal S.A. à Ferrovia Sul Atlântico, os contratos de trabalho dos ferroviários foram rescindidos, sem justa causa, o que acarreta o cancelamento das inscrições dos associados com a ré e a conseqüente devolução das contribuições mensais acumuladas. Entretanto, ao receber tal verba, não lhe foi pago o valor correto, porquanto deveria estar confortado pela indispensável correção monetária, cujos índices oficiais do período de contribuição, aplicáveis à caderneta de poupança, não foram aplicados, como aplicados não foram os percentuais incidentes nos meses de junho de 1987 (26,06%), fevereiro de 1989 (10,14%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%), fevereiro de 1991 (20,20%) e março de 1991 (11,79%). Por isso requereu o reconhecimento do seu direito à percepção da reserva de poupança devidamente corrigida.

Juntou documentos de fls. 15 a 38.

A Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer contestou, suscitando a prescrição das parcelas pelo decurso do prazo quinquenal.

Mais adiante, disse que a reserva de poupança sempre corresponde à totalidade das contribuições e que a correção dos valores é feita de acordo com a legislação vigente e com o Estatuto da Fundação.

Sustentou não ser possível restituir os valores das contribuições da instituidora e das patrocinadoras e, ao final, requereu o acolhimento da preliminar ou a improcedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (fls. 42 a 52).

Houve réplica (fls. 65 a 73).

O Dr. Juiz de Direito acolheu a preliminar de prescrição quinquenal e extinguiu o processo com julgamento do mérito, condenando o autor a pagar as despesas processuais e os honorários de advogado, estes no importe de 10% do valor da causa, observada, todavia, a disposição encontrada no artigo 12 da Lei n. 1.060/50 (fls. 75 a 78).

Adalberto Lech apelou (fls. 81 a 86) dizendo da impertinência do reconhecimento da prescrição quinquenal, porquanto se está defronte de ação que envolve direito pessoal, cuja prescrição só pode ser a vintenária, nos termos do artigo 177 do Código Civil. Por isso requereu o conhecimento e provimento do recurso para a procedência do pedido, com o deferimento da competente correção monetária das contribuições previdenciárias devolvidas a menos.

Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social contra-arrazoou (fls. 90 e 91), e a Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria, conheceu e proveu o apelo para afastar a prescrição e julgar procedente o pedido para determinar:

- a) sejam as contribuições pessoais vertidas ao fundo de reserva restituídas ao autor acrescidas dos expurgos inflacionários nos termos dos índices oficiais de inflação expurgados pelo planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, quais sejam, IPC referente ao mês de junho de 1987 (26,06%); IPC de fevereiro de 1989 (10,14%); IPC referente aos meses de março e abril de 1990 (84,32% e 44,80%) e as taxas de 21,87% e 13,90% referentes aos meses de fevereiro e março de 1991;
- b) sejam aplicados nos demais meses os índices oficiais adotados para a correção dos depósitos em caderneta de poupança, e, por fim,
- c) a condenação da ré ao pagamento da diferença, a ser apurada em processo de liquidação de sentença (fl. 117).

Vencido, o Desembargador Marcus Túlio Sartorato lavrou voto para que sobre qualquer prestação, cobrada de entidade de previdência privada complementar, incida a prescrição quinquenal (fls. 118 a 124).

Ante tal divergência, a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social interpôs embargos infringentes, visando à reforma do acórdão para prevalência do voto vencido (fls. 128 a 131).

VOTO

Cuida-se de embargos infringentes opostos pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer com vistas ao prevalecimento do voto vencido lavrado pelo eminente Desembargador Marcus Túlio Sartorato por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 2005.040282-1, em que Sua Excelência entende prescritível, em cinco anos, o direito de o segurado cobrar da entidade de previdência privada complementar a devolução das contribuições pagas durante a vigência do contrato e de forma corrigida. É o que também entende a embargante, dizendo fulminada, pela prescrição quinquenal, a pretensão do embargado, cujo objetivo é recuperar as contribuições mensais pagas durante a vigência de seu contrato de trabalho com a RFFSA, devidamente corrigidas pelos índices oficiais. Para tanto, invoca o prazo prescricional de que trata a Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça.

A despeito da divergência nesta Corte sobre a prescrição aplicável à espécie, se a quinquenal ou a vintenária, penso deva prevalecer, na esteira dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição quinquenal reconhecida na sentença.

Na verdade, a complementação de aposentadoria realizada por entidades previdenciárias privadas sujeita-se ao prazo prescricional de cinco anos de que trata o artigo 178, § 10, II, do Código Civil de 1916, correspondente, hoje, ao artigo 206, § 3º, II, do Código Civil de 2002. Além do mais, as leis especiais atinentes à matéria são as aplicáveis à hipótese destes autos, pois prevêm a prescrição da pretensão, com vistas à cobrança das contribuições dos associados a planos de previdência complementar privada, em cinco anos, especialmente na situação em que o associado busca a restituição das contribuições mensais pagas ao sistema, sobretudo porque se trata de direito oriundo de uma mesma e única relação jurídica. E tanto é assim que, na conformidade do que dispunha o artigo 94 da Lei n. 6.435/77, aplicavam-se “ao recebimento das importâncias mensais das suplementações os mesmos critérios previstos nos artigos 418 e 419

do Regulamento do Regime Jurídico da Previdência Social (Decreto n. 72.771/73)”. Veja-se que os critérios a que se refere a norma supracitada dispunham que prescreverá a pretensão de cobrar “no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data em que forem devidas, as mensalidades ou pagamentos únicos de benefícios” (Decreto n. 72.771/73, art. 419, *caput*).

A edição da Lei n. 8.213/91, disciplinadora dos planos de benefícios da Previdência Social, não alterou o prazo prescricional das ações relativas à cobrança ou restituição de contribuições vinculadas aos planos de previdência complementar privada, e tal matéria ficou reservada à lei específica, nos termos do seu artigo 9º, § 2º.

Nesse contexto, veio a lume a Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, que revogou a Lei n. 6.435/77 e passou a dispor sobre o Regime de Previdência Complementar, na forma de seu artigo 1º:

O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantem o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

De outro lado, o artigo 75 da nova lei estabelece: “Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil”.

Dáí concluir-se que o prazo prescricional para restituição das contribuições pagas à previdência complementar privada continua sendo o de cinco anos. Não há, portanto, razão para que se faça incidir na hipótese outro prazo, mais ou menos dilatado. É como tem orientado o Superior Tribunal de Justiça, ao dizer, por reiteradas vezes, que “a prescrição das parcelas alusivas a diferenças de complementação de aposentadoria, de previdência privada, é de cinco anos e não vintenária, sendo inaplicável à espécie o art. 177 do Código Civil anterior” (REsp. n. 460168/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2-3-2004).

A reiteração de tal posicionar pretoriano acabou por gerar a Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça, assim enunciada: “A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos”.

Ademais, em sessão realizada em 17-8-2006, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por votação unânime, que em casos tais como o dos autos a prescrição é quinquenal, conforme se infere da leitura da ementa do acórdão da lavra do Ministro Aldir Passarinho Júnior:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AÇÃO QUE POSTULA DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE RESERVA DE POUPANÇA. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 291/STJ. CPC, ART. 557, § 1º-A. TEMA PACIFICADO. IMPROVIMENTO.

I. “A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos” (Súmula 291/STJ).

II. A prescrição quinquenal incide sobre quaisquer prestações cobradas de entidades de previdência complementar, inclusive as diferenças de reserva de poupança. Precedente da Segunda Seção (REsp. n. 771.638/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 12-12-2005).

III. Agravo improvido (AgRg no REsp. n. 844416/MG, j. 17-8-2006).

Na verdade, não se trata de posição isolada de uma das Turmas do colendo Superior Tribunal de Justiça, mas de entendimento já pacificado naquela Corte, porquanto os eminentes Ministros que sustentavam a prescrição vintenária, recentemente, refluíram em seus posicionamentos para aderir à tese de que a prescrição, aplicável à espécie sob comentário, é a quinquenal. Senão, vejamos:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – CONTRIBUIÇÕES DOS ASSOCIADOS – COMPLEMENTAÇÃO DE VALORES – CORREÇÃO MONETÁRIA – PRAZO PRESCRICIONAL – SÚMULA 291/STJ – APLICABILIDADE – DESPROVIMENTO.

1 – No tocante ao prazo prescricional, esta Corte, por intermédio da Egrégia Segunda Seção, assentou-se no sentido de aplicar a prescrição quinquenal à diferença de índices de correção monetária incidentes sobre a restituição de contribuição da previdência privada em decorrência do desligamento dos associados. Ressalte-se, ainda, que o marco inicial do referido prazo se dá com a restituição das contribuições pela entidade previdenciária, momento em que nasce o direito de ação para o recebimento da alegada disparidade. Precedente.

2 – Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no REsp. n. 754.699/MG, Quarta Turma, rel. Min. Jorge Scartezini, acompanhado pelos Ministros Nancy Andrichi e Aldir Passarinho Júnior, j. 23-5-2006).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO DE PARTICIPANTES DO PLANO. RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES. CORREÇÃO MONETÁRIA. PRESCRIÇÃO. MULTA.

“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos” (Súmula 291-STJ) (REsp. n. 655325/MG, rel. Min. Barros Monteiro, acompanhado pelos Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Júnior e Jorge Scartezini, j. 17-11-2005).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO. DEVOLUÇÃO. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO. PRAZO. CINCO ANOS. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. É de cinco anos o prazo de prescrição para cobrar eventuais diferenças no montante devolvido ao beneficiário de previdência privada, em virtude de seu desligamento do plano (REsp. n. 750.039/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, acompanhado por Aldir Passarinho Júnior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha, j. 6-9-2005).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. DEVOLUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULAS 289 E 291.

1. Está assentada a jurisprudência da Corte no sentido de ser quinquenal a prescrição nesses casos de devolução das contribuições para entidades de previdência privada. [...] (REsp. n. 703411/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, acompanhado pelos Ministros Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro e Nancy Andrichi, j. 19-4-2005).

CIVIL E PROCESSUAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. DESLIGAMENTO DO EMPREGADO. DEVOLUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. AÇÃO QUE POSTULA DIFERENÇAS.

PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. INOCORRÊNCIA. LEIS N. 6.435/77, 8.213/91. LC N. 109/2001. CC, ART. 177. TERMO INICIAL.

I. A prescrição das ações que discutem direitos advindos de Previdência Complementar é de cinco anos e não vintenária, sendo inaplicável à espécie o art. 177 do Código Civil [...] (REsp. n. 466.693/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, acompanhado pelos Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves, j. 7-8-2003).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO EXTINTIVA. POSSIBILIDADE DE SER ALEGADA PELA PRIMEIRA VEZ NA APELAÇÃO. PRECEDENTES. DOUTRINA. ARTS. 162, CC/1916 (193, CC/2002) E 303, III, CPC. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BENEFÍCIOS. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL. ART. 178, § 10, II, CC/1916. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

[...]

II – É qüinqüenal a prescrição, em casos de parcelas oriundas dos planos de previdência privada, nos termos do art. 178, § 10, II, do Código Civil de 1916 (REsp. n. 203963/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, acompanhado pelos Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Barros Monteiro e Aldir Passarinho Júnior, j. 3-6-2003).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. ART. 178, § 10, II, DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. Já assentou a Corte que a prescrição, em casos de parcelas devidas oriundas dos planos de previdência privada, é qüinqüenal [...] (REsp. n. 424.181/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, acompanhado pelos Ministros Ari Pergendler e Nancy Andrighi, j. 6-12-2002).

PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL.

A cobrança dos valores devidos a título de complementação da aposentadoria prevista em plano de previdência privada está sujeita à prescrição qüinqüenal [...] (REsp. n. 297547/MG, rel. Min. Ari Pergendler, acompanhado pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16-5-2002).

Neste Tribunal de Justiça, tal posicionar foi seguido em vários precedentes, dos quais destaco os seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PREVIDENCIÁRIO – DESLIGAMENTO DO EMPREGADO – RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DO PLANO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE – EXEGESE DOS ARTS. 178, § 10, II, DO CC/1916 E 75 DA LC N. 109/2001, E DA SÚMULA 291 DO STJ – EXTINÇÃO DO PROCESSO – ART. 269, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A teor do disposto na Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça, a ação de cobrança de parcelas de complementação de plano de benefício de previdência privada prescreve em cinco anos a contar da data do recebimento dos valores restituídos a menor pela empregadora (Ap. Cív. n. 2006.021572-6, de Mafra, rel. Des. Mazoni Ferreira, acompanhado pelos Desembargadores Monteiro Rocha e Jorge Schaefer Martins (substituto), j. 10-9-2006).

CIVIL – COBRANÇA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL – DESLIGAMENTO DE ASSOCIADO – RESGATE DAS DIFERENÇAS DE RESERVA DE POUPANÇA – PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL – SÚMULA 291/STJ – OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE – EXTINÇÃO DO PROCESSO – ART. 269, IV, DO CPC – RECURSO DESPROVIDO.

“A prescrição quinquenal incide sobre quaisquer prestações cobradas de entidades de previdência complementar, inclusive as diferenças de reserva de poupança” (AgRg no REsp n. 740.108, Min. Aldir Passarinho Júnior) (Ap. Cív. n. 2006.008828-4, de Mafra, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 8-6-2006).

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESERVA DE POUPANÇA CONSTITUÍDA EM FAVOR DOS EMPREGADOS. RESGATE. DEVOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL A MENOR. COBRANÇA DA DIFERENÇA DÉVIDA, COM APLICAÇÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS QUE REFLETEM A REAL INFLAÇÃO DO PERÍODO. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 178, § 10, II, DO CC/1916 E 75 DA LC N. 109/2001, ALÉM DA SÚMULA 291/STJ. RECONHECIMENTO NA HIPÓTESE.

“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos” (Súmula 291/STJ). O prazo também se aplica ao pedido de restituição das prestações pagas pelo segurado, porquanto direitos originários de uma única relação jurídica, com termo inicial na data do recebimento dos valores restituídos a menor pela empresa privada de Seguridade Social (Ap. Cív. n. 2006.009254-4, de Videira, deste Relator, acompanhado pelos Desembargadores Monteiro Rocha e Mazoni Ferreira, j. 1º-6-2006).

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PREVIDENCIÁRIO – DESLIGAMENTO DO EMPREGADO – RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DO PLANO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE – EXEGESE DOS ARTS. 178, § 10, II, DO CC/1916 E 75 DA LC N. 109/2001, E DA SÚMULA 291/STJ – EXTINÇÃO DO PROCESSO – ART. 269, IV, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A teor do disposto na Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça, a ação de cobrança de parcelas de complementação de plano de benefício de previdência privada prescreve em cinco anos a contar da data do recebimento dos valores restituídos a menor pela empregadora (Ap. Cív. n. 2006.010848-3, de Mafra, rel. Des. Mazoni Ferreira, acompanhado por este Relator e pelo Des. Monteiro Rocha, j. 4-5-2006).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – DESLIGAMENTO DO ASSOCIADO – CORREÇÃO DE FUNDO DE RESERVA DE POUPANÇA – RESGATE DAS DIFERENÇAS – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DOS PLANOS GOVERNAMENTAIS – ÍNDICES OFICIAIS – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 178, § 10, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – SÚMULA 291/STJ – INCIDÊNCIA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – ART. 269, IV, DO CPC – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A prescrição quinquenal incide sobre quaisquer prestações cobradas de entidades de previdência complementar, inclusive as diferenças de reserva de poupança, cujo termo inicial é a data da devolução a menor das contribuições pagas pelo ex-associado à patrocinadora, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (Ap. Cív. n. 2005.030482-4, de Lages, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, acompanhado pelo Desembargador Marcus Túlio Sartorato e Desembargador Substituto Jorge Schaefer Martins, j. 31-10-2005).

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ENTIDADE FECHADA. DESLIGAMENTO DOS PARTICIPANTES.

1. PRELIMINARES:

1.1. PRESCRIÇÃO. ARGÜIÇÃO APRESENTADA EM FASE DE APELAÇÃO PELA RECORRIDA. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 162 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

PRAZO PRESCRICIONAL. RECEBIMENTO DOS VALORES EM RAZÃO DA DESVINCULAÇÃO COM A EMPRESA. APLICAÇÃO DO ART. 178, § 10, INC. II, DO ORDENAMENTO CIVIL DE 1916. PERÍODO DE 5 (CINCO) ANOS [...] (Ap. Cív. n. 1998.017122-9, da Capital, rel. Des. Subst. Jorge Schaefer Martins, acompanhado pelos Des. Luiz Carlos Freyesleben e Mazoni Ferreira, j. 2-12-2004).

CIVIL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – PARCELAS PRESCRITAS – ART. 103 DA LEI N. 8.213/91 – PRELIMINAR PARCIALMENTE ACOLHIDA – CÁLCULO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA VINCULADO AO BENEFÍCIO CONCEDIDO PELA PREVIDÊNCIA OFICIAL – MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO OFICIAL – REDUÇÃO DA SUPLEMENTAÇÃO PELA PREVIDÊNCIA PRIVADA PROIBIDA PELO ESTATUTO DA FUNDAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INAPLICABILIDADE DO ART. 144 DA LEI N. 8.213/91 – INSURGÊNCIA RECURSAL – SENTENÇA MANTIDA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência social.

Porque as previdências oficial e privada são independentes, o aumento do valor do benefício concedido pela previdência oficial não afeta à complementação devida pela previdência privada (Ap. Cív. n. 2002.024269-7, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, acompanhado pelos Desembargadores Luiz Carlos Freyesleben e Mazoni Ferreira, j. 21-8-2003).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PLEITO VISANDO AO RECEBIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES

PATRONAIS E DIFERENÇA DE JUROS – PRESCRIÇÃO – PRAZO QÜINQÜENAL – PRECEDENTES DO STJ – EXTINÇÃO DO PROCESSO.

“Está orientada a jurisprudência da Corte no sentido de que, em se tratando de parcelas devidas em decorrência de plano de benefício de previdência privada, não se aplica a prescrição vintenária, mas, sim, a qüinqüenal” (REsp. n. 314511/RS. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 18-3-2002) (Ap. Cív. n. 2000.017405-0, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, acompanhado pelo Des. Marcus Tulio Sartorato e Des. Subst. Dionízio Jenczak, j. 18-8-2003).

Em face, portanto, das razões aqui declinadas e dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, aplica-se à hipótese a prescrição qüinqüenal reconhecida na sentença e no voto vencido do eminente Desembargador Marcus Tulio Sartorato, cujo termo inicial é a data da devolução a menos das contribuições pagas pelo autor à Refer, julho de 1997, sendo certo que o termo final do prazo de cinco anos, dentro do qual deveria ter sido proposta a ação, ocorreu em julho de 2002. Assim, aforada a ação em 15 de março de 2004, correto, a meu sentir, o doutor Juiz de Direito ao decretar a prescrição do direito do autor e extinguir o processo com julgamento do mérito, forte no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, como escorreito é o voto do eminente Desembargador Marcus Tulio Sartorato, vencido no julgamento da Apelação Cível n. 2005.040282-1.

À vista do exposto, conheço dos embargos infringentes interpostos pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer e dou-lhes provimento para dar prevalência ao voto vencido do eminente Desembargador Marcus Tulio Sartorato.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, deram provimento ao recurso. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Fernando Carrioni, Carlos Prudêncio e Salete Silva Sommariva.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2007.

Carlos Prudêncio
PRESIDENTE, COM VOTO VENCIDO

Luiz Carlos Freyeslebe
RELATOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Salete Sommariva

Trata-se de embargos infringentes interpostos pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – Refer, buscando prevalecer o voto dissidente proferido em sede de apelação, no pertinente à prejudicial de mérito acolhida na sentença reformada, ao argumento de prescrever em cinco anos a pretensão dos titulares em pleitear a complementação de benefício relativo à previdência complementar.

Eminentes pares, sopesando a realidade fática do caso em enfrentamento, peço vênia para ousadamente divergir do eminente Relator, porquanto entendo que a prejudicial de mérito em análise não se aplica para a hipótese de cobrança dos valores exclusivamente relativos à diferença de correção monetária, senão vejamos.

Do que se verifica dos autos, tem-se que a pretensão do autor, ora embargado, limita-se à cobrança dos expurgos inflacionários relativos a determinados períodos em que este contribuíra para o fundo de previdência complementar administrado pela fundação recorrida. Sustenta que, quando da resolução do vínculo trabalhista mantido

com a Rede Ferroviária Federal S.A., houve a restituição a menos das parcelas vertidas ao refalado fundo de previdência complementar, sob o argumento de que a gestora, ao proceder ao cálculo atualizado do montante devido ao participante, deixou de considerar os mesmos índices oficiais utilizados para a caderneta de poupança, quais sejam:

junho de 1987: 26,06%

janeiro de 1989: 42,72%

fevereiro de 1989: 10,14%

maio de 1990: 5,38%

fevereiro de 1991: 20,20%

março de 1991: 11,79%

Dessa forma, não obstante a tese esposada no voto dissidente, imperioso manter o posicionamento exarado pela maioria dos integrantes do órgão julgador de segunda instância no tocante à inocorrência do instituto da prescrição da pretensão do autor no caso em apreço. Senão vejamos.

Primeiro, a despeito de o verbete constante na Súmula 291 do STJ (“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos”) conduzir à idéia de que a simples pretensão de cobrança das parcelas vertidas ao fundo de aposentadoria, por si só, insere-se no prazo prescricional de cinco anos, verifica-se que tal entendimento abarca tanto o pedido de restituição dos benefícios, em virtude da quebra do contrato de trabalho, quanto a complementação de aposentadoria propriamente dita. Aos que perfilham a referida assertiva, a pretensão de cobrança de valores alegadamente pagos a menos, diante da não-incidência dos expurgos inflacionários, também é abrangida pelo prazo quinquenal.

No entanto, tal indistinção não encontra amparo na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai do voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento de

caso análogo, em sede dos EDcl no REsp. n. 693.119/MG, de 2-8-2005, em que figurou como embargante a mesma Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social, cuja ementa transcreve-se a seguir:

Direito civil. Embargos de declaração no recurso especial recebidos como agravo. Princípio da fungibilidade. Prescrição. Previdência privada. Restituição de contribuição. Rompimento do contrato de trabalho. Incidência de expurgos inflacionários.

– Em observância ao princípio da fungibilidade e economia processual, é possível receber os embargos de declaração como agravo.

– A prescrição quinquenal, definida pela Súmula 291/STJ, aplica-se somente à pretensão relativa ao recebimento do benefício previdenciário.

– *Nas ações objetivando a restituição de contribuição da previdência privada em razão de rompimento do contrato de trabalho ou incidência de expurgos inflacionários sobre o valor a ser restituído, aplica-se a prescrição vintenária definida no art. 177 do CC/16 ou de dez anos estabelecida no art. 205 do Novo Código Civil.*

Negado provimento ao agravo (grifei).

Do corpo do aresto, vale reproduzir o fundamento do voto em análise:

O cerne da controvérsia é definir o prazo prescricional para cobrar expurgos inflacionários referentes aos planos governamentais que deveriam ter incidido sobre contribuições à previdência privada restituídas em razão do rompimento do contrato de trabalho.

A questão tem gerado decisões contraditórias na Segunda Seção do STJ. Alguns membros desta Seção, aplicando a Súmula 291/STJ, têm reconhecido, por meio de decisão unipessoal, a prescrição quinquenal. Na Terceira Turma, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito (REsp. n. 755.203, publ. no DJ de 23-6-2005) e Humberto Gomes de Barros (Ag. n. 680.692, publ. no DJ de 21-6-2005). Na Quarta Turma, os ministros Cesar Asfor Rocha (Ag. n. 633.752, publ. no DJ de 15-12-2004), Aldir Passarinho Júnior (REsp. n. 732.504, publ. no DJ de 24-6-2005), Fernando Gonçalves (REsp. n. 726544, publ. no DJ de 27-6-2005) e Barros Monteiro (Ag. n. 659106, publ. no DJ de 30-3-2005).

Contudo, outros membros da Segunda Seção deste Tribunal têm aplicado, em situações semelhantes à ora analisada, a prescrição vin-

tenária, estabelecida no art. 177 do CC/16. Na Terceira Turma, os ministros Antônio de Pádua Ribeiro (Ag n. 669309, publ. no DJ de 21-6-2005) e Castro Filho (REsp. n. 665.300, publ. no DJ 3-5-2005), que comungam do mesmo entendimento que tenho defendido. E na Quarta Turma, o ministro Jorge Scartezzini (Ag n. 657.332, publ. no DJ de 15-6-2005).

A Súmula 291/STJ tratou exclusivamente da prescrição da pretensão de cobrar “*parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada*”. Contudo, as decisões deste Tribunal, que têm considerado a prescrição quinquenal, aplicam, indistintamente, o entendimento sumulado tanto para hipótese de complementação de aposentadoria, como para a restituição de contribuição em razão do rompimento do contrato de trabalho.

Para solucionar a discussão, portanto, é necessário definir em que situações deve ser aplicado o prazo prescricional de cinco anos previsto na Súmula 291/STJ.

Ao analisar os precedentes que justificaram a aprovação da Súmula 291/STJ, constata-se que a maioria deles trata, especificamente, de cobrança de complementação de benefício previdenciário. A única exceção é o REsp. n. 466693, da relatoria do e. Min. Aldir Passarinho Júnior, publ. no DJ de 22-9-2003, que discutiu a restituição de contribuição pelo desligamento e aplicou, da mesma forma, o prazo prescricional de cinco anos.

Neste precedente, o e. Min. Aldir Passarinho Júnior concluiu que não há prazo diverso consoante a natureza da pretensão – se benefício ou restituição de contribuições – posto que o sistema não permite distinção desta ordem, em se cuidando de direito originário de uma única relação jurídica.

Contudo, a leitura dos dispositivos legais que tratam, de forma específica, das regras atinentes à previdência privada permite conclusão diversa.

A Lei Complementar n. 109/2001, que dispôs sobre o Regime de Previdência Complementar, em seu art. 75 estabeleceu que:

“sem prejuízo do benefício, prescrevem em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil”.

Constata-se, portanto, que a prescrição quinquenal atinge somente a pretensão relativa ao próprio benefício previdenciário, não podendo ser estendida à hipótese de restituição de contribuições em razão do rompimento do contrato de trabalho.

Também não há como aplicar o art. 178, § 10º, II, do CC/16, pois este dispositivo trata das prestações de rendas temporárias ou vitalícias, situação distinta da ora examinada.

Na hipótese sob julgamento, os agravados mantiveram contrato de trabalho com a Rede Ferroviária Federal e, por serem segurados obrigatórios, mensalmente era descontada contribuição previdenciária de seus vencimentos. Com o rompimento do vínculo laboral, receberam os valores relativos ao pagamento da reserva de poupança, contudo, a atualização dos valores não considerou os expurgos inflacionários relativos aos planos governamentais. Daí o ajuizamento da presente demanda.

Verifica-se, dessa forma, que não se trata da mesma situação objeto da Súmula 291/STJ que dispôs, conforme já esclarecido, especificamente, sobre complementação de aposentadoria.

Poderia ainda ser cogitada a aplicação do prazo prescricional de cinco anos estabelecido pelo art. 178, § 10º, III, do CC/16. Contudo, o dispositivo referido versa sobre “*juros ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos*” e a correção monetária pretendida pelos agravados, como já definido por este Tribunal no julgamento do REsp. n. 192.429, da relatoria do e. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. no DJ de 15-3-1999, representa, nesta hipótese, “o crédito em si, de forma integral e não seus acessórios como juros ou multas”.

Com estes fundamentos, conclui-se que não há norma definindo prazo prescricional específico para a pretensão de cobrar expurgos inflacionários referentes aos planos governamentais que deveriam ter incidido sobre contribuições à previdência privada restituídas em razão do rompimento do contrato de trabalho, devendo, portanto, ser aplicada a prescrição vintenária, estabelecida genericamente para ações pessoais (art. 177 do CC/16).

Esta Turma, inclusive, já adotou o mesmo posicionamento ao discutir situação semelhante. Confira-se trecho do voto proferido pelo e. Min. Castro Filho no julgamento do REsp. n. 665300, cujo acórdão foi publicado no DJ de 23-5-2005:

“Fora de dúvida, portanto, que a incidência da prescrição quinquenal está adstrita às parcelas oriundas dos planos de previdência privada,

assim entendidas as prestações de trato sucessivo, representadas por rendas vitalícias ou temporárias, situação diversa da dos autos, em que o ora recorrido não se beneficiou do recebimento da complementação de aposentadoria, visto que, após contribuir mensalmente e de forma regular por quase vinte anos, teve rescindido seu contrato de trabalho com o Banco do Brasil, vindo a postular a restituição dos valores pagos, revelando a ação, por isso, natureza obrigacional, de natureza pessoal, à qual deve ser aplicada a prescrição vintenária, em consonância com o artigo 177 do Código Civil anterior”.

Em conclusão, deve ser aplicado o prazo prescricional de cinco anos, definido pela Súmula 291/STJ, somente à pretensão relativa à complementação de aposentadoria. Na hipótese de restituição de contribuição previdenciária em virtude de rompimento do contrato de trabalho ou incidência dos expurgos inflacionários sobre estes mesmos valores, deverá incidir a prescrição de vinte anos (art. 177 do CC/16) ou de dez anos (art. 205 do Novo Código Civil) (grifei).

No mesmo sentido, em aresto mais recente, extrai-se o AgRg no AgRg no REsp. n. 756.180/MG, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (j. em 20-4-2006).

Nesse diapasão, partindo da premissa de que o enunciado correspondente à Súmula 291/STJ aplica-se tão-somente às hipóteses em que o participante pleiteia o pagamento do benefício em debate, quando já atingido o prazo para a aposentadoria, resta àquele que se desvincula do plano de previdência complementar por razões de rompimento da relação empregatícia, ou que vem a receber montante deduzido dos expurgos inflacionários incidentes no período de contribuição, o prazo prescricional vintenário idêntico às ações de natureza pessoal.

Destarte, versando o objeto da presente demanda na cobrança de diferença relativa aos expurgos inflacionários dos períodos apontados pelo autor, os quais, segundo alega, na peça vestibular, foram desconsiderados pela gestora do fundo de previdência complementar, não há falar em prescrição quinquenal para fins de justificar o reconhecimento de prejudicial de mérito em debate, porquanto aplicável, no caso, o prazo de vinte anos disposto no artigo 177 do Código Civil de 1916.

Desse modo, sopesando as argumentações acima expendidas, ousou dissentir do ilustre Relator, pois voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão proferida pela Terceira Câmara de Direito Civil que, por maioria, reformou a sentença de primeiro grau que, por sua vez, extinguiu o processo com resolução do mérito em virtude da ocorrência da prescrição.

É como voto.

Saete Silva Sommariva

Os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Carlos Prudêncio não declararam voto vencido

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.000554-7, de Joinville

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL – ALIENAÇÃO DE COISA COMUM – CONDOMÍNIO – EXTINÇÃO – BEM INDIVISÍVEL – CÔNJUGE VARÃO QUE ALEGA AUSÊNCIA DE CULPA NA VENDA EXTRAJUDICIAL – INOCUIDADE DA DISCUSSÃO – INTERESSE DA VIRAGO NA DISSOLUÇÃO DO CONDOMÍNIO E RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DEMONSTRADA PELO VARÃO – EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO DEVIDA – VENDA POSSÍVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Para a procedência do pedido de venda judicial de coisa comum usufruída por apenas um dos comunheiros, bastará a vontade de um só dos consortes, fato este ainda mais evidente pelo desacordo quanto à adjudicação do bem por um dos condôminos e, em especial, pelo insucesso da venda extrajudicial do bem, o qual cabia, justamente, ao comunheiro que se encontra usufruindo do bem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.000554-7, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível), em que é apelante Valteli Duarte, e apelada Osaete da Silva:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Valteli Duarte, irresignado com sentença proferida pelo douto Togado monocrático da 2ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos de ação de alienação judicial de bem comum interposta pela ora apelada, Osalette da Silva, julgou procedente o pedido formulado e declarou extinta a comunhão do imóvel litigioso, ordenando sua venda judicial, além de condená-lo ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.200,00, suspensos em razão do benefício do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Aduziu o apelante que merece ser caçada a sentença objurgada, isso porque cerceou-lhe o direito de produzir prova de que tentou, efetivamente, vender o bem imóvel ora em litígio. No mérito, afirmou que não houve resistência sua na venda do bem, tanto que este encontrava-se em imobiliária para venda.

Por fim, pugnou pela procedência de seu pleito e pela reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido formulado.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contra-razões ao recurso apelatório, ocasião em que rechaçou os argumentos despendidos pelo apelante, e os autos ascenderam a este Aerópago.

VOTO

Pugna o ora recorrente pela reforma do julgado *a quo* sob o fundamento de que incidente cerceamento de defesa, uma vez que não pôde produzir as provas de que não interpôs nenhum obstáculo para a venda extrajudicial da coisa comum. No mérito, afirmou que, por não haver resistência sua para a venda extrajudicial do bem, o pedido deve ser julgado improcedente, reformando-se, assim, a sentença *a quo*.

Introitamente, importante tecer-se algumas considerações acerca da ação de alienação de coisa comum ora interposta.

Referido direito se encontra previsto no art. 632 do CC/16, atual art. 1.322 do CC/02, e a *actio* deles decorrente descrita nos artigos 1.103 a 1.111, todos do CPC, nos termos do art. 1.112, IV, do Código de Processo Civil.

Em suas disposições, assim salienta o art. 632 do CC/16:

Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Fica inquestionável que, à luz do disposto nos artigos 632 do CC/16 e 1.117, II, do CPC, o imóvel que não admitir divisão cômoda ou for indivisível será alienado em leilão, desde que os consortes não acordem sobre a adjudicação a um só, com a repartição do preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho.

A hipótese dos autos não demonstra outra realidade, isso porque a comunhão do bem é decorrente da ação de separação judicial entre o casal e a indivisibilidade das metragens do imóvel, com cerca de 382,00m², e, devido a existência de casa sobre o imóvel, não comporta divisão.

A jurisprudência é copiosa no sentido de que, nas circunstâncias apontadas nos dispositivos legais em epígrafe, a venda em hasta pública é o caminho legal para pôr fim ao estado de comunhão, quase sempre indesejável porque fonte de discórdia.

A propósito decidiu o Excelso Pretório:

“Para a venda de coisa comum, basta a vontade de um só condômino (art. 635, § 1º, do CC). Entrementes, basta a discrepância de um só, para que não processe a venda particular. A solução é a hasta pública” (STF, RTJ 47/584).

Por igual, nosso egrégio Tribunal de Justiça:

Alienação de coisa comum – Condomínio indivisível – Extinção – Venda do bem através de hasta pública, com fulcro no artigo 632 do Código Civil e nos artigos 1.112, IV, e 1.117, II, do Código de Processo Civil – *Bem que não é passível de divisão cômoda e, uma vez dividido, tornar-se-ia impróprio ao seu destino.*

Ação de divisão é a via judicial adequada de que dispõem os condôminos para pôr termo à comunhão, se divisível a coisa; se indivisível outra será a solução, prevista no art. 632 do Código Civil.

Pedido de venda judicial de coisa comum, para a procedência, bastará a vontade de um só consorte para que se ordene a alienação através de hasta pública [...] (JC 49/231 – Des. Rubem Córdova, grifou-se).

Destarte, a ação movida pela apelada, tendente a vender em hasta pública o bem indivisível, está corretamente intentada, pois mostra-se a via processual hábil a finalizar o condomínio existente frente ao bem imóvel pertencente a ambas as partes.

Nesse desiderato, por não haver acordo entre as partes, que, por qualquer motivo, acabam por não acordarem acerca da extinção do condomínio, quer pela adjudicação por um dos condôminos, quer pela sua alienação, o meio processual para tanto será a venda do bem em hasta pública.

A propósito, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Instituiu, portanto, o direito material um mecanismo especial para fazer cessar o condomínio indesejável sobre as coisas que não se possam partir de forma física.

Em primeiro lugar, prevê a lei a adjudicação, como forma de solução amigável, que consiste em um só dos comunheiros haver para si a totalidade da propriedade, pagando o valor das cotas aos demais condôminos. Isto pode ser feito através de escritura pública de compra e venda, sem depender de autorização ou intervenção judicial, se todos forem maiores e capazes.

Havendo, contudo, litúgio ou resistência entre os consortes, a medida aplicável será a alienação judicial forçada do imóvel em hasta pública, com preferência para os condôminos em relação aos estranhos (Alienações Judiciais, Revista de Processo, v. 21, p. 15).

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro:

“O direito de solicitar a venda é imprescritível e exercitável assim a qualquer tempo pelo condômino. Outrossim, bastará a vontade de um só consorte para que se ordene a venda” (*in* Curso de Direito Civil, 3º volume, Saraiva, 1989, p. 218).

Note-se que, *in casu*, as partes acordaram que a extinção do condomínio deveria ser feita via alienação extrajudicial do bem a cargo do cônjuge varão, que se encontrava na posse do bem. Como resultou esta frustrada, em razão da demonstração de que, transcorrido largo lapso temporal (cerca de dois anos), a venda ainda não tinha se concretizado, por certo que a varoa, deste ato prejudicada, poderá proceder à alienação judicial da coisa comum.

Isso se deve, além do fato de estar a coisa em condomínio, à ausência de demonstração de intenção, por qualquer um deles, na adjudicação do bem, o que evidencia, assim, a ausência de congruência de vontades dos consortes na continuidade do condomínio criado e, em especial, o fato de que o responsável por sua venda extrajudicial está na posse e usufruto do bem, locupletando-se (mesmo que não ilicitamente, já que acordo houve) às custas da ex-esposa que ficou privada de parte de seu patrimônio.

A melhor solução é, por certo, a venda judicial do bem, situação esta mais cômoda a ambas as partes.

Nesse desiderato, aliás, segue a jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VENDA JUDICIAL. EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. *A ALIENAÇÃO DE COISA COMUM PRESSUPÕE DIVISÃO IMPRÓPRIA E NEGATIVA DE OS CONSORTES ADJUDICÁ-LA A UM SÓ.* ASSIM, A AÇÃO PREVISTA E A DO ARTIGO 1.112, IV, APLICANDO-SE O PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E SUBSIDIARIAMENTE AOS ARTS. 1.113 E SEGUINTE DO CPC. *A PROVA DO DESACORDO VEM EXPRESSA NO PRÓPRIO AJUIZAMENTO DA DEMANDA E NA CONTESTAÇÃO.* APELO DESPROVIDO (TJRS Apelação Cível n. 598052371, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Carlos Alberto Bencke).

E, em tudo similar à hipótese dos autos:

[...] ALIENAÇÃO JUDICIAL DO IMÓVEL PERTENCENTE A EX-CÔNJUGES. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. Tratando-se de coisa comum indivisível, verificada a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos e, *em especial, frente ao insucesso da venda extrajudicial do bem, mostra-se possível a alienação judicial do bem imóvel usufruído por apenas um dos comunheiros*. PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. UNÂNIME (TJRS Ap. Cív. n. 70015096449, Décima Oitava Câmara Cível, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. em 8-6-2006, grifou-se).

Com efeito, tratando-se de coisa comum indivisível, verificada a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos e, em especial, diante do insucesso da venda extrajudicial, afigura-se possível a alienação judicial do bem imóvel, tal como proposto na inicial.

In casu, repita-se, cômoda se afigura a posição do ora apelante, isso porque usufruiu diretamente do bem, nele residindo, e, em que pese estar incumbido da venda extrajudicial do bem, conforme bem demonstra o documento de fl. 8 dos autos, datado de 19-12-97, já transcorridos quase dois anos sem que o fizesse, tendo a autora que ingressar com a presente demanda, e, pasmem, pretende o julgamento improcedente do feito sob a alegação de que não conseguiu vendê-lo e não deu causa ao seu insucesso.

Ora, se não conseguiu vendê-lo e, efetivamente, tivesse interesse em sua alienação, seria o primeiro a concordar com a autora pugnando pela alienação judicial da coisa comum.

Por certo que a venda do imóvel não seria de seu interesse, isso porque encontra-se na sua posse, usufruindo do bem desde a separação do casal (1997), e durante todo este lapso temporal jamais arcou com qualquer ônus pela ocupação da coisa comum.

Pouco importa, para o deslinde da presente *quaestio*, assim, a pretensa ofensa a direito do réu, consubstanciado na falta de oportunidade para provar que não vendeu o bem por circunstâncias outras (cerceamento de

defesa), isto porque a venda judicial do bem é um direito assegurado ao condômino quando demonstrada a inexistência de acordo quanto à adjudicação do bem e o desinteresse na perpetuidade do condomínio.

Nesse desiderato, é de ser negado provimento ao recurso interposto.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso interposto.

Participou do julgamento a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 31 de outubro de 2006.

Carlos Prudêncio
PRESIDENTE, COM VOTO

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

Apelação Cível n. 2002.021668-8, de Canoinhas

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

AGRAVO RETIDO – JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Não havendo espírito de ocultação premeditada nem intuito de prejudicar a parte adversa, e respeitado o contraditório, pode ser admitida a juntada de documentos referentes a fatos anteriores ao ajuizamento da ação, para que o juiz esteja mais próximo da tão buscada verdade.

Preliminar de cerceamento de defesa – Inversão desnecessária do ônus da prova – Análise da causa à luz da responsabilidade objetiva – Preliminar afastada.

A responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços é regra geral nas relações de consumo, e se encontra insculpida no art. 12 da Lei n. 8.078/90, não estando atrelada à regra de inversão do ônus da prova, descrita no art. 6º, VIII. Sendo assim, afasta-se o cerceamento de defesa quando o juiz, desnecessariamente, inverte o ônus da prova na sentença, mas a própria decisão revela que a causa foi analisada à luz da responsabilidade objetiva.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MORTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ACIDENTE OCORRIDO EM RAZÃO DO DESPRENDIMENTO DA BANDA DE RODAGEM DO PNEU – FABRICANTE QUE NÃO PROVA A AUSÊNCIA DE FALHA DE FABRICAÇÃO NEM A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

É objetiva a responsabilidade da empresa fabricante de pneumáticos perante o consumidor do produto. Dessa forma, demonstrado que o acidente ocorreu em conseqüência do des-

prendimento da banda de rodagem do pneu, incumbia a ela provar a inexistência de falha de fabricação ou a culpa exclusiva da vítima para o evento fatal. Não estando comprovada nos autos nenhuma dessas hipóteses, firma-se a responsabilidade objetiva da fabricante pelo sinistro, devendo ressarcir todos os danos advindos do sinistro.

PENSÃO ALIMENTÍCIA – AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA DOS RENDIMENTOS – FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA DAS VÍTIMAS – POSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DOS DESCONTOS LEGAIS DEVIDOS – REDUÇÃO DO VALOR.

A pensão alimentícia pode ser fixada levando-se em consideração os sinais exteriores de riqueza, ainda que não exista prova objetiva dos rendimentos que efetivamente recebiam as vítimas.

É cabível a redução do valor fixado pelo juiz *a quo*, quando considerada a incidência automática dos descontos legais devidos.

DANOS MORAIS – REDUÇÃO DO VALOR – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DECISÃO DE SEGUNDO GRAU.

A indenização por danos morais não pode ser ínfima, devendo-se observar a sua natureza compensatória para a vítima e sancionatória ao ofensor, inibindo este de praticar no futuro infração semelhante, mas também não pode ser excessiva, traduzindo-se em fonte de enriquecimento para a vítima.

É concebível a redução do valor fixado a título de danos morais, fazendo-se a correção monetária incidir a partir da decisão de segundo grau e não a partir da citação.

DANOS MATERIAIS – ORÇAMENTOS DE OFICINAS MECÂNICAS IDÔNEAS – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA – DEVER DE INDENIZAR MANTIDO.

Os orçamentos emitidos por oficinas mecânicas cuja idoneidade não é suspeita fazem prova dos danos materiais. Não basta à parte adversa impugná-los de forma genérica e abrangente, devendo, caso queira desincumbir-se da responsabilidade de indenizar, oferecer impugnação de forma específica para cada um dos itens, a fim de desconstituir a prova dos danos materiais, consoante determina a regra do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

ABATIMENTO DO SEGURO OBRIGATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA DO RECEBIMENTO DO SEGURO PELOS AUTORES DA DEMANDA.

O abatimento do valor referente ao seguro obrigatório do montante do ressarcimento somente é possível diante de prova, ou de expressa menção ao recebimento da referida quantia pelo autor da ação indenizatória.

ABATIMENTO DO VALOR DOS SALVADOS – PERDA TOTAL DO VEÍCULO – IMPOSSIBILIDADE.

Não há falar em abatimento dos salvados, quando existem nos autos documentos que dão conta da perda total do veículo.

DESPESAS COM FUNERAL – CABIMENTO DA APURAÇÃO DO *QUANTUM* EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

As despesas com funeral, conforme expressamente previsto no art. 1.537, I, do Código Civil de 1916, devem ser indenizadas, sendo possível a apuração do *quantum* em oportuna liquidação de sentença.

CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – EMPRESA IDÔNEA – MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE CONSTITUIR O

CAPITAL PARA ASSEGURAR O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – MANDAMENTO LEGAL A QUE TODOS DEVEM SUBMETER-SE.

O dever de constituir capital para assegurar o cumprimento da obrigação de indenizar vem preconizado no Código Civil e no Código de Processo Civil, para os casos de condenação ao pagamento de pensão alimentícia. Dessa forma, mesmo as empresas idôneas devem seguir o mandamento legal.

LEI N. 1.060/50 – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – BENEFÍCIO CONCEDIDO À PARTE AUTORA – PARTE ADVERSA NÃO BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – CORRETA CONDENÇÃO NO PAGAMENTO DAS REFERIDAS CUSTAS.

A suspensão do pagamento das custas processuais pelo prazo previsto na Lei n. 1.060/50 cabe à parte beneficiária da assistência judiciária, não impedindo a condenação da parte adversa, a quem não foi concedido o benefício legal, no pagamento das custas processuais.

COBERTURA SECURITÁRIA DO DANO MORAL – CONTRATO QUE PREVÊ A COBERTURA DE DANOS PESSOAIS – INCLUSÃO IMPLÍCITA DO ABALO MORAL – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

A jurisprudência tem entendido que, constando no contrato de seguro previsão de cobertura para danos pessoais e inexistindo exclusão expressa por danos morais, deve-se dar à cláusula a interpretação mais favorável ao segurado, porquanto se trata de contrato de adesão, devendo a seguradora indenizar o abalo moral sofrido até o limite da apólice, por ser espécie de dano pessoal, implicitamente prevista na cobertura.

SEGURADORA QUE ACEITA A DENUNCIÇÃO DA LIDE – NÃO CABIMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DA LIDE SECUNDÁRIA.

A seguradora não pode ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios da lide secundária, quando aceita a denúncia da lide e, inclusive, auxilia na defesa do segurado.

JUROS MORATÓRIOS – DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO – INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO.

Os juros de mora, tanto na indenização por danos morais, como por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, devem incidir a partir do evento danoso.

INCLUSÃO DO 13º (DÉCIMO TERCEIRO) SALÁRIO NA PRESTAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE AS VÍTIMAS PERCEBIAM REFERIDA GRATIFICAÇÃO.

Inexistindo prova do recebimento de 13º (décimo terceiro) salário pela vítima, não deve ser ele incluído na condenação à prestação alimentícia.

Recursos dos autores, da ré e da seguradora providos parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.021668-8, da comarca de Canoinhas (1ª Vara Cível), em que são apelantes e recorridas adesivas Bridgestone Firestone do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e ACE Seguradora S.A., e apelados e recorrentes adesivos Cícero Voigt Cordeiro Filho e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso interposto pela ré; dar pro-

vimento parcial ao recurso interposto pela seguradora; dar provimento ao agravo retido e dar provimento parcial ao recurso adesivo interpostos pelos autores. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais (n. 015.95.004374-9) e ação de indenização por danos morais (n. 015.95.004375-7) promovidas por Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro, e ação de indenização por danos materiais e morais (n. 015.95.004859-7) proposta por Juvelina Simão Ganem, todas contra Bridgestone Firestone do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Sentenciando em conjunto as ações, o Magistrado julgou procedentes os pedidos formulados por Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro, condenando a ré ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para cada um, acrescido de juros e correção monetária a partir da citação; bem como ao pagamento de pensão alimentícia, fixada em 15 salários mínimos (valor atual) mensais, para cada um, retroativos à data do falecimento dos pais, até atingirem 25 anos de idade. Condenou a ré, ainda, a pagar as despesas do funeral, a serem liquidadas por arbitramento, e a constituir capital, cuja renda assegure o cabal cumprimento da condenação de prestar alimentos. Julgou procedente a lide secundária, condenando a ACE Seguradora S.A. ao pagamento, nos limites da apólice de seguro e abatido o valor da franquia, da indenização a cargo da segurada, respondendo, ainda, pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da lide secundária, estes fixados em 10% do valor a que foi condenada. Com referência ao pedido de reparação de danos sofridos pelo veículo do DNER, julgou extinto o processo, por ilegitimidade passiva *ad causam*, deixando de condenar os autores aos ônus da sucumbência, por terem decaído em parte mínima do pedido. Julgou também procedente o pedido formulado por Juvelina Simão Ganem, condenando a ré a pagar, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), acrescido

de juros e correção monetária a contar da citação. Condenou-a, ainda, ao pagamento de pensão alimentícia vitalícia à autora, fixada em 4 salários mínimos (valor atual) mensais, retroativos à data do falecimento de seu filho, e a constituir capital, cuja renda assegure o cabal cumprimento da condenação da prestação de alimentos. Julgou procedente a lide secundária, condenando a ACE Seguradora S.A. ao pagamento, nos limites da apólice de seguro e abatido o valor da franquia, da indenização a cargo da segurada, respondendo, ainda, pelo pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da lide secundária, estes fixados em 10% do valor a que foi condenada.

ACE Seguradora S.A. interpôs recurso de apelação alegando que são opostas as versões apresentadas pelos autores e pela ré denunciante, pois dizem aqueles que a causa do acidente foi o desprendimento da banda de rodagem do pneu traseiro esquerdo de fabricação da ré, e essa, por sua vez, sustenta que o acidente fatal ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo, Cícero Voigt Cordeiro, que alterou as características do veículo, turbinando o motor e desenvolvendo velocidade excessiva para o local. Aduziu que o Juiz embasou sua decisão no Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo a responsabilidade objetiva e invertendo o ônus da prova, porém os autores deveriam provar o nexo de causalidade, ou seja, que o defeito do pneu causou o sinistro fatal. Salientou que o boletim de ocorrência não serve de prova cabal, pois lavrado por policial rodoviário que não presenciou o acidente, não autorizando deduzir ter sido o desprendimento da banda de rodagem que desgovernou o carro causando a colisão frontal com o veículo de propriedade do DNER. Ressaltou que a única pessoa a presenciar o acidente, o condutor do caminhão do DNER, está convencido da culpa do pai dos autores, condutor do veículo GM Brasília, pelo excesso de velocidade. Disse que o laudo pericial não concluiu sobre o defeito de fabricação do pneu e, além do mais, o pai dos autores havia turbinado o carro para render maior velocidade. Quanto à prova testemunhal, afirmou que nenhum dos depoentes fazem grandes esclarecimentos, porque não presenciaram o fato. Aduziu, ainda, que os danos

materiais não restaram provados, não demonstrando o quanto auferiam seus pais Cícero e Maria de Lourdes, porém o juiz analisou o pedido como de natureza alimentícia, aceitando as provas de fls. 358-364, atestando o ganho de mais ou menos 20 salários mínimos para Maria de Lourdes. Argumentou que o mesmo ocorreu com a autora Juvelina, que não provou a sua dependência econômica em relação ao falecido José Ganem Filho. Ademais, reclamou do valor da pensão fixada, na quantia de 15 e 4 salários mínimos mensais, entendendo que deve ter por base 1 salário mínimo. No tocante aos danos morais, disse que não existe cobertura securitária e, caso seja mantida a condenação ao seu pagamento, pleiteou a redução do valor fixado, qual seja R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um dos autores. Por fim, alegou que não poderá subsistir a constituição do capital, porque os autores poderão ser incluídos em folha de pagamento da ré Bridgestone Firestone, empresa de renome internacional.

Bridgestone Firestone do Brasil Indústria e Comércio Ltda. também interpôs recurso de apelação argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, porquanto o Juiz singular deveria ter-se manifestado acerca da inversão do ônus da prova no despacho saneador, permitindo-lhe, dessa forma, produzir o adequado contraditório. Como exemplo do cerceamento, citou que nem ela, apelante, nem o perito puderam examinar o veículo envolvido no acidente e os seus pneus, e o laudo pericial não apresenta conclusão concreta. Por outro lado, disse que seu assistente técnico apresentou laudo conclusivo, que nem sequer foi considerado na sentença, assim como as alegações da contestação, os documentos com estas acostados e as alegações das testemunhas arroladas por ela, profissionais especializados na fabricação de pneus. Ademais, afirmou que a inversão do ônus da prova não elimina a necessidade de produção de prova concreta do fato alegado e, no caso, inexistente nos autos qualquer documento oficial que tenha concluído pelo defeito de fabricação do pneu e que esse ocasionou o acidente. Por derradeiro, salientou que a inversão do ônus da prova depende da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor, requisitos inócidentes, pois não convence

a tese dos autores no sentido de que o acidente decorreu de defeito de fabricação do produto, e os genitores dos autores, por seu turno, tinham conhecimento da necessidade de consultar o fabricante do veículo, antes de promover alterações nas suas condições originais. Caso não se entenda pela ausência dos pressupostos autorizadores da inversão do ônus da prova, pediu seja declarada a inversão antes da prolação da sentença, a fim de que possa promover as provas necessárias à apuração de suas alegações. Isso não ocorrendo, pediu seja avaliado e considerado o conjunto probatório, pois o laudo do assistente técnico e o depoimento das testemunhas comprovam a inexistência de qualquer defeito de fabricação do pneu, tendo a apelante, portanto, atendido ao que determina o art. 6º, VIII, do CDC. No mérito, disse que a sentença é contraditória, porquanto afirma ser o laudo pericial inconcusso, ao passo que não possui justamente a parte mais importante, que é a conclusão objetiva sobre o analisado, haja vista não haver afirmado o defeito de fabricação do pneu, nem indicado a causa do desprendimento da banda de rodagem. Argumentou que o Juiz deixou de considerar outras respostas constantes no laudo pericial, pois a sentença contém apenas um ângulo de visão do evento, sem observar que o perito considera extremamente provável que a velocidade excessiva imprimida pelo condutor ao veículo possa acarretar o desprendimento da banda de rodagem. Quanto às testemunhas arroladas pelos autores, alegou que não são pessoas de experiência comprovada na área de fabricação de pneumáticos e, relativamente ao boletim de ocorrência, dá notícia do desprendimento da banda de rodagem do pneu, mas não menciona sua causa, nem se refere a eventual defeito de fabricação. Salientou que o Juiz afirmou indevidamente que ela colocou no mercado produto defeituoso, uma vez que não existe nos autos prova do defeito de fabricação, sendo que o pneu foi posto no mercado em ótima qualidade, colocado numa camionete Brasinca e utilizado por mais de 3 anos sem inconvenientes. Aduziu que o Juiz ainda desconsiderou outras provas constantes nos autos, como: o inquérito policial arquivado; a instalação de turbina no veículo para este desenvolver maior velocidade; os depoimentos das testemunhas por si arroladas, que são profissionais especialistas na área de fabricação

de pneumáticos; as fotos comprobatórias de que o pneu estava inflado após o acidente não apresentavam marcas relativas às situações noticiadas pelos autores, nem sinais de freada; o laudo conclusivo por si apresentado. Em caso de eventual manutenção da sentença, salientou a necessidade de levar-se em consideração a alteração das condições originais do veículo (foi turbinado) e a alta velocidade em que estava, para que seja aferido o grau de culpa do condutor, e assim poder eximir-se da responsabilidade ou reduzir o *quantum* indenizatório. Reclamou do valor fixado a título de danos morais, por estar muito superior ao fixado pelos tribunais. No tocante ao *quantum* estipulado a título de pensão alimentícia, disse que não existem indícios de rendimentos das vítimas e que afronta a doutrina e a jurisprudência por fixar o valor da pensão com base em depoimentos de testemunhas arroladas pelos autores. Asseverou, assim, que a pensão em 15 salários mínimos para os autores Cícero e Betina é inconsistente, bem como a pensão de 4 salários a Juvelina, pois a sentença deixou de considerar que ela já deve estar recebendo esse valor na condição de beneficiária da aposentadoria do Besc, representando dupla indenização. Assim, diante da não-comprovação dos rendimentos das vítimas, concluiu que a pensão deve ser fixada em 1 salário mínimo, descontados os impostos incidentes, e abatido 1/3 do valor dos gastos pessoais das vítimas. Alegou também a falta de comprovação dos danos havidos no veículo, pleiteando que este Tribunal intime os autores para declararem, sob as penas da lei, se ele estava segurado ou não à época, ou, no caso de inércia, que seja oficiado à regional da Susep para que informe quais companhias existem em Santa Catarina e, ato contínuo, sejam estas intimadas para informar se firmaram contrato de seguro com o condutor do veículo. De qualquer forma, disse que do valor de ressarcimento do veículo devem ser abatidos os valores do seguro obrigatório e dos salvados. Igualmente, asseverou que as despesas do funeral não estão comprovadas. De outro vértice, alegou que é incabível a cumulação de pensão com a constituição de capital, mesmo porque os autores poderão ser incluídos em folha de pagamento. Por fim, salientou que a sentença merece reforma nos seguintes pontos: foi condenada ao pagamento das custas processuais, porém os autores são beneficiários

da justiça gratuita; a sucumbência nas ações principais e secundária foi baseada no art. 21 e parágrafos do CPC, porém o art. 21 possui somente parágrafo único (provavelmente, a sentença queira referir-se ao art. 20 e parágrafos); nas ações promovidas por Cícero e Betina, foi condenada a pagar honorários de forma única e global para ambos os processos, de 15% do valor da condenação, mas na lide secundária não foi mencionado se o valor da sucumbência de 10% refere-se de forma única e global às duas ações.

Cícero Voigt Cordeiro Filho, Betina Zaguini Cordeiro e Juvelina Simão Ganem interpuseram recurso adesivo postulando o aumento do valor da indenização por danos morais para R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) a cada um deles, bem como a elevação dos alimentos para no mínimo 20 salários mínimos para cada um (incluindo o 13º). Quanto aos juros, pedem que sejam contados desde a data do evento, de conformidade com a Súmula 54 do STJ.

Apresentadas as contra-razões aos recursos, os autos ascenderam a este Sodalício. Em preliminar das contra-razões aos recursos da ré e da seguradora, os autores requereram o conhecimento de agravo retido anteriormente interposto.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento dos recursos, para se prover parcialmente os interpostos pela ré e pela litisdenunciada, para redução da indenização por danos morais referentes à autora Juvelina, bem como corrigir os equívocos com o art. 21 do CPC. Do mesmo modo, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso dos autores para incluir-se o décimo terceiro e incidirem juros moratórios desde a data do evento.

VOTO

Destaca-se, preliminarmente, que se está diante de uma relação jurídica de consumo, ou seja, “aquela que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos

ou serviços no mercado de consumo” (LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 106).

A ré é fornecedora, pois se trata de pessoa jurídica atuante no ramo de produção e comercialização internacional de pneus (art. 3º da Lei n. 8.078/90).

Os autores, por sua vez, figuram como consumidores finais do produto comercializado, cuidando-se de pessoas físicas que adquiriram pneumáticos Bridgestone Firestone (art. 2º da Lei n. 8.078/90).

1 AGRADO RETIDO INTERPOSTO POR CÍCERO VOIGT CORDEIRO FILHO, BETINA ZAGUINI CORDEIRO E JUVELINA SIMÃO GANEM

Os autores interpuseram agravo retido contra decisão do Togado *a quo* que, na audiência de instrução e julgamento, indeferiu a juntada de documentos concernentes a gastos com mensalidades escolares, cursos, atendimentos médico e odontológico.

A melhor doutrina e jurisprudência enunciam que os documentos imprescindíveis ao ajuizamento da ação devem vir aos autos com a inicial ou a contestação, e que os demais podem ser juntados a qualquer momento, desde que seja dada vista à parte contrária (arts. 396 e 397 do CPC).

Neste plano, questiona-se da imprescindibilidade dos documentos referidos, chegando-se à conclusão de que não são necessários ao ajuizamento da ação, como preconiza o art. 396 do Código de Processo Civil. Com efeito, não se prestam a comprovar o pedido inicial, mas apenas a demonstrar ao magistrado o padrão de vida dos autores e os seus gastos mensais, objetivando conferir àquele subsídios para o arbitramento do valor devido a título de alimentos. Portanto, poderiam, sim, ser juntados posteriormente ao ajuizamento da ação.

No mesmo diapasão, Humberto Theodoro Júnior:

O Código especifica, no art. 396, os momentos adequados para a produção dessa prova, dispondo que os documentos destinados à prova dos fatos alegados devem ser apresentados em juízo com a petição inicial (art. 283), ou com a resposta (art. 297).

Como o art. 396 faz expressa remissão ao art. 283 e este, por seu turno, exige que a inicial seja instruída “com os documentos indispensáveis à propositura da ação”, boa parte da doutrina e jurisprudência tem entendido que, quanto aos documentos “não indispensáveis”, não estariam as partes impedidas de produzi-los em outras fases posteriores àquelas aludidas pelo art. 396 (*Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 415. v. 1).

Ademais, há uma tendência moderna no processo civil de admitir a juntada de documentos anteriores ao ajuizamento da ação em fase diversa da inicial ou resposta, a fim de se privilegiar a boa-fé, economia e instrumentalidade processuais.

Neste norte, não havendo espírito de ocultação premeditada, nem nítido intuito de prejudicar a parte adversa, e respeitado o contraditório, pode ser admitida a juntada de documentos referentes a fatos anteriores ao ajuizamento da ação, para que o juiz esteja mais próximo da tão buscada verdade.

Nesse sentido:

“Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo” (RSTJ 14/359). Isto é: só os documentos indispensáveis (RSTJ 37/390), como tais se considerando os “substanciais ou fundamentais” (RSTJ 100/197) (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 436, nota ao art. 367:1a).

Tal entendimento é corroborado por Humberto Theodoro Júnior:

Mesmo para os mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido

no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que “inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la”.

A solução é justa e harmoniza-se com os poderes de instrução que o art. 130 confere ao juiz, aos quais não sofrem efeitos da preclusão e podem ser manejados em qualquer momento, enquanto não proferida a sentença.

Em síntese, o entendimento dominante é o de que “a rigor, somente os documentos havidos como pressupostos da ação é que, obrigatoriamente, deverão ser produzidos com a petição inaugural e com a resposta. Tratando-se de documentos não reputados indispensáveis à propositura da ação, conquanto a lei deseje o seu oferecimento com a inicial ou a resposta, não há inconveniente em que sejam exibidos em outra fase do processo”.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, admitindo a produção de prova documental, “inclusive em razões ou contra-razões de recurso, com a única exigência de ser ouvida a parte contrária” (op. cit., p. 415).

No mesmo sentido, a jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça:

A apresentação de documentos tardiamente aos autos pelas partes poderá ser admitida, não obstante o disciplinado pelo artigo 396 do Código de Ritos, quando não se verificar a intenção de ocultar ou o propósito de surpreender o juízo, em face aos princípios da celeridade e da instrumentalidade do processo (Ap. Cív. n. 1999.001404-5, de Tubarão, rel. Des. Fernando Carioni).

In casu, os documentos cuja juntada havia sido indeferida pelo Togado monocrático vieram aos autos nesta segunda instância (fls. 910 a 923), garantida vista à parte contrária.

Dessa forma, resta aqui dar provimento ao agravo retido, ante as razões acima expostas, mantendo-se a documentação nos autos.

2 RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ BRIDGESTONE FIRESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E

COMÉRCIO LTDA.

2.1 Preliminar de cerceamento de defesa

Em preliminar, alega o cerceamento de defesa em razão de o Juiz ter invertido o ônus da prova ao prolatar a sentença, quando deveria tê-lo feito no despacho saneador, o que impediu o adequado contraditório. Afirmar, ademais, não estarem presentes a verossimilhança das alegações, nem a hipossuficiência dos autores.

Ab initio, empresta-se razão à ré, porque o juiz deve ter o cuidado de determinar a inversão do ônus probatório em fase do procedimento que ainda comporte a produção de prova. Assim, o correto é que ordene tal inversão no início da fase instrutória.

Cita-se, com o mesmo entendimento, Ronald Sharp Jr.:

A inversão do ônus da prova não é automática, exigindo que o juiz a determine em cada caso. Para evitar surpresa à atividade processual das partes, que confiam nas regras ordinárias de distribuição dos ônus probatórios (a prova dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos incumbe a quem os alega, conforme o art. 333 do CPC), a inversão do ônus da prova deverá ser ordenada pelo juiz na oportunidade do saneamento do processo e deferimento das provas a serem produzidas (*Código de defesa do consumidor anotado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 34).

Em que pese a plausibilidade do argumento recursal, no caso específico, a questão não interfere nos rumos da lide. Explica-se.

Embora o Magistrado *a quo* tenha assinalado que o ônus da prova deveria ser invertido, sobressai cristalina e claramente da sentença o exame da causa à luz da responsabilidade objetiva, nos moldes do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Além de ser patente, *in casu*, a desnecessidade de inversão do ônus probatório, a própria sentença revela que a regra de julgamento adotada é aquela inscrita no art. 12 e § 3º do Código do Consumidor.

Consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: “A responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços não conduz diretamente à inversão do ônus da prova, que se submete aos ditames do art. 6º, VII [sic], do CDC” (REsp. n. 195.031/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Destarte, a inversão do ônus da prova é um dos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor, estando subordinada ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente (art. 6º, VIII). A responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços é regra geral nas relações de consumo, e se encontra insculpida no art. 12 da Lei n. 8.078/90, não estando atrelada à regra de inversão por obra do juiz, descrita no art. 6º, VIII.

O parágrafo 3º do art. 12 é cristalino ao dizer que a responsabilidade do fornecedor somente é afastada, dentre outras hipóteses, se comprovada a culpa exclusiva do consumidor (inc. III). Neste contexto, observa-se que o Juiz, para a formação do seu convencimento, pautou-se pela regra legal do art. 12 e § 3º, sem precisar socorrer-se da inversão assinalada.

Com efeito, de uma simples leitura da sentença proferida, conclui-se que decidiu de acordo com as provas produzidas nos autos, mais especificamente pela parte autora, dando a esta ganho de causa, uma vez que a ré não se desincumbiu do seu ônus legal, ou seja, provar a exclusiva culpa da vítima no evento.

Tal assertiva extrai-se nitidamente do *decisum*, especialmente dos fundamentos expostos às fls. 758-763.

Convém destacar, a fim de confirmar a assertiva que aqui se faz, os seguintes trechos escritos pelo Togado:

além do fato da ré não ter conseguido comprovar que o sinistro aconteceu por culpa exclusiva do condutor da Brasinca, os autores assim o fizeram, provando o contrário (ônus este que sobre eles não recaía), demonstrando que foi falha da fabricação do pneu a causa única do acidente (fl. 758).[...] sobre a definição do que seja defeito do produto, no caso do pneu produzido pela ré, socorre-se mais uma vez do CDC,

que considera defeituoso o produto que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (art. 12, § 1º). É o que ocorreu no caso dos autos. Conforme se verifica pela prova colhida o pneu, por falha de fabricação, teve desprendida a sua banda de rodagem, o que levou à perda do controle do veículo Brasinca pelo condutor e à conseqüente e fatal colisão com o Caminhão do DNER (fl. 759). [...] diante disto, repita-se, com base nas provas produzidas, é realmente difícil ter outra conclusão que não seja a de que o sinistro efetivamente aconteceu pelo desprendimento da bandagem do pneu da Brasinca e que este desprendimento originou-se de defeito de fabricação (fl. 761).

Vê-se que o Magistrado, em verdade, guiou-se pela norma inculpada no § 3º do art. 12, a qual não se encontra atrelada, repita-se, à inversão do ônus probatório *ope judicis*, segundo os ditames do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90.

Salienta-se que é injustificável qualquer alegação de desconhecimento, por parte do fornecedor, da regra de exclusão de culpa adotada no art. 12, § 3º, do Código Consumerista.

De qualquer modo, a própria ré afasta seu interesse em impugnar a regra de julgamento adotada, pois, se por um lado afirma ter sido tolhida no seu direito de produzir provas, por outro assevera textualmente que comprovou nos autos a inexistência de defeito da fabricação no pneu. É a conclusão que se colhe das razões do apelo, à fl. 801:

[...] que seja avaliado e considerado o conjunto probatório, pois a Apelante com a apresentação do laudo conclusivo de seu assistente técnico e o depoimento das testemunhas arroladas, comprovou a inexistência de qualquer defeito de fabricação no pneu em questão, tendo, então, a Apelante, no tocante à inversão do ônus da prova, atendido plenamente ao que determina o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII.

Ora, se a ré afirma que atendeu plenamente aos ditames do Código do Consumidor, demonstrando a ausência de defeito de fabricação, não poderia, contraditoriamente, dizer que foi impedida de produzir provas com tal objetivo.

Afasta-se, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

2.2 Da responsabilidade objetiva da ré diante do evento danoso

No caso dos autos, toda a prova necessária ao deslinde do feito foi produzida durante a instrução processual, tais como perícia técnica, prova testemunhal e documentos colacionados pelas partes.

Conforme visto, trata-se de relação jurídica de consumo, incidindo a responsabilidade objetiva ou sem culpa, por força do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Não há controvérsia quanto ao fato do desprendimento parcial da banda de rodagem da caminhonete Brasinca conduzida por Cícero Voigt Cordeiro, genitor dos autores Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro. A ré, contudo, alega que o laudo pericial não foi conclusivo no tocante ao defeito de fabricação, nem indicou a causa do desprendimento.

Entretanto, tem-se que as informações constantes no laudo pericial (fls.199-211), aliadas às demais provas produzidas no curso da instrução processual, são suficientes para o convencimento do Juízo.

A ré diz que o perito não respondeu ao terceiro quesito, no qual se indagava a causa do desprendimento da banda de rodagem, resposta essencial e conclusiva, segundo ela, quanto à ocorrência do evento. No entanto, a resposta é encontrada no sexto quesito (“pede-se ao Sr. Perito que informe quais as principais causas que podem determinar o desprendimento da banda de rodagem de um pneu”). À pergunta ele respondeu que poderia ocorrer por falha de fabricação ou falha na utilização do pneu.

A ré considera “quase utópico pensar que uma falha pré-existente durante o processo de fabricação, só venha a se manifestar após mais de 3 (três) anos de uso, como é o caso dos presentes autos” (fl. 804). Contudo, o perito afirma, objetivamente (“*sim*”), que é possível o desprendimento da banda de rodagem após longo tempo de uso, por falha de processo, mão-de-obra ou matéria-prima (quarto quesito). A ré não faz contraprova à assertiva do experto, apenas considera “utópico” tal pensamento.

Comenta a ré que as respostas aos terceiro e quarto quesitos, se fossem adequadas, teriam levado à conclusão quanto a eventual defeito de fabricação do pneu.

Na resposta ao quarto quesito, ilustrada com fotos do pneu, indica o perito a ausência de deformação do aro metálico, afirmando, em consequência, a ausência de forte impacto no pneumático. Na fotografia n. 7, o perito aponta a ocorrência de cisalhamento na face lateral do pneu, indicando ser evidência da instabilidade no veículo.

Argumenta a ré que o perito aponta outras possíveis causas para o desprendimento da banda de rodagem (quesitos quinto e sexto). Lendo o laudo pericial, observa-se que o *expert* expõe as principais causas que podem provocar o desprendimento da bandagem do pneu, quais sejam falha de fabricação, tais como vulcanização ou uso de materiais sem qualidade, ou falha no uso, tais como constante excesso de velocidade, excesso de carga ou pressão de inflagem inadequada. Em nenhum momento descarta a possibilidade de falha de fabricação, fato, aliás, que mais plausivelmente sobressai da prova pericial. Com efeito, exsurge do laudo, em linhas gerais, que houve um deslocamento da banda de rodagem e, em função da instabilidade gerada, romperam-se a bandagem e os fios de aço componentes da cinta. Diante do estado de fratura dos fios da cinta metálica, constata o perito que houve um deslocamento súbito e elevado da bandagem (fl. 205). Também indica que ocorreu um movimento lateral da banda, em razão do cisalhamento na face lateral do pneu, fato que evidencia uma das possíveis instabilidades do veículo (fl. 208). Por outro lado, não existe indicação de que o pneu, por ocasião do acidente, estivesse desgastado, mesmo porque os indícios de corrosão nos fios de aço atribui o perito ao longo período de armazenamento do pneu (fl. 209). Salienta-se que o pneu levou cinco anos para ser periciado, porquanto o acidente ocorreu em abril de 1992 e o laudo encontra-se datado de dezembro de 1997.

Ocorre que, além do laudo pericial, todo o acervo probatório conduz à conclusão de falha na fabricação do pneu, não logrando a ré

apresentar provas concretas da ausência de defeito de fabricação, ônus que lhe incumbia.

Nenhuma outra prova indica falha do condutor do veículo, mas simplesmente que ele perdeu o controle da direção, após o desprendimento da banda de rodagem.

O boletim de ocorrência descreve que

o veículo 2, ao ter a banda de rodagem do pneu trazeiro [sic] esquerdo desprendida, acabou por desgovernar-se. Em conseqüência, seu condutor perdeu os controles da direção, invadiu a faixa contrária, indo colidir frontalmente com o veículo 1 que trafegava em sentido contrário (fl. 13).

O condutor do veículo 1, ao prestar declaração na Delegacia de Polícia, conta que a caminhonete (veículo 2) vinha a aproximadamente 120km/h, desgovernada, e avançou a pista contrária, vindo a colidir frontalmente com a caçamba do DNER (veículo 1) (fl. 85).

Também o policial rodoviário federal que atendeu ao acidente constatou que a caminhonete estava com parte da bandagem do pneu traseiro esquerdo desprendida, afirmando que “pelo trabalho da polícia concluiu-se que o fato que gerou o acidente foi o desprendimento da bandagem do pneu” (fls. 270-271).

Outra testemunha, Alexandre Rossato da Silva Ávila, afirma “que o defeito do pneu teria feito com que o motorista da caminhonete perdesse o seu controle e colidisse de frente com o caminhão que vinha em sentido contrário” (fl. 293), completando que “o pneu chamou-lhe tanto a atenção que dirigiu-se a um orelhão que havia em um posto de gasolina proximo [sic] e ligou para o Fórum de Canoinhas e conversou com um funcionario [sic] e disse-lhe que alertasse a familia [sic] de que a causa do acidente poderia ter sido o pneu” (fl. 435).

Não se vê nos autos nenhum indício de responsabilidade do condutor do veículo pelo acidente. Uma velocidade aproximada de 120km/h, em que estaria a caminhonete, conforme diz o condutor do outro veículo

envolvido no acidente, não pode ser considerada excessiva, levando-se em consideração que a estrada tratava-se de uma reta em boas condições de rodagem. Ademais, analisando as fotos de fls. 83-84, observa-se que o veículo acidentado, uma caminhonete Brasinca Andaluz, tratava-se de veículo de passeio, com cabine dupla, o que desvanece a hipótese de o deslocamento da banda de rodagem ter ocorrido em razão de possível excesso de peso. Muito menos provável é que o acidente tenha ocorrido em função de velocidade excessiva, porquanto a caminhonete estava equipada com pneu ATX 23, medidas 31x10.50 R15, próprio para esse tipo de carro, conforme se infere do documento de fl. 80. De outro vértice, é inadmissível que um pneu de caminhonete não possa suportar velocidades mais altas. É imprescindível anotar que a ré propala a todo tempo que o condutor do veículo havia turbinado o motor e estava em velocidade excessiva, fatos que, segundo ela, teriam sido decisivos para o desprendimento da banda de rodagem. Entretanto, em nenhuma oportunidade demonstra a velocidade que, em princípio, poderia ser suportada pelo pneu por ela fabricado. Vê-se, aliás, que o boletim informativo Bridgestone/Firestone expõe as características do pneu tipo ATX 23, sem trazer nenhuma informação acerca do limite de velocidade “suportável” (fl. 80).

Lembra-se que se está diante da responsabilidade objetiva abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor. Então, compete à ré, na condição de fornecedora, comprovar a culpa exclusiva do consumidor, para que possa eximir-se da responsabilidade de responder objetivamente pelo evento danoso.

Relativamente à *responsabilidade sem culpa*, é oportuno transcrever a lição de José Carlos de Oliveira:

Quando o Código se utiliza dessa expressão, institui a responsabilidade objetiva do fornecedor. Isso significa que o fornecedor será responsabilizado pela indenização, mesmo que não tenha agido com negligência, imperícia ou imprudência, ou seja, mesmo que não tenha tido culpa. A defesa do fornecedor, na hipótese de acidente de consumo, somente poderá basear-se em três situações: a) prova de que não colocou o produto no mercado; b) prova de que o defeito não existe; c) prova de

que a culpa pelo fato foi exclusivamente do consumidor ou terceiro. É justo, então, que, se o fornecedor não tem nenhuma relação com o acidente, não se responsabilize pelos danos dele decorrentes. *Lembre-se, contudo, de que a prova dessa isenção sempre caberá ao fornecedor (Código de defesa do consumidor: doutrina, jurisprudência e legislação complementar. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 55, grifou-se).*

No mesmo sentido, os seguintes arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PREJUÍZOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES DECORRENTES DE INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E NEXO CAUSAL COM OS DANOS E LUCROS CESSANTES COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A fornecedora de energia elétrica, embora sujeita ao regime do cooperativismo, assume posição equivalente à concessionária de serviço público perante o consumidor. Na atividade de prestação de serviço público de energia elétrica, o art. 22 do CDC preceitua que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. *A prestadora de serviço de energia elétrica sujeita-se, assim, ao regime da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, isentando-se da responsabilidade somente quando provar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva da vítima (consumidor) ou de terceiro (§ 3º do art. 14). Trata-se, na hipótese, de inversão legal do ônus da prova, na qual a ré possui o ônus de provar alguma das causas excludentes previstas no § 3º, do art. 14.* Comprovados o defeito na prestação de serviço, consubstanciado no desligamento da rede elétrica, sem comunicação prévia efetiva à Cooperativa que armazena grande quantidade de gênero alimentício perecível, o nexo causal entre o defeito e os danos materiais e lucros cessantes produzidos, consistentes na queima do motor de resfriamento e nos inúmeros litros de leite que azedaram, impende reconhecer o dever da Companhia de indenizar a autora. Exegese do art. 22 c/c o § 3º do art. 14 do CDC. Sentença mantida. Apelo improvido. Unânime (Ap. Cív. n. 70012320719, rel. Odone Sanguiné, julgada em 14-12-2005, grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. ACIDENTE DE CONSUMO. DEFEITO DO PRODUTO. BOTTIÃO DE GÁS. EXPLOSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS. Considerando-se a

aplicação da legislação especial para acidentes de consumo, impõe-se a responsabilização dos fornecedores componentes da cadeia de consumo na forma objetiva, o que significa a dispensa da prova de culpa para restar evidenciado o dever de indenizar, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade. Restando demonstrado que a queima parcial da residência decorreu da explosão do botijão de gás em face do defeito nele verificado, impõe-se a responsabilidade das rés pelos danos morais e materiais sofridos pelos demandantes. *Ademais, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor que ora se reconhece decorre de disposição legal expressa (ope legis). Com efeito, o CDC, em seu art. 14, § 3º, deixa claro que compete ao fornecedor o ônus de provar a inexistência de defeito no produto, ônus do qual nenhuma das demandadas se desincumbiu.* Outrossim, não foram demonstradas quaisquer excludentes de responsabilidade, ainda que se reconheça, em menor grau, a parcela de culpa da autora pelo evento danoso por ter manuseado produto altamente inflamável, como o gás, próximo a fontes de calor (fogão). APELO PROVIDO (Ap. Cív. n. 70012202297, relatora Marilene Bonzanini Bernardi, julgada em 24-8-2005, grifou-se).

No caso, a ré tenta atribuir a culpa ao condutor do veículo, dizendo que havia turbinado o motor, imprimindo-lhe velocidades excessivas. Sendo assim, deveria comprovar a culpa exclusiva da vítima, ônus do qual não se desincumbiu. Aliás, a declaração de fl. 108, prestada pela concessionária autorizada da General Motors do Brasil Ltda., atesta que o veículo Brasinca Andaluz, adquirido pela vítima, veio da fábrica com a turbina instalada. A ré não logrou infirmar tal declaração e, portanto, não pode querer atribuir qualquer culpa à vítima, pois nem sequer foi a responsável pela instalação do equipamento.

Da mesma forma, não logrou demonstrar a ausência de defeito de fabricação do pneu. O relatório do assistente técnico da ré (fls. 224-228) conclui pela *impossibilidade de estabelecer a causa* do desprendimento da bandagem, anotando que *é remota a probabilidade de falha de fabricação*, após mais de 3 anos de uso. O assistente faz ressalvas e diverge do laudo pericial, mas não chega à conclusão da causa do descolamento da banda, nem de eventual culpa do condutor.

De outro lado, a testemunha trazida pela ré não foi capaz de expor, convincentemente, a realidade dos fatos. Em seu depoimento (fl. 306),

José Batista Gusmão explana, em termos de suposição, que o acidente teria ocorrido em função de agente externo, como o calor do atrito, as condições de uso do pneu ou do veículo. O depoente afirma que “não é tecnicamente possível que a banda de rodagem do pneu se solte de sua carcaça abruptamente e de uma vez só”.

Todavia, laudo técnico de transcrição de fita de videocassete, elaborado pelo perito criminalístico Valdecir Figueiredo, revela reportagens acerca de defeitos surgidos em pneus da ré, das quais se extrai que no calor os pneus descascam e a banda de rodagem separa-se, provocando acidentes, pois em geral o motorista perde o controle da direção (fl. 600).

Da mesma forma, contrariamente ao que afirma a testemunha, o jornal O Estado de S. Paulo, de 10-8-2000, traz reportagem intitulada “Como um problema de pneu virou uma crise para Ford e Firestone”, nela informando a ocorrência de acidentes com pneus da Firestone (ré) “que se dilaceraram repentinamente em estradas” ou “que se desfizeram em plena estrada” (fl. 614). A notícia, divulgando a constatação nos EUA de defeitos de qualidade nos pneus, expõe os seguintes termos:

Ontem, diante de uma investigação federal aberta para averiguar 46 mortes e 270 acidentes envolvendo os pneus da Firestone que se dilaceraram repentinamente em estradas, a fabricante de pneus disse que vai fazer o *recall* de mais de 6,5 milhões de pneus, a maioria deles usados em Ford Explorers e outros utilitários esportivos da Ford. [...] Além disso, relatórios arrepiantes de repentinos acidentes, algumas vezes fatais, causados por pneus que se desfizeram em plena estrada irão provavelmente levantar debates contínuos sobre a segurança dos utilitários esportivos.

Os laudos periciais de transcrição de fitas cassetes (fls. 593-612) representam fatos públicos divulgados na mídia televisiva, dando conta de defeito de fábrica nos pneus da Firestone, que teriam provocado, especialmente nos Estados Unidos, muitos acidentes com morte (fl. 597). O defeito estaria enfocado, especialmente, no descolamento da banda de rodagem, como no caso dos autos, perdendo o motorista o controle da direção (fl. 600). Diz a reportagem, inclusive, que o governo americano

anunciou que iria reunir provas para processar a Firestone, acusada de esconder defeitos graves nos pneus por ela produzidos (fl. 604).

Em reportagem contida no jornal Folha de S. Paulo do dia 10-8-2000, intitulada “Firestone troca 6,5 mi de pneus nos EUA”, procura-se esclarecer o defeito, nos seguintes termos: “A banda de rodagem (uma das camadas que formam o pneu) se desprende e pode enrolar no eixo. O pneu pode estourar ou se soltar. A maioria dos acidentes aconteceu a velocidades altas (entre 88 km/h e 120 km/h) e em climas quentes” (fl. 615).

Extraí-se, ainda, das notícias divulgadas na imprensa escrita, que os problemas com os pneus da Firestone vêm se apresentando já há algum tempo. A Folha de S. Paulo de 10-8-2000 (fl. 615) e a Revista Veja de 23-8-2000 (fl. 616) informam a realização de um grande *recall* realizado pela ré no ano de 1978. A revista completa a notícia dizendo que

a perícia comprovou que os acidentes ocorriam em geral quando os veículos percorriam uma grande distância em alta velocidade. A banda de rodagem – a parte do pneu em contato com o solo – se soltava das laterais, levando o pneu a se dilacerar em segundos (fl. 616).

É inevitável relacionar esses fatos divulgados na mídia com a presente causa. Segundo as notícias, os acidentes ocorrem em virtude do desprendimento da banda de rodagem, geralmente quando o veículo está em alta velocidade, fazendo com que o motorista perca o controle da direção. É justamente a hipótese ocorrida nos autos. O veículo conduzido por Cícero Voigt Cordeiro transitava em velocidade aproximada de 120 km/h, em uma reta, asfaltada e em boas condições (fls. 81-82), quando a banda de rodagem desprende-se, fazendo-o invadir a pista contrária e colidir frontalmente com outro veículo. É incontestável que a colisão decorreu da soltura da banda de rodagem, fazendo com que o motorista perdesse o controle do carro. De outro vértice, não restou comprovada a ausência de defeito na fabricação do pneu, tampouco a culpa exclusiva da vítima no evento. Ao contrário, são veementes e convincentes os indícios de que o desprendimento da bandagem deu-se, realmente, por defeito de fabricação.

Convém ressaltar que é plenamente admissível o julgamento com base em prova indiciária, consoante afirmado no seguinte aresto:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE – PRINCÍPIO DA PERSUAÇÃO RACIONAL – INDÍCIOS E PRESUNÇÕES – MEIOS PROBATÓRIOS – POSSIBILIDADE – VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA – SIMULAÇÃO – OCORRÊNCIA – DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO – IRRELEVÂNCIA – ÔNUS DA PROVA. *O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento fundamenta-se na idéia de que o juiz, partindo das provas produzidas nos autos, deve, mediante um critério de apreciação prudente, chegar a uma conclusão livre, decidindo-se em conformidade com as suas próprias categorias mentais, utilizando os seus conhecimentos e a sua experiência pessoal. Admitindo o artigo 332 do Digesto Processual todos os meios de prova moralmente legítimos e, constituindo a razão desse preceito sancionar os novos meios de prova surgidos com as rápidas transformações da sociedade, é de se reconhecer os indícios como elementos probatórios, desde que devidamente concatenados dentro de um raciocínio lógico, e da presunção como processo de elaboração mental realizado pelo julgador, observada uma relação de causalidade, para firmar um fato desconhecido.* Em virtude do disposto no artigo 1.132 do Código Civil, os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem o consentimento expresso dos demais, máxime se comprovada a simulação no ato de celebrar contrato de compra e venda por interposta pessoa. O direito de preferência na aquisição em uma eventual venda de imóvel, realizada entre ascendente e descendente, decorrente de contrato de locação, não configura motivo suficiente para invalidar a presunção de simulação do negócio, porquanto tal venda, realizada por interposta pessoa, é expressamente defesa em lei (Ap. Cív. n. 293.867-8/000(1), do TJMG, relatora Desa. Jurema Miranda, julgada em 16-2-2000, grifou-se).

Assim, dos elementos contidos nos autos verifica-se que restaram suficientemente comprovados o evento danoso (acidente de trânsito com morte), o dano sofrido pelos autores, advindo do falecimento dos genitores de Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro e do filho de Juvelina Ganem, bem como o nexo de causalidade entre o evento e o dano.

Presentes, pois, os requisitos da responsabilidade objetiva da ré e, conseqüentemente, o dever de indenizar.

2.3 Do grau de culpa do condutor do veículo

Conforme exaustivamente analisado no tópico acima, a ré não logrou comprovar a culpa da vítima para a ocorrência do acidente. Desta feita, inócuo falar-se a respeito de grau de culpa do condutor do veículo.

2.4 Da pensão alimentícia fixada

Postula a ré seja a pensão fixada em 1 salário mínimo para cada um dos autores, pois não existe prova dos rendimentos das vítimas, devendo, ainda, ser abatido 1/3 do valor a título de gastos pessoais, e mais os impostos incidentes.

Existem sim, nos autos, elementos suficientes para aferir a renda, pelo menos aproximada, das vítimas do acidente.

Cícero Voigt Cordeiro era advogado com escritório próprio e, evidentemente, não tinha remuneração fixa, porém, de acordo com declaração do Presidente da Subseção da OAB/SC de Canoinhas, o *pro labore* é estimado entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) salários mínimos (fl. 358). Inclusive, Dalio Zippin, advogado militante em Curitiba, afirma que Cícero percebia honorários superiores aos seus (fl. 347).

Maria de Lourdes Zaguini Cordeiro, segundo consta, cuidava da Livraria Zaguini e, como administradora da empresa (fl. 468), percebia um *pro labore* em média de 20 (vinte) salários mínimos (fl. 364).

Os rendimentos indicados são perfeitamente condizentes com o padrão de vida das vítimas revelado pela prova testemunhal. De acordo com as testemunhas (fls. 345, 347, 349, 628, 630, 653), Cícero e Maria de Lourdes tinham padrão de vida bem elevado, freqüentavam a alta sociedade e pertenciam à classe abastada; moravam numa das melhores casas da cidade (fotos de fls. 366-368); tinham outros imóveis; possuíam carros novos; costumavam viajar bastante, inclusive para o exterior; a atuação de Cícero como advogado progredia, com uma das bancas de advocacia mais bem-sucedidas da cidade e clientela elitizada; a livraria Zaguini era a maior do município e tinha excelente conceito, com bom faturamento.

Além disso, os documentos de fls. 910-922 demonstram que os autores Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro, juntos, dependem quase R\$ 2.000,00 (dois mil reais) somente com mensalidade escolar, cursos e despesas médico-odontológicas.

É oportuno salientar que a pensão alimentícia pode ser fixada levando-se em consideração os sinais exteriores de riqueza, ainda que não exista prova objetiva dos rendimentos que efetivamente recebiam as vítimas.

Nesse sentido:

Reconhecida a relação de parentesco, demonstrada a necessidade do alimentando e ausentes elementos objetivos que indiquem a real situação financeira do alimentante, deve ser mantida a sentença que fixou o valor da pensão alimentícia em patamar razoável, com atenção aos sinais exteriores de riqueza (Ap. Cív. n. 2005.035955-1, de Blumenau, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, julgada em 6-7-06).

À míngua de provas específicas quanto aos rendimentos reais do alimentante, deve o magistrado, na tarefa de fixação dos alimentos, valer-se dos sinais exteriores de riqueza daquele, a denotarem, ante a visão de seu patrimônio e de seu modo de vida, o seu verdadeiro poder aquisitivo, mormente quando se tratar de empresário ou de profissional liberal, dada a pouca credibilidade das declarações unilaterais feitas por eles, em Juízo, a respeito de seus rendimentos mensais (Ap. Cív. n. 2003.004532-5, de Concórdia, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgada em 16-9-04).

Diante das provas documental e testemunhal carreadas aos autos, é de se considerar que as vítimas, juntas, percebiam cerca de 60 salários mínimos. Interessa observar que o padrão de vida delas, segundo informam as testemunhas, condiz com o ganho, em média, de 60 salários mínimos, ou seja, R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), considerando-se o salário mínimo vigente à época da sentença (R\$ 180,00).

Levando em conta que a família era composta por quatro pessoas, é plausível a fixação da pensão alimentícia em 15 salários mínimos (valor da época da sentença) para cada filho, considerando que os dois quartos restantes destinar-se-iam aos gastos pessoais das vítimas.

Utilizando semelhante lógica de raciocínio, veja-se o seguinte aresto:

PENSÃO MENSAL. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS INDICADORES DA RENDA MENSAL DA VÍTIMA. FIXAÇÃO EM 2/3.

Havendo nos autos prova do valor auferido pela vítima a título de renda mensal à época do acidente, impõe-se a fixação da pensão devida aos seus dependentes em dois terços (2/3) daquele montante, considerando-se que o terço restante destinar-se-ia aos seus gastos pessoais (Ap. Cív. n. 1998.016902-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

Todavia, considerando a incidência automática dos descontos legais devidos, a verba alimentícia deve ser reduzida para 10,5 salários mínimos líquidos.

No tocante à vítima José Ganem Filho, o Juiz fixou a pensão alimentícia em 4 (quatro) salários mínimos; porém, diz a ré que esse valor já deve estar sendo recebido por Juvelina Simão Ganem, genitora da vítima, como beneficiária da aposentadoria do Besc, representando dupla indenização.

Os documentos de fls. 34-35, dos Autos n. 015.95.004859-7, comprovam que José Ganem Filho era aposentado pelo Besc e a declaração de rendimentos de fl. 33, dos mesmos autos, esclarece que a autora era dependente de seu filho.

Todavia, a vítima não sobrevivia exclusivamente dos rendimentos da aposentadoria. Com efeito, consta nos autos que José Ganem Filho era decorador de bastante relevo na região do Planalto Norte catarinense. Inclusive, consoante a declaração de rendimentos de fl. 33, auferia renda de uma segunda fonte pagadora, a “Iluminação Moderna Ltda.”.

Sendo assim, é correto concluir que houve redução da condição econômica da autora, porquanto seu filho deixou de exercer a atividade de decorador, que complementava a renda mensal. É justo, portanto, que a ré supra a redução dos rendimentos ocorrida em função da morte dele.

De outro vértice, afasta-se a alegação da ré de não estar provado que a autora vivia às expensas do filho. Além de constar como dependente deste (fl. 33 dos Autos n. 015.95.004859-7), está demonstrado nos autos que José Ganem Filho vivia com a mãe, a qual tinha mais dois filhos, um já falecido e outra que vivia em Florianópolis (fls. 345-349). Nesta situação, é plenamente admissível concluir que a vítima contribuía para o sustento da genitora.

Por outro lado, os rendimentos da vítima acham-se comprovados à fl. 33 dos Autos n. 015.95.004859-7, devendo ser mantidos os 4 salários mínimos (valor da época da sentença) líquidos, equivalentes a R\$ 720,00 (setecentos e vinte reais), porquanto essa quantia, certamente, está ainda bastante aquém daquilo que a vítima auferia mensalmente como decorador.

2.5 Do quantum fixado a título de dano moral

Sabe-se que não existem parâmetros objetivos para a estipulação do dano moral, por isso deixa-se o arbitramento à prudente convicção do magistrado diante da análise do caso concreto.

Sobre o tema, ensina José Raffaelli Santini:

Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso 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).

In casu, o Juiz fixou a quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um dos três autores, a título de reparação pelos danos morais.

A respeito da quantificação do dano moral, devem ser levados em consideração alguns elementos, sobretudo a intensidade do sofrimento da vítima; a gravidade da ofensa causadora do dano; o grau de culpa do lesante; a situação econômica do lesante, bem como a condição social do lesado, para se evitar o enriquecimento sem causa; e a função admonitória da sanção, com objetivo de desestimular a reincidência.

É lógico que o dano moral não poderá ser reparado na sua integridade, pois tem natureza preponderantemente anímica. Todavia, isso não significa que a reparação não poderá ser compensatória.

A doutrina, ao determinar a reparação dos danos morais, salienta duas finalidades: indenizar pecuniariamente o ofensor, proporcionando-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.

A indenização não pode ser ínfima, devendo-se observar a sua natureza compensatória para a vítima e sancionatória ao ofensor, inibindo este de praticar no futuro infração semelhante, mas também não pode ser excessiva, traduzindo-se em fonte de enriquecimento para a vítima.

Humberto Theodoro Júnior ensina:

Em análise recente, feita à luz da Constituição de 1988, o grande civilista Caio Mário da Silva Pereira traçou o seguinte balizamento para a fixação do ressarcimento no caso de dano moral, que, sem dúvida, corresponde à melhor e mais justa lição sobre o penoso tema:

“A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido.

Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva” (*Dano moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 32).

O Magistrado, ao fixar o valor da indenização, deve conjugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com a teoria do desestímulo.

O acidente, ocorrido em 1992, deixou órfãos de pai e mãe os autores Cícero e Betina, que, à época, contavam apenas 5 (cinco) e 2 (dois) anos de idade, respectivamente. É presumível o sofrimento das crianças, que se viram privadas da presença dos pais tão cedo, justamente na idade em que mais precisavam de cuidados. Da mesma forma, é imaginável o forte sofrimento da autora Juvelina Ganem pela perda do filho José Ganem Filho, pois somente aquele que passa pela lastimável situação da morte de um filho sabe a intensa dor gerada, que, muitas vezes, supera a própria dor pela perda dos pais. Não obstante, é natural que, no caso, a perda simultânea dos pais dos autores Cícero e Betina tenha causado grande desajuste, considerando-se que, à época, eram crianças de apenas 5 (cinco) e 2 (dois) anos, ainda completamente dependentes dos pais. Foram gravíssimos os efeitos do sinistro, gerando a morte de três pessoas, resultado atribuível à ré, por falha na fabricação do pneu que equipava o veículo. Por outro ângulo, é indiscutível o elevadíssimo potencial econômico da ré, empresa de porte internacional e famosa no ramo de pneumáticos. Quanto às vítimas, conforme já analisado, desfrutavam de boa condição social.

Apesar das circunstâncias graves que envolveram o caso, é forçoso concluir que o valor fixado a título de danos morais não deve ser traduzido em fonte de enriquecimento.

Assim, considerando as condições socioeconômicas das partes lesadas e do lesante, a gravidade do fato (acidente que resultou em morte de três pessoas) e sua repercussão na esfera jurídica dos lesados, entende-se que é suficiente a fixação do valor indenizatório em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um dos autores, devendo a correção monetária,

porém, incidir a partir da decisão neste segundo grau, e não a partir da citação, conforme estipulado na sentença.

Convém ressaltar que a condenação da ré no pagamento de indenização, independentemente do valor, é o bastante para caracterizar a procedência total do pedido de indenização por danos morais, não havendo falar em sucumbência recíproca.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] III. O não acolhimento do valor atinente ao dano moral postulado pela parte autora, dada à dificuldade de ser por ela aferido, é entendido como meramente estimativo, pelo que, em obtendo montante menor, daí não resulta motivo para a aplicação do art. 21 do CPC, fixada a sucumbência exclusivamente a seu favor, que já fica proporcionalizada por incidir sobre o *quantum* efetivo da indenização finalmente obtida (REsp. n. 265.350 – rel. Min. Ari Pargendler).

2.6 Do quantum fixado a título de danos materiais causados no veículo

Os danos materiais, ao contrário do alegado pela ré, estão sobejamente comprovados pelos orçamentos de fls. 15-24.

Cuidando-se de orçamentos emitidos por oficinas mecânicas cuja idoneidade não é suspeita, incumbiria à ré impugná-los de forma específica para cada um dos itens, a fim de desconstituir a prova dos danos materiais, consoante determina a regra do art. 333, II, do Código de Processo Civil. Lembra-se que não é admitida, nesses casos, a impugnação de forma genérica e abrangente, devendo a parte interessada produzir prova que invalide o orçamento apresentado e, por conseguinte, desmereça a comprovação dos danos materiais.

Neste sentido as seguintes decisões:

DANOS MATERIAIS – VEÍCULO SEM CONDIÇÕES DE CIRCULAÇÃO – DESMONTE – INDENIZAÇÃO NO VALOR DAS PEÇAS DANIFICADAS PELA COLISÃO – ORÇAMENTO DE MENOR VALOR DE ACORDO COM O ELABORADO POR OFICINA ESPECIALIZADA – INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS ITENS APRESENTADOS – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS – MANUTENÇÃO DO MONTANTE

FIXADO NA SENTENÇA (Ap. Cív. n. 2004.003209-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nicanor da Silveira, julgada em 22-9-05).

ORÇAMENTO. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. DESCONSIDERAÇÃO.

A impugnação ao orçamento não é admitida de forma genérica e abrangente, há que ser específica para cada um dos itens, devendo ser produzida a prova que invalide o orçamento apresentado, o que, em não ocorrendo, torna a impugnação despicienda (Ap. Cív. n. 1999.009754-4, de Correia Pinto, rel. Des. Silveira Lenzi, julgada em 21-9-99).

Deste relator:

A impugnação ao orçamento não pode ser genérica e abrangente (ainda mais quando se preserva a idoneidade da oficina que o apresentou), mas sim específica para cada um dos itens e com a devida prova, já que o que importa é chegar-se ao justo valor da indenização, valor este que seja equivalente ao dos reparos a serem efetuados no veículo sinistrado (Ap. Cív. n. 1999.001550-5, de Tubarão).

Portanto, têm-se por comprovados os prejuízos materiais.

Quanto à eventual existência de seguro do veículo, não compete ao Judiciário buscar a prova, mas, sim, à ré, parte interessada.

No tocante ao abatimento do valor referente ao seguro obrigatório do montante do ressarcimento, diga-se que somente se dará diante de prova, ou de expressa menção ao recebimento da referida quantia pelo autor da ação indenizatória, hipóteses inócenas nos autos.

Idêntico entendimento é perfilhado neste Sodalício:

A parcela referente ao seguro obrigatório pode ser deduzida do montante indenizatório, se comprovado que os familiares da vítima tenham-na efetivamente recebido (Ap. Cív. n. 1998.001957-5, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Não havendo prova nos autos de que o seguro obrigatório foi pago aos beneficiários, não se o pode deduzir do montante a ser pago por aquele que deu causa ao evento (Ap. Cív. n. 1999.017662-2, rel. Des. Sérgio Paladino).

O seguro obrigatório é passível de abatimento da indenização desde que comprovado o seu recebimento pelos familiares da vítima. Afirmado

na contestação esse pagamento e desde que não contrariada a assertiva, deve a parcela do DPVAT ser deduzida da quantia indenizatória (Ap. Cív. n. 1998.006281-0, rel. Des. Alcides Aguiar).

Do mesmo modo, não há falar em abatimento dos salvados, porquanto os documentos de fls. 15-16 deixam clara a perda total do veículo.

2.7 Das despesas de funeral

Alega a ré que as despesas com funeral não foram comprovadas nos autos.

As despesas com funeral, conforme expressamente previsto no art. 1.537, I, do Código Civil, vigente à época dos fatos, devem ser indenizadas.

Embora não tenham restado comprovadas essas despesas, não podem ficar fora da condenação, devendo o *quantum* ser apurado em oportuna liquidação por artigos.

Nesse sentido:

A ausência da comprovação das despesas com funeral e ganhos do *de cuius* deve ser objeto de oportuna liquidação por artigos (Ap. Cív. n. 2000.016348-1, da comarca de Tubarão, rel. Juiz Torres Marques, julgada em 2-10-2001).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOMICÍDIO. CUMULAÇÃO DE DANOS MATERIAL E MORAL. DESPESAS COM FUNERAL. CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL. I – NÃO RESTANDO DEMONSTRADO NO CURSO DA DEMANDA O VALOR EXPENDIDO COM AS DESPESAS DE FUNERAL, POSSÍVEL POSTERGAR-SE PARA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA A DETERMINAÇÃO DO SEU QUANTUM, CONSIDERANDO-SE OS USOS E COSTUMES ADOTADOS NO LUGAR E PELAS PESSOAS PERTENCENTES À MESMA CLASSE SOCIAL DA VÍTIMA. [...] APELO IMPROVIDO. (11 fls.) (Ap. Cív. n. 599422698, do TJRS, relatora Matilde Chabar Maia, julgada em 22-9-1999).

Assim, acertada a decisão singular ao determinar a apuração do valor em liquidação de sentença.

2.8 *Da constituição de capital*

Afirma a ré ser incabível a cumulação de pensão com a constituição de capital para assegurar a renda, mesmo porque poderiam os autores ser incluídos em folha de pagamento.

Esclarece-se, desde logo, que a constituição de capital é consectário legal da condenação a prestação de alimentos, nas indenizações por ato ilícito, consoante prescreve o art. 602 do Código de Processo Civil. Assim, não há falar em cumulação, mas em consequência legal da condenação a prestação de alimentos.

Segundo o art. 1.518 do Código Civil de 1916: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado”.

E, consoante o art. 602, *caput*, do Código de Processo Civil: “Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

O dever de constituir capital para assegurar o cumprimento da obrigação de indenizar vem preconizado no Código Civil e no Código de Processo Civil, para os casos de condenação ao pagamento de pensão alimentícia. Dessa forma, mesmo as empresas idôneas devem seguir o mandamento legal.

Destaca-se deste Tribunal de Justiça:

CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR MESMO PARA AS EMPRESAS IDÔNEAS – RECURSO DOS AUTORES PROVIDO, DA EMPRESA IMBRALIT LTDA. PROVIDO PARCIALMENTE E DAS DEMAIS DESPROVIDOS.

[...]

“Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento” (art. 602,

caput, do CPC) (Ap. Cív. n. 1999.016422-5, de Criciúma, rel. Dionízio Jenczak, julgada em 17-12-04).

Havendo condenação de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito, o ofensor é obrigado a constituir capital para garantir o cumprimento da respectiva obrigação (art. 602 do CPC) (Agravamento de Instrumento n. 2003.010918-8, de Criciúma, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 16-9-04).

E, para finalizar:

Mesmo possuindo considerável porte econômico, a substituição da constituição de capital por inclusão em folha de pagamento mostra-se temerária, em face das incertezas econômicas que devastam nosso país, sendo certo que empresas sólidas, como apresentam-se as rés, podem sofrer variações em seu poder econômico dentro de curto espaço de tempo, prejudicando o pagamento da pensão (Ap. Cív. n. 2001.023031-3, de Itajaí, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, julgada em 25-5-04).

A notória solvabilidade da empresa condenada a pagamento de pensão mensal decorrente de ilícito extracontratual não autoriza a substituição da constituição de capital, prevista no artigo 602 do Código de Processo Civil, pela inclusão do beneficiário em folha de pagamento, pois não se pode ter certeza de que essa situação perdure até o termo final da indenização (EDAC n. 2000.020084-0/0001.00, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

Mantém-se, portanto, a condenação à constituição de capital.

2.9 Da condenação às custas processuais

Reclama a ré ser incabível a sua condenação ao pagamento das custas processuais, já que os autores são beneficiários da assistência judiciária.

É absolutamente fora de contexto a alegação, porquanto beneficiários da assistência judiciária são os autores e não a ré, nada impedindo, por óbvio, seja condenada ao pagamento das custas processuais.

A suspensão do pagamento das custas processuais pelo prazo previsto no art. 12 da Lei n. 1.060/50 cabe à parte beneficiária da assistência

judiciária, não impedindo a condenação da parte adversa, a quem não foi concedido o benefício legal, ao pagamento das referidas custas.

2.9.1 Do artigo 20 e parágrafos do CPC

O Juiz monocrático, certamente, equivocou-se ao indicar o art. 21 e parágrafos na condenação aos honorários advocatícios, sendo necessário ajustar o dispositivo legal para o art. 20 e parágrafos.

2.9.2 Dos honorários fixados na lide secundária

Alega a ré que, ao ser apreciada a lide secundária, não foi mencionado se a verba honorária de 10% refere-se também à ação principal ou não.

Diga-se, desde logo, que a insurgência está prejudicada, porquanto incabível, no caso, condenação a honorários advocatícios da litisdenúncia, conforme se verá no recurso a seguir analisado.

3 RECURSO INTERPOSTO POR ACE SEGURADORA S.A.

3.1 Da responsabilidade da empresa ré e da pensão alimentícia estabelecida

Argumenta a seguradora que os autores não provaram o defeito do pneu nem o nexo de causalidade entre este e o sinistro.

A provas constantes nos autos foram exaustivamente analisadas no recurso anterior, concluindo-se pela responsabilidade da ré diante do evento danoso. São dispensáveis, portanto, mais digressões acerca do assunto.

Quanto à questão relativa à pensão alimentícia, é de se dar provimento ao recurso, para reduzir as verbas destinadas a Cícero e Betina para 10,5 salários mínimos líquidos, remetendo-se aos fundamentos expostos no recurso da ré.

3.2 Da cobertura securitária dos danos morais

A seguradora litisdenunciada argumenta que o contrato de seguro restringe-se ao reembolso por indenizações de danos pessoais, assim definidos como doença ou dano corporal e/ou material.

A alegação, entretanto, de que não podia ter sido condenada a indenizar o dano moral sofrido pelos autores não merece ser acolhida.

Esta Corte de Justiça, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem decidido que o abalo moral é uma espécie de dano pessoal que, embora não exteriorizado no corpo da vítima, fere-lhe o interior, os sentimentos e, da mesma forma, ocasiona sofrimento, assim como as seqüelas no corpo físico.

Por oportuno:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PREQUESTIONAMENTO. FALTA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DANOS PESSOAIS COMPREENDEM O DANO MORAL. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DE EXPRESSA EXCLUSÃO DO DANO MORAL. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. REDUÇÃO PELA METADE DO VALOR DA PENSÃO APÓS OS 25 ANOS DE IDADE DA VÍTIMA. PRECEDENTES.

[...]

2 – Esta Corte tem entendimento assente no sentido de que no contrato de seguro em que a apólice prevê cobertura por danos pessoais, compreendem-se nesta expressão os danos morais (REsp. n. 591.729/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 8-11-05).

RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGURO. DANO PESSOAL. DANO MORAL. O dano pessoal coberto pela apólice de seguro necessariamente compreende o dano moral, pois este é espécie de dano pessoal. Precedentes. Recurso conhecido pela divergência e provido (REsp. n. 290.934/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 2-4-01).

No caso, afigura-se cristalina a obrigação de indenizar o dano moral sofrido pelos autores, porque, segundo as condições gerais da apólice (cláusula 1ª), o seguro tem o objetivo de reembolsar o segurado das quantias pelas quais vier a ser responsável civilmente, relativas a reparações de danos pessoais e/ou materiais (fl. 77).

Ademais, não existe nos autos nenhum documento, daquela época, que comprove a exclusão expressa da indenização por dano moral.

Assim sendo, não pode a seguradora pretender restringir a amplitude do benefício, entendendo-se, ao contrário, que a cobertura pelo dano moral, por ser espécie de dano pessoal, encontra-se prevista implicitamente no seguro. Desta feita, constando no contrato previsão de cobertura para danos pessoais e inexistindo exclusão expressa por danos morais, deve-se dar à cláusula a interpretação mais favorável ao segurado, porquanto se trata de contrato de adesão.

A jurisprudência é tranqüila nesta Corte Estadual:

DENUNCIÇÃO DA LIDE – SEGURO – CONDIÇÕES GERAIS DO SEGURO JUNTADA PELA SEGURADORA PREVENDO A EXCLUSÃO DE DANO MORAL – DOCUMENTO IMPRESTÁVEL A CONFORTAR A PRETENSÃO DA DENUNCIADA – ALEGAÇÃO DE QUE A APÓLICE DE SEGURO NÃO PREVÊ COBERTURA PARA O “DANO MORAL” – IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO – O DANO MORAL, POR SER ESPÉCIE DE “DANO PESSOAL”, DEVE SER INDENIZADO PELA SEGURADORA – HIPÓTESE QUE, PELAS DIMENSÕES DO DANO, INDEPENDE DE DEMONSTRAÇÃO FÁTICA DO PREJUÍZO.

O dano moral é uma espécie de dano pessoal e, se o último estiver previsto no contrato de seguro, tem a seguradora a obrigação de ressarcir o abalo moral suportado pelas vítimas, mesmo porque, tratando-se aquele de contrato tipicamente de adesão, deve ser interpretado de maneira mais favorável ao aderente (Ap. Cív. n. 2003.014062-0, de Porto União, rel. Des. Mazoni Ferreira, julgada em 18-5-06).

DENUNCIÇÃO À LIDE – CONTRATO DE SEGURO – ALEGAÇÃO DE COBERTURA APENAS DE DANOS PESSOAIS E MATERIAIS – EXCLUSÃO DO DANO MORAL DO RESSARCIMENTO – IMPOSSIBILIDADE – ESPÉCIE DE DANO PESSOAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Pacificado o entendimento de que os danos morais incluem-se entre os danos pessoais constantes na apólice. Portanto, não demonstrada a limitação ou particularização dos riscos, responde a seguradora também pelos danos morais, conforme previsto no art. 1.460 do Código Civil/1916 (Ap. Cív. n. 1999.001159-3, de Videira, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, julgada em 18-11-03).

Não demonstrada a limitação ou particularização dos riscos, responde a seguradora também pelos danos morais, os quais reputam-se incluídos nos

danos pessoais previstos na apólice (Ap. Cív. n. 2002.005293-6, de Biguaçu, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento).

Nesse contexto, é a seguradora responsável pela cobertura da indenização por danos morais a que foi condenada a ré, no limite da apólice.

3.3 Da condenação a honorários advocatícios na lide secundária

Por outro lado, merece ser acolhida a insurgência recursal da seguradora contra a condenação aos honorários advocatícios da lide secundária.

Isso porque ela aceitou expressamente a denunciação da lide, inclusive auxiliando na defesa da segurada, conforme se verifica nos autos (fls. 121-137).

A respeito do tema, tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Honorários advocatícios. Denunciação da lide.

I – Se não há “resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação” (Resp. n. 45.305-SP). Caso contrário, se a denunciada enfrenta a própria denunciação e é vencida, responde pela verba advocatícia (REsp. n. 142.796, Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA DENUNCIADA. RECURSO PROVIDO.

– Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide, em relação à ré-denunciante (REsp. n. 530.744, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A jurisprudência deste Sodalício orienta-se no mesmo sentido:

“Havendo a seguradora aceito sua denunciação à lide, não opondo resistência ao direito de regresso do denunciante, tendo inclusive contestado a pretensão do autor, unindo-se à ré pela improcedência da indenização, injustificada sua condenação em honorários advocatícios na lide secundária” (Ap. Cív. n. 1999.001159-3, Des. Salete Silva

Sommariva) (Ap. Cív. n. 2003.016540-1, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, julgada em 9-12-2005).

É descabida a condenação da litisdenunciada em honorários advocatícios, quanto à litisdenunciante, quando não houver resistência à denunciação da lide (Ap. Cív. n. 2000.007581-7, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Diante do exposto, exclui-se a condenação da ACE Seguradora S.A. ao pagamento de honorários advocatícios da lide secundária.

3.4 Do valor fixado a título de danos morais

A seguradora considera exorbitante o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) fixado a título de danos morais.

Neste ponto, merece provimento o recurso para reduzir a quantia, nos termos já expostos no interposto pela ré.

3.5 Da constituição de capital garantidor

A questão relativa à constituição de capital para assegurar o pagamento da pensão alimentícia já ficou decidida no recurso anteriormente analisado, remetendo-se às razões lá expendidas.

4 RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELOS AUTORES

Preliminarmente, é de se afastar a alegada inadmissibilidade do recurso adesivo levantada pela ré.

O apelo adesivo foi confeccionado em peça distinta das contrarrazões, conforme se observa às fls. 981-999, e no prazo de apresentação destas últimas, portanto, de acordo com o art. 500, I, do Código de Processo Civil.

Assim, não se justifica a insurgência da ré.

4.1 Majoração das pensões alimentícias e dos valores fixados a título de indenização por danos morais

No tocante ao pedido de elevação dos valores das pensões alimentícias e da indenização por danos morais, fica prejudicado o recurso, em

razão da decisão proferida anteriormente, que reduziu a quantia da indenização pelos danos morais, bem como o valor da pensão alimentícia fixada a Cícero e Betina, e manteve a verba estipulada para Juvelina.

4.2 *Dos juros moratórios*

Requerem os autores sejam os juros contados desde a data do evento danoso.

Com razão, pois os valores fixados a título de reparação dos danos morais deverão ser acrescidos de juros legais, contados desde a data do sinistro (23-4-1992).

Esse o entendimento albergado nesta Corte:

Em se tratando de indenização por danos morais, a incidência de juros legais inicia a partir do evento danoso e a correção monetária a partir do arbitramento (Ap. Cív. n. 2003.026793-0, de Tijucas, rel. Des. Monteiro Rocha, julgada em 6-7-06).

Da mesma forma, o valor fixado a título de ressarcimento dos danos materiais deve ser acrescido de juros de mora a partir do sinistro (23-4-1992), no percentual de 6% (seis por cento) ao ano (art. 1.063 do Código Civil de 1916) até a entrada em vigor do novo Código Civil (11-1-2003), a partir de quando serão de 1% (um por cento) ao mês até o efetivo pagamento (*ex vi* dos arts. 406 da Lei n. 10.406/02 e 161, § 1º, do CTN).

Nesse sentido:

Por se tratar de responsabilidade extracontratual, a incidência dos juros de mora da indenização devida a título de pensão deve ocorrer a partir do evento danoso, em razão do que estabelece o enunciado da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (Ap. Cív. n. 2003.002711-4, de Joaçaba, rel. Des. Rui Fortes, julgada em 13-6-06).

Juros moratórios – *Dies a quo* – Data do evento danoso – Exegese da Súmula 54 do STJ.

Os juros de mora, nas obrigações decorrentes de ato ilícito, são devidos desde a data da ocorrência do evento danoso (Ap. Cív. n. 2002.011214-9, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Mazoni Ferreira, julgada em 14-7-05).

Neste ponto, dá-se provimento ao recurso para determinar a incidência dos juros de mora a partir da data do sinistro.

4.3 Acréscimo da 13ª parcela da pensão alimentícia

Pleiteiam os autores seja a pensão alimentícia acrescida da 13ª parcela no mês de dezembro de cada ano.

Sem razão. No caso sob análise, o 13º (décimo terceiro) não deve ser incluído na condenação, porquanto não se pode precisar se as vítimas percebiam tal gratificação, até porque não existe nenhuma prova de que mantinham algum vínculo empregatício, percebendo salário.

A jurisprudência compartilha do mesmo entendimento:

Descabimento da inclusão da parcela correspondente ao 13º salário na base de cálculo de ressarcimento, se a vítima não mantinha vínculo laboral que justificasse sua percepção (TARJ, AC n. 2.265/95, Juiz Nascimento A. Póvoas Vaz).

Exclui-se da condenação a gratificação natalina, quando não se pode precisar se a vítima realmente perceberia essa verba, fato que dependeria da atividade ou função que futuramente ela viria a exercer (Ap. Cív. n. 2003.009776-7, de Lebon Régis, rel. Des. José Volpato de Souza).

Assim, inexistindo prova do recebimento desta gratificação, não se admite seja incluída no pensionamento.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao agravo retido interposto pelos autores.

Dá-se provimento parcial ao recurso interposto pela ré Bridgestone Firestone do Brasil Indústria e Comércio Ltda., para: a) reduzir o valor da pensão alimentícia devida a Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro, fixando-a em 10,5 salários mínimos líquidos; b) reduzir o valor dos danos morais, fixando-o em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um dos autores, corrigido desde o arbitramento neste segundo grau e acrescido de juros de 0,5% ao mês até 10-1-2003 (vigência do Novo Código Civil) e, a partir daí, 1% ao mês, contados desde o evento danoso; c) corrigir

o equívoco da sentença ao aplicar o art. 21 do CPC, alterando para o art. 20 e parágrafos.

Dá-se provimento parcial ao recurso interposto pela ACE Seguradora S.A., para: a) reduzir o valor da pensão alimentícia devida a Cícero Voigt Cordeiro Filho e Betina Zaguini Cordeiro, fixando-a em 10,5 salários mínimos líquidos; b) reduzir o valor dos danos morais, fixando-o em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), acrescido de juros e correção monetária na forma acima explicitada; c) excluir a condenação da seguradora ao pagamento dos honorários advocatícios da litisdenúncia.

Dá-se, ainda, provimento parcial ao recurso interposto pelos autores, para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da data do sinistro.

Participaram do julgamento a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e o Exmo. Sr. Des. Subst. Joel Figueira Júnior. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 31 de outubro de 2006.

Sérgio Roberto Baasch Luz
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2002.018411-5, da Capital (Fórum Distrital do Estreito)

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO COMINATÓRIA. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. APOSIÇÃO DE GRADES EXTERNAS NAS JANELAS DE UNIDADE HABITACIONAL. ALTERAÇÃO DE FACHADA. ART. 10, I, LEI N. 4.591/64. NECESSIDADE DE SEGURANÇA QUE SE SUPERPÕE NO PONTO DE TENSÃO COM O ÓBICE ESTÉTICO. ADOÇÃO DA MESMA PROVIDÊNCIA POR PARTE DE OUTROS CONDÔMINOS. EXTENSÃO DA MEDIDA À AUTORA. MANUTENÇÃO DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO NA UNIDADE HABITACIONAL. VETO NA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO. PROIBIÇÃO INDISTINTA SUSCETÍVEL DE RELATIVIZAÇÃO, EM EXAME DAS CONDIÇÕES DE HIGIENE, SAÚDE E SOSSEGO DE CADA CASO CONCRETO. VETO, NA ESPÉCIE, INCIDENTE. MULTA POR PINTURA DA PORTA DE ENTRADA DO APARTAMENTO. INVIABILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

1. A restrição constante do art. 10, I, da Lei n. 4.591/64 não adquire contornos absolutos. Nem toda providência externa, por insignificante que seja e mesmo realizada com a melhor das intenções, encontra veto na alteração da fachada, proibindo-se seja levada a cabo pelos condôminos diretamente interessados. Há valores que se superpõem ao espírito de unidade estética, dentre os quais sobreleva o da segurança, e que por isso merecem prestígio nas relações de convivência, legitimando, em juízo de proporcionalidade, alterações de menor repercussão na fachada do condomínio, principalmente quando esta já se vê alterada pelo uso de varais e de grades por condôminos diversos. Autorização a que a autora aponha grades externas para proteger as janelas.

2. “É ilegal – abuso de direito – a previsão universal da proibição de animais, devendo-se apurar em cada caso a viabilidade da permanência de cachorros” (Ap. Cív. n. 1.586, de Joinville (JE),

rel. Juiz Alexandre Morais da Rosa), de sorte a competir à autora a prova de que o animal de pequeno porte por ela mantido não acarreta danos à higiene, à saúde e ao sossego do condomínio. Ônus, no caso, não preenchido, pois há reconhecimento de que o animal fica sozinho no período da tarde e existe reclamações de latidos pelos condôminos. Inviabilidade da permanência.

3. Composto-se o edifício de vários apartamentos por andar, entre os quais existe hall comum de acesso, é intuitivo não possa cada condômino pintar a porta de entrada da unidade residencial indiferente às demais, transformando o local, entre azuis e vermelhos, numa verdadeira “colcha de retalhos”, em quebra à unidade orgânica da estética (cf. Caio Mário da Silva Pereira. *Condomínios e incorporações*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 161). Não é o caso, em que apenas renovada a pintura, existindo pequena diferença de tonalidade entre as portas com pintura velha e a porta retocada pela autora e havendo no condomínio, de resto, diversas unidades com modelos diferenciados do padrão. Impossibilidade de apenar-se a autora com multas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.018411-5, da comarca da Capital (Fórum Distrital do Estreito), em que é apelante Alessandra Carvalho, e apelado Condomínio Residencial Mônaco:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso. Custas de lei.

RELATÓRIO

Tratam os autos de “ação ordinária declaratória c/c preceito cominatório” aforada por Alessandra Carvalho contra o Condomínio Residencial Mônaco, em que objetiva a autora a condenação do réu a permitir-lhe: a) que instale grades de proteção nas janelas de sua unidade habitacional; b) que nela resida na companhia de um cachorro de estimação; e, ainda, c)

que se abstenha de lhe aplicar “multa frente a permanência do pequeno animal de estimação da autora no imóvel e quanto a pintura nova efetuada na porta de entrada da autora, para tanto condenando o réu em pena pecuniária” (fl. 9).

Regularmente citado, o réu apresentou resposta sob as modalidades de contestação e reconvenção. Em sede de resistência, após uma série de preliminares, alegou que a instalação das grades externas de proteção altera a fachada do condomínio, circunstância vedada legal e convencionalmente. Sustentou que a Convenção do Condomínio também veda a presença de animais de estimação nas unidades habitacionais. Com isso, requereu a improcedência dos pedidos. Em sede de contra-ataque, com base nos mesmos argumentos declinados no corpo da contestação, requestou “seja processada a reconvenção e, a final, julgada procedente para determinar que a reconvinde retire o cão de seu apartamento, condenando-a em pena pecuniária de 1/5 (um quinto) do salário mínimo por dia de descumprimento da obrigação de fazer” (fl. 204).

Imprimida ao feito regular tramitação, com a realização de prova técnica sobre a viabilidade de instalação de grades pantográficas e a colheita de prova oral, sobreveio sentença com a seguinte parte dispositiva:

Isto posto, julgo improcedente a presente ação proposta por Alessandra Carvalho contra o Condomínio Residencial Mônaco e procedente a reconvenção proposta por este, em parte, nos termos da fundamentação supra, arcando a autora com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 800,00 para ambas as ações. Dita condenação fica suspensa enquanto perdurar a situação financeira que ensejou o deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita.

Rejeitados os embargos de declaração opostos por ambas as partes, a sucumbente Alessandra Carvalho interpôs recurso de apelação. Aventou que “durante a instrução processual, restou sobejamente comprovada a insegurança do edifício”, observando que “essa situação autoriza a colocação de grades nas janelas, mesmo que a Convenção ou o Regimento Interno proíbam, posto que a tutela da segurança dos moradores das unidades autônomas é prioridade sobre qualquer outro motivo estético”, e que “a fachada do condomínio

apelado já se encontra toda alterada, por grades de proteção diferentes nas sacadas dos apartamentos”. Anotou, ainda, que “Quanto à questão da porta modificada do apartamento da apelante, a sentença também deve ser modificada para garantir o princípio da isonomia de todos os moradores, posto que conforme restou comprovado às fls. 46, 48 e 50, já existem outras portas modificadas no condomínio apelado”. Por fim, alegou que “não restou soberamente comprovado que o cãozinho que vivia no apartamento causasse grandes transtornos, o que desautoriza” a permanência no local e a aplicação de qualquer multa. Com base nesses fundamentos, requereu o conhecimento e o provimento do apelo (fl. 410).

Com as contra-razões, ascenderam os autos.

VOTO

Por definição, o condomínio edilício, figura em que coexistem as propriedades individual e coletiva, comporta a convivência harmônica de uma propriedade exclusiva sobre as unidades habitacionais autônomas e sobre as vagas de garagens, quando lhes forem reservadas fração ideal do terreno, e de uma co-propriedade em quotas ideais sobre as áreas comuns, tais como terreno, paredes externas, pórtico de entrada, elevadores e tudo o que se afigure necessário à coesão “*orgânica de um conjunto econômico-jurídico*” (Caio Mário da Silva Pereira. *Condomínios e incorporações*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 78). Nessa compleição normativa da compropriedade, cada condômino, titular dos direitos de utilidade física, econômica e estética da coisa, em quotas ideais e individualmente, tem campo de atuação “autolimitado pelo de outro, na medida de suas quotas, para que possível se torne sua coexistência” (Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*, vol. 3, p. 202). Tal delimitação se vê instituída por lei e pela convenção de condomínio, estatuto disciplinar das relações internas que versa sobre as relações da boa vizinhança, o resguardo do patrimônio coletivo, a forma de uso das partes comuns e exclusivas, as posturas a serem assumidas pelos condôminos em face de cada situação etc., e estabelece “um regime harmônico das relações que elimine ou reduza ao

mínimo as zonas de atritos” (Caio Mário, ob. cit., p. 123), mediante a prescrição de concessões mútuas entre os interesses em contraste.

Posta a introdução, resta saber, diante do quadro jurídico de que se consolida a figura do condomínio edilício, se é viável ou não à autora: a) apor grades externas de proteção nas janelas de sua unidade habitacional; b) residir com um animal de estimação no interior dessa mesma unidade, sem que por isso seja atuada pelo condomínio; e c) manter a porta de acesso a sua unidade pintada em tonalidade diferente de cor, sem que por isso receba multas.

1. Em torno da aposição das grades externas, prescreve o art. 10, I, da Lei n. 4.591/64, ser “defeso a qualquer condômino: I – alterar a forma externa da fachada”. Os “motivos que inspiraram a proibição estão na necessidade de ser mantida uniformidade na aparência estética do conjunto, que não poderia ficar à mercê do gosto de cada condômino” (Roberto Barcellos de Magalhães. *Teoria e prática do condomínio*. Rio de Janeiro: Lâber, 1988, p. 100).

Fácil é ver, contudo, que tal óbice não adquire contornos absolutos. Com efeito, nem toda providência externa, por insignificante que seja e mesmo realizada com a melhor das intenções, encontra veto na alteração da fachada, proibindo-se de antemão, sempre e sempre, seja levada a cabo pelos condôminos diretamente interessados. Há valores que se superpõem ao espírito de unidade estética, dentre os quais sobreleva o da segurança, e que por isso merecem prestígio nas relações de convivência, legitimando, em juízo de proporcionalidade, alterações mais ou menos intensas na fachada do condomínio (cf. REsp. n. 61.372/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

À guisa de ilustração:

CONDÔMÍNIO. AÇÃO COMINATÓRIA. COLOCAÇÃO DE PORTA MACIÇA DE MADEIRA E DE GRADE DE FERRO. PRETENDIDA REMOÇÃO DE AMBAS, AO ARGUMENTO DE QUE EFETUADAS SEM O CONHECIMENTO DA SÍNDICA E DEMAIS CONDÔMINOS. PEDIDO ACOLHIDO NO TOCANTE À PRIMEIRA, MAS REJEITADO QUANTO À SEGUNDA, À CONSIDERAÇÃO DE QUE VISAVA À SEGURANÇA DO PRÉDIO, A QUAL, POR SEU TURNÔ, NÃO INTRODUZIU ALTERAÇÃO SIGNIFICATIVA DA FACHADA, AFETANDO MUITO POUCO

OU QUASE NADA A APARÊNCIA EXTERNA DO EDIFÍCIO.
RECURSO DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 1997.010358-1, da comarca da
Capital (Vara de Exceção Cível do Estreito), rel. Des. Sérgio Paladino).

No caso, a restrição é irrita. A autora, nas razões exordiais, alertou para a onda de furtos instaurada nas proximidades do condomínio e depôs que seu pai, ao visitá-la, divisou um sujeito pendurado na janela de sua unidade habitacional (fls. 334 e 335), situada no primeiro pavimento. Em abono à tese de falta de segurança, anexou aos autos declaração da delegada de polícia certificando que

foram registradas neste DP 17 (dezesete) furtos mediante arrombamentos, ocorridos na Rua Nagib Jabor e imediações, em edifícios e residências, compreendendo inclusive o 4º pavimento, todos sob investigação. Alguns autores destes furtos, utilizam-se da técnica de escalada, chegando até a altura dos 18 metros. Informo-lhe, ainda, que a maioria destes furtos ocorreram entre os pavimentos térreo e 1º (fl. 36).

Esse perigo é fortificado pelo depoimento da condômina Marlene T. Golfetto, que narrou haver furtos no edifício (fl. 342), depoimento endossado pelos demais testemunhos.

Não bastasse tal quadro, que assenta a necessidade das grades como forma de precaução e segurança, as restrições opostas pelo condomínio não se sustentam. Ao revés do sustentado, a prova pericial deixa claro que a instalação de grades pantográficas, dadas as particularidades do edifício, não é possível na integralidade das janelas do apartamento (fl. 317), num contexto em que exigi-las não neutralizaria o problema da falta de segurança. Não infirmaria a conveniência da colocação das grades externas. Ademais disso, a fachada do condomínio já se vê toda alterada: há unidades habitacionais com varais externos (fls. 42 e 43), circunstância igualmente proibida, e existem outras unidades às quais, em assembléia, autorizou-se a colocação de grades externas de proteção (fls. 40, 41, 42, 323, 393 e 395). Não é equânime estender o veto apenas à autora. Por fim, a grade de proteção por ela encomendada (fls. 39 e 40), também no modelo “peito de pombo”, em termos visuais e estéticos não destoa daquelas utilizadas nas demais unidades, não ocasionando, por si só, maiores danos a uma fachada já heterogênea. Tampouco há indí-

cios de que comprometa a segurança, servindo de “escada” para os demais apartamentos.

Nesse sentido:

CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA POR CONDOMÍNIO OBJETIVANDO COMPELIR CONDÔMINA A RETIRAR GRADE DE PROTEÇÃO DAS JANELAS, DO TIPO DENOMINADO “PEITO DE POMBO”, POR VIOLAR A CONVENÇÃO E ALTERAR A FACHADA DO EDIFÍCIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA AO FUNDAMENTO DE QUE A FACHADA OSTENTA TIPOS DIFERENTES DE JANELAS. APELAÇÃO COM PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA. SENTENÇA À QUAL O APELANTE OPOUS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PRECLUSÃO LÓGICA DA ARGÜIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA. NÃO SÓ POR SE ENCONTRAR ASSINADA, COMO AINDA PELA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ILEGALIDADE OU VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. PRESENÇA DE APARELHOS DE AR-CONDICIONADO. VENEZIANAS E ESQUADRIAS DIFERENTES NA FACHADA, DE MODO QUE AS GRADES NÃO SE CARACTERIZAM COMO AFRONTA AO RESPECTIVO PADRÃO ESTÉTICO. IMPROVIMENTO DO APELO (TJRJ, Ap. Civ. n. 2003.001.31187, Des. Luiz Fernando de Carvalho).

À luz do plexo probatório, o que se percebe, no fundo, é a hostilidade dos condôminos em relação ao procedimento da autora, de simplesmente pretender instalar as grades externas de proteção, independentemente de consulta e de autorização em assembléia, deferida em outros casos. Beatriz Pacheco Westphal, por exemplo, na qualidade de condômina narrou “que se sentiu desrespeitada ao ver a tentativa referida, por ser moradora de longa data e do referido condomínio e que questões como esta sempre foram resolvidas em reunião” (fl. 341), sentimento igualmente exprimido da contestação. Ora, é evidente que submeter a questão ao senso comum é o procedimento mais indicado dentro das relações de vizinhança. Mas a só falta da providência não induz à ilegalidade da medida porque não anula a necessidade de estabelecer a segurança, o fato de a alteração na fachada ser mínima e, por fim, a exis-

tência de autorização para condôminos na mesma situação, isonomicamente extensível à autora.

A reforma da sentença, por conseguinte, é impositiva.

Apenas a título de registro, cabe anotar que a relação jurídica entre condomínio e condôminos é de trato continuado e diferido para o futuro, por isso que seus comandos são suscetíveis de revisão a qualquer tempo (art. 471, I, do CPC e cf. A coisa julgada nas ações de alimentos, *in Doutrina Plenum*). Essa revisão é apenas condicionada à superveniência, no curso da obrigação continuada, de alteração nas peculiaridades fáticas. Diante disso, a autorização judicial para que a autora aponha grades externas de proteção, no modelo estético de que se trata, subsiste enquanto permanecer o quadro fático no atual estado das coisas. Em havendo posterior harmonização do padrão estético, com a retirada dos varais, a resolução uniforme da questão da segurança mediante a eleição de modelos de grades etc., é lícito ao condomínio exigir da autora que se readapte às novas exigências, retomando a unidade na aparência do conjunto. É que, nos casos de relações continuativas

a sentença, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o comando duradouro da sentença podem se alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurar imutável e intangível. Desaparecida a situação fática abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença para uma situação também nova (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 503. v. 41).

2. Sobre a admissibilidade de animais de estimação nas unidades habitacionais, matéria relegada à normatização da convenção de condomínio e do regimento interno, é assente o entendimento de que “É ilegal – abuso de direito – a previsão universal da proibição de animais, devendo-se apurar em cada caso a viabilidade da permanência de cachorros” (Ap. Cív. n. 1.586, de Joinville (JE), rel. Juiz Alexandre Morais da Rosa).

No mesmo norte:

PROCEDIMENTO SUMÁRIO. AÇÃO DO CONDOMÍNIO CONTRA PROPRIETÁRIO POSSUIDOR DE PEQUENO CACHORRO QUE DE HÁ MUITO SE ENCONTRA NO PRÉDIO. PROVA TESTEMUNHAL QUE ASSEGUROU QUE O REFERIDO ANIMAL JAMAIS CONTRIBUÍU PARA A PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO DO EDIFÍCIO OU MALES NA SAÚDE DOS DEMAIS CONDÔMINOS. LIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SOBRE O TEMA. PROVIMENTO DO APELO QUE SE IMPÕE (TJRJ n. 2002.001.10821, rel. Des. Benito Ferolla).

Condomínio. Convenção. Animal. Cláusula proibitiva indistinta. Interpretação. 1. A convenção de condomínio compõe-se de cláusulas livremente estabelecidas pelas partes e dispõe sobre interesses de caráter privado com a finalidade de proporcionar o bem-estar de seus condôminos, o que exige que se considere a intenção das partes (art. 85 do Código Civil) para interpretar a proibição indistinta da permanência de animais em suas unidades. 2. Essa intenção revela-se na preservação da segurança, sossego e saúde dos condôminos (art. 558 do Código Civil), que não se afetam com a presença de animal pequeno, dócil, não agressivo, não barulhento e tratado com higiene. 3. Neste aspecto, a manutenção do caráter restritivo absoluto dessa proibição cria a desarrazoada situação de proibir a permanência de animal que agrada ao seu dono sem desagradar aos demais condôminos, o que atenta contra o bem-estar de todos e, como conseqüência, afronta a finalidade dessa cláusula. 4. Consideradas essas circunstâncias, a manutenção de cachorro de pequeno porte que não interfere no sossego, na segurança e na saúde dos demais condôminos harmoniza-se com a respectiva convenção e afasta a imposição de penalidade por este motivo (TJRJ, Ap. Cív. n. 2001.001.04636, rel. Des. Milton Fernandes de Souza).

CONDOMÍNIO – Convenção – Vedação da manutenção de animal doméstico nas unidades autônomas – Regra, contudo, que deve ser interpretada em consonância com as regras gerais sobre condomínios – Artigos 10, III, e 19 da Lei n. 4.591/64 e 554 do Código Civil – Hipótese em que condicionada a observância da convenção à comprovação de eventos nocivos ao sossego dos condôminos – Ação impropriedade – Recurso não provido. A manutenção de animal doméstico em apartamento só é vedada quando nocivo ou perigoso ao sossego, salubridade e à segurança dos condôminos (TJSP, Apelação Cível n. 251.579-2, de Jundiaí, rel. Des. Ruy Camilo).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA PARA COIBIR A MANUTENÇÃO DE ANIMAIS EM APARTAMENTO – PROIBIÇÃO CONSTANTE DA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO – JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA QUE ADMITE A PERMA-

NÊNCIA DE ANIMAL DE PEQUENO PORTE QUE NÃO SEJA NOCIVO À SAÚDE E AO SOSSEGO DOS CONDÔMINOS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO – RECURSO PROVIDO (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.023975-2, de São José, rel. Des. Orli Rodrigues).

Assim, a cláusula de proibição indistinta deve ser vista em meio às particularidades de cada caso, admitindo relativização no exame das condições de saúde, higiene e sossego no condomínio. No caso, a autora pretende obrigar o condomínio a suportar que com ela resida um cachorro da raça *poodle*, animal de pequeno porte que, em linha de princípio, não compromete a saúde e a higiene do condomínio. Todavia, ela mesma reconhece que o cachorro permanecia sozinho em casa no período da tarde (fl. 335), não podendo afirmar, assim, não latisse ele de modo a perturbar os demais condôminos. Em contrapartida, Beatriz Pacheco Westphal consignou

que o apartamento da autora fica próximo à escada e quando subida pelas mesmas ao se aproximar da porta o cachorro latia e que durante a madrugada acordava com o latido de cachorros, não se dando ao trabalho de verificar em que apartamento isto ocorre (fl. 340).

Além disso, a grande maioria dos condôminos deu-se ao trabalho de, a pedido do síndico, assinar uma declaração ilustrando que não possuem animais em seu apartamento, o que reafirma a insatisfação por parte deles (fls. 159 e ss.).

Nesses termos, competia à autora comprovar a inaplicabilidade da restrição. Não o fazendo, é correta a conclusão da sentença, segundo a qual “É bem verdade que alguns condomínios vêm admitindo a permanência destes animais, desde que não representem incômodo e perigo aos demais condôminos, mas não é o caso dos autos, em vista da inconveniência que revela com seus latidos”. Acresce que, há alguns anos, “a própria autora, usando de ponderação, no transcurso do processo, mudou-se com seus familiares para outro endereço”, acomodando-se, lá, com o animal de estimação.

No tópico, não merece provimento o recurso.

3. Quanto à questão da porta, cabem breves considerações. O Condomínio Residencial Mônaco é um edifício de classe média, composto de vários apartamentos por andar. Em cada pavimento existe um *hall* comum. É intuitivo, assim, não possa cada condômino pintar a porta de entrada de sua unidade residencial como melhor lhe aprouver, transformando o local, entre azuis e vermelhos, numa verdadeira “colcha de retalhos”, em quebra à estética. É que, ensina Caio Mário da Silva Pereira,

As áreas comuns de cada andar, notadamente o *hall* de acesso aos apartamentos nele situados, constituem co-propriedade e, como coisa comum, não podem ser alteradas sem o acordo de todos. Para efeito estético, a parte externa de um apartamento, voltada ao mesmo corredor, vestíbulo ou átrio, é considerada como unidade orgânica, que se romperia caso cada proprietário resolvesse fazer a pintura das paredes ou das portas de uma cor ou em estilo independente (ob. cit. p. 161).

Não é esse, por evidente, o caso, em que a autora apenas renovou a pintura. Existe, conforme indicam as fotografias de fls. 48 a 51, pequena diferença de tonalidade entre as portas com pintura velha e a porta retocada pela autora. Claro está que não existe alteração estética a justificar a imposição de multa, tanto mais em havendo várias portas com estilo diferenciado.

Há precedente fortificando a conclusão: TJRJ, Ap. Cív. n. 2004.001.14758, rel. Des. Rudi Loewenkron.

Isso posto, o voto é pelo provimento parcial do recurso, a fim de: 1) permitir à autora, permanecida a situação fática, a colocação das grades externas de proteção por ela adquiridas, e 2) inibir o condomínio, sob pena de multa diária de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), de apenar a autora com multas em decorrência das renovações na pintura da porta de acesso à unidade habitacional de que é proprietária. Em decorrência da sucumbência recíproca a que alude o art. 21 do CPC, decaindo a autora no pedido concernente ao animal de estimação, cada parte arca com as custas processuais que despendeu no transcurso da lide, competindo à autora o pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) ao patrono do demandado, condenação suspensa ante o defe-

rimento da assistência judiciária, e ao condomínio o pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) em benefício do advogado da autora, admitida a compensação (cf. REsp. n. 333.229/RS).

DECISÃO

Ante o exposto, por maioria, a Câmara dá provimento parcial ao recurso, vencido o Des. Carlos Prudêncio.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Subst. Joel Figueira Junior.

Florianópolis, 1º de agosto de 2006.

Sérgio Roberto Baasch Luz
PRESIDENTE

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

Apelação Cível n. 1999.019890-1, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – TRANSAÇÃO EFETUADA EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ALEGAÇÃO DE FRAUDE CONTRA CREDORES – VÍCIO NÃO DEMONSTRADO – SIMULAÇÃO – PROVA INDICIÁRIA CONTUNDENTE – ADMISSIBILIDADE – PROCEDÊNCIA DO PLEITO ANULATÓRIO – APELO PROVIDO – RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

I – A fraude contra credores consiste na prática pelo devedor de atos de disposição de seu patrimônio suscetíveis de reduzi-lo à insolvência, com a finalidade de diminuir ou eliminar a garantia representada por seus bens em detrimento do direito daqueles que possuem um crédito já constituído e não satisfeito.

Entretanto, não demonstrado que a transação efetuada pelos réus ocorreu mediante fraude contra credores, improcede o pedido anulatório de ato jurídico fulcrado nesse argumento.

II – De outro vértice, a simulação é a falsidade imprimida na realização de um negócio jurídico com a finalidade de ludibriar terceiros, aparentando perfeição, em que pese não refletir a real intenção das partes, razão pela qual torna-se passível de nulidade.

Todavia, diante das particularidades que envolvem o vício da simulação, para a sua configuração não se faz mister a comprovação cabal da intenção de fraudar, razão pela qual a doutrina e jurisprudência fortemente dominantes admitem a prova indiciária como suficiente para sustentar a anulação de negócios jurídicos desse naipe.

Aliás, não poderia ser outro o contexto que envolve esse tipo de vício, na exata medida em que o ato dissimulado objetiva en-

cobrir com o manto da falsa aparência situação diversa daquela apresentada.

Assim, havendo fortes indícios da existência de conluio entre os réus a fim de burlar o direito de terceiros, mediante aparente transferência de bens imóveis penhorados a credor fictício, em ação de execução, mediante transação judicial, há de se reconhecer a simulação, anulando-se, por conseguinte, o ato impugnado.

Não se olvide que o Código de Processo Civil (arts. 332 e 335) confere ao julgador, de maneira implícita, o poder-dever de valer-se de indícios e presunções para formar o seu convencimento e bem resolver o conflito instaurado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.019890-1, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara Cível), em que é apelante Nanete Têxtil Ltda. e apelados José Carlos Mendonça, Fábio de Oliveira Goulart e Iara Karin Sacht Goulart, esses dois últimos também recorrentes adesivos:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso principal e dar-lhe provimento, ficando prejudicado o recurso adesivo. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Nanete Têxtil Ltda. ajuizou ação anulatória de ato jurídico contra Iara Karin Sacht Goulart, Fábio de Oliveira Goulart e José Carlos Mendonça pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2 a 6, alegando, em síntese:

1. Que a primeira ré, cônjuge do segundo demandado, apropriou-se de forma indevida de aproximadamente R\$ 1.000.000,00 provenientes de representação comercial que mantinha com alguns clientes da autora em São Paulo.

2. Após a descoberta de tal fato, a ré evadiu-se de sua cidade, e foi encontrada dias após em Curitiba (PR) pela polícia local, o que desencadeou o ajuizamento de uma série de ações cautelares propostas por terceiros interessados em salvaguardar seu patrimônio, para garantia de dívidas, e a autora, também, assim procedeu.

3. Conhecedores da situação, os dois primeiros réus tiveram proposta contra si uma ação de execução simulada movida pelo terceiro demandado, que é amigo do casal, e, buscando imprimir extrema rapidez na prestação da tutela jurisdicional, em poucos dias conseguiram a penhora de todos os imóveis pertencentes aos executados (Iara e Ivaldo), exceto o bem em que residem.

4. No dia seguinte à constrição, o terceiro demandado (José, então credor/exeqüente) manifestou sua concordância com a penhora realizada, requerendo sua inscrição no Registro Imobiliário, o que ocorreu na mesma data.

5. Onze dias após o ajuizamento daquela execucional, os executados, sem opor embargos à execução, notificaram a realização de acordo “transferindo todos os imóveis ao exeqüente para quitar a dívida”, e o ajuste foi homologado em Juízo.

6. Tais atos foram praticados em conluio entre os demandados, com a finalidade exclusiva de salvaguardar os bens dos dois primeiros réus, por meio de simulação, com fraude a credores.

Ao final, requer a procedência do pedido para:

1. Anular-se a transferência dos bens acima mencionados;
2. Oficiar-se à Receita Federal sobre o crédito de R\$ 60.000,00 em favor do terceiro réu, em face dos demais demandados.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 1.000,00 e a inicial veio instruída com os documentos de fls. 7 a 36.

Regularmente citado, o terceiro réu ofereceu resposta em forma de contestação (fls. 42 a 46) aduzindo, em síntese, que:

1. A execução por ele deflagrada contra os demais requeridos visou, tão-somente, a salvaguardar seus interesses, pois também possuía um crédito não satisfeito, tendo agido com rapidez diante da concreta situação de risco em que se encontrava.

2. Os documentos juntados pela autora nada comprovam acerca da fraude noticiada na petição inicial.

3. Não há relação de amizade íntima entre os demandados, pois trata-se a primeira ré de pessoa emergente na sociedade.

4. Não há nenhuma pertinência do presente feito com o requerimento para oficial-se à Receita Federal acerca dos negócios realizados pelo demandado.

Devidamente citados, também os dois primeiros réus apresentaram resposta em forma de contestação (fls. 47 a 59) alegando, em síntese:

I – Preliminarmente

1. Inadequação da via processual eleita, porquanto o ato jurídico de transferência da propriedade dos imóveis foi homologado por sentença, produzindo coisa julgada material, o que torna impugnável somente mediante ação rescisória.

2. Carência de ação, pois o acordo efetuado não reduziu os executados à insolvência, além do que não possuíam, ao tempo da transação, conhecimento acerca de outras demandas contra eles ajuizadas pela autora, e que a demandante litiga de má-fé ao afirmar que os dois primeiros réus alienaram todos os imóveis que possuíam, salvo o de sua residência.

II – No mérito

1. O fato de o processo de execução movido pelo terceiro réu ter tramitado com rapidez não configura simulação, até porque os executados não

tiveram nenhuma participação, pois tomaram ciência da demanda somente após a sua citação.

2. A dívida executada pelo terceiro réu foi, de fato, contraída pela primeira demandada, e a dação em pagamento é a única forma encontrada para saldar o débito naquela oportunidade.

3. A exemplo da executacional movida pelo terceiro demandado, também aquelas movidas pela autora não foram embargadas.

4. O débito que a primeira ré possui em relação à autora decorre de contrato de representação comercial, e a ré era obrigada a reembolsar os valores referentes a cheques sem provisão de fundos, pagando juros de 8% ao mês, o que culminou com a impossibilidade de pagamento diante do número excessivo de cártulas devolvidas.

Réplica às fls. 62 a 66.

Saneador às fls. 67 a 69, irrecorrido.

Foi produzida prova oral (fls. 72 a 76).

As partes apresentaram suas derradeiras alegações em audiência (fls. 77 a 79).

Sentenciando (fls. 80 a 84), a Magistrada *a quo* julgou o pedido improcedente e condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00.

Inconformada, a autora interpôs apelação (fls. 87 a 97) objetivando, em síntese, a reforma da sentença pelos seguintes fundamentos:

1. Não foi determinada pelo Juízo *a quo* a expedição de ofício à Receita Federal para a aferição da capacidade econômico-financeira do terceiro réu, embora requerido na petição inicial, pois impossível presumir-se que ele possuía renda suficiente para efetuar um empréstimo na quantia de R\$ 60.000,00.

2. O desenvolvimento da ação de execução movida pelo primeiro réu contra os demais demandados foi extremamente rápido em comparação aos feitos semelhantes que tramitam na mesma Vara.

3. Com a simulação, a demandada tornou-se insolvente, incorrendo em fraude contra credores.

4. Na execução em tela, não foram opostos embargos do devedor, porquanto a executada tinha interesse em “entregar” rapidamente seus bens com o escopo de protegê-los de outros credores.

Os dois primeiros réus interpuseram recurso adesivo (fls. 118 a 120) pugnando unicamente pela majoração da verba honorária fixada.

Contra-razões do recurso principal às fls. 123 a 128.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

VOTO

Alega a autora/apelante que a Magistrada *a quo* deixou de observar os requerimentos formulados na petição inicial, em especial no que concerne à expedição de ofício para a Receita Federal, a fim de levantar a capacidade econômico-financeira do terceiro demandado, pois impossível presumir-se que ele tinha renda suficiente para efetuar um empréstimo à ré Iara no valor de R\$ 60.000,00.

Todavia, em detida análise do pleito formulado, constata-se não ser aquele mencionado o objetivo da diligência requerida, tendo em vista que a autora objetivava noticiar a Fazenda Pública acerca de crédito proveniente das notas promissórias executadas contra os dois primeiros réus, ou, em última análise, conhecer a sua origem.

É este, pois, o teor do pedido deduzido no item *d* da peça exordial:

Requer, por derradeiro, seja oficiada à Receita Federal sobre o crédito de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em favor do requerido José Carlos Mendonça, proveniente das notas promissórias constantes nos Autos

n. 3697001284.7 (fls. 6, 7 e 8) devidas pelos requeridos Iara e Fábio (fl. 6).

De outro vértice, ainda que o requerimento tivesse sido redigido conforme consta das razões recursais, da mesma forma não teria nenhuma pertinência em relação à presente demanda, porquanto o ato jurídico que se procura aqui desconstituir não é o suposto empréstimo realizado entre os réus/apelados, o que, por si só, em nada prejudica eventuais direitos da autora/apelante, mas, sim, a transferência da propriedade dos imóveis que serviram de objeto de transação nos autos de uma ação de execução.

Superada a questão posta, mister salientar que a pretensão deduzida por meio desta demanda fulcra-se nas teses de simulação e de fraude contra credores, o que torna possível tal cumulação ainda que se trate de figuras distintas no plano material e processual.

A respeito, anota Sílvio de Salvo Venosa:

Em que pese a possibilidade de cumulação, ambas as ações não se confundem. A simulatória visa a atos aparentes, enquanto a pauliana ou revocatória visa a atos reais, normais. [...] Os efeitos de ambas as ações também são diversos: na ação pauliana, uma vez anulado o ato, o bem em questão volta ao patrimônio do devedor, beneficiando toda a massa de credores. Na ação de simulação os efeitos podem ser vários, inclusive, como demonstramos, com a prevalência do ato dissimulado; e, sob o novo Código, o efeito é de nulidade do negócio (*Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 483. v. I).

Ainda acerca da diferenciação entre os institutos, colhe-se a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Outra figura que se aproxima da simulação é a fraude contra credores. Enquanto, porém, a simulação pode prejudicar credores por meio da falsa aparência dada ao negócio, a fraude chega ao mesmo resultado, mas por via de negócio verdadeiro. É negócio lesivo aos credores a venda fictícia dos bens do devedor; isto porém é intentado por meio de um negócio inexistente em substância, pois na verdade os bens não foram seriamente transferidos. Já na fraude contra credores, o negócio translático é real, mas por reduzir o devedor à insolvência torna-se prejudicial aos credores, que perdem a garantia de realização de seus direitos. Dessa forma, o devedor pode lesar seus credores tanto

por meio de simulação como de fraude, mas as duas figuras não se confundem: uma se baseia na falsidade e outra apenas no desprezo à garantia patrimonial devida (*Comentários ao novo Código Civil*, v. III, tomo I, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 480 e 481).

Passa-se a analisar ambas as hipóteses.

A fraude contra credores consiste na prática pelo devedor de atos de disposição de seu patrimônio suscetíveis a reduzi-lo à insolvência, com a finalidade de diminuir ou eliminar a garantia representada por seus bens em detrimento do direito daqueles que possuem um crédito já constituído e não satisfeito.

Nessa esteira, três são os elementos para a tipificação da fraude contra credores: (a) a anterioridade do crédito, pois somente o credor, ao tempo da alienação do bem, pode ser prejudicado pelos atos de disposição do patrimônio; (b) o *consilium fraudis*, ou seja, a intenção em prejudicar os credores ou frustrar a cobrança da dívida; e (c) o *eventus damni*, consistente no prejuízo efetivo causado aos credores em face da insolvência do devedor.

Conquanto seja a autora/apelante detentora de um crédito anterior à transação efetuada pelos réus/apelados em demanda executiva, como já dito acima, não está demonstrado o intuito de causar dano, o que torna imprescindível para a anulação do ato, sob tal fundamento, a prova da intenção inequívoca de fraudar.

Ademais, verifica-se que, em outra ação de execução movida pela própria autora/apelante, foram constribuídos outros bens de valores consideráveis, segundo se infere da cópia do auto de penhora de fl. 61, o que deixa claro que a transação impugnada, por si só, não foi suficiente para reduzir os primeiros demandados à insolvência.

A *simulação*, por sua vez, é a falsidade imprimida na realização de um negócio jurídico com a finalidade de ludibriar terceiros, capaz de acarretar a nulidade do ato praticado, pouco importando o intuito das partes ou

o efetivo prejuízo sofrido por estranhos àquela relação; formalmente, aparenta um negócio jurídico perfeito, mas não retrata a real intenção dos declarantes.

Assim, para que se configure a simulação, absoluta ou relativa, faz-se necessária a conjugação dos seguintes requisitos: (a) acordo entre as partes para a prática do ato; (b) a discordância consciente entre a vontade dos declarantes e a declaração emitida; e (c) o firme propósito de enganar terceiros mediante a realização do negócio.

Todavia, para caracterizar-se a simulação, não se mostra imprescindível a prova cabal do ato em si, matizado na intenção de fraudar, além do que a doutrina e a jurisprudência têm admitido a prova indiciária como suficiente para a anulação de negócios jurídicos desse naipe.

Nessa esteira, Maria Helena Diniz assevera:

A prova da simulação é difícil, pois se deve demonstrar que há um negócio aparente, que esconde ou não outro ato negocial, por isso o Código de Processo Civil, nos arts. 332 e 335, dá, implicitamente, ao magistrado o poder de valer-se dos indícios e presunções para pesquisar a simulação (*Direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 443. v. I).

No mesmo rumo, aduz Caio Mário da Silva Pereira:

“A prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, freqüentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência” (*Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 639).

Também esta colenda Primeira Câmara de Direito Civil assim se manifestou recentemente:

Ação de anulação de ato jurídico. Simulação. Venda/doação a descendente (neta) por interpоста pessoa. Legitimidade ativa *ad causam* dos filhos. Vício evidenciado a partir de indícios veementes. Invalidade do ato. Recurso desprovido.

[...] A simulação, por importar em discrepância entre a vontade real e a exteriorizada, é de difícil demonstração direta, admitindo doutrina

e jurisprudência a prova indiciária (veemente e concordante) para a comprovação do vício (Ap. Cív. n. 2005.002158-0, de São José, rela. Desa. Maria Rocio Luz Santa Ritta, julgada em 4-4-2006).

No caso vertente, há fortíssimos indícios da existência de simulação entre os demandados; vejamos os sinais que exteriorizam, com evidência, o vício apontado: a) propositura da ação de execução ajuizada por José Carlos Mendonça, ancorada em simples nota promissória, de significante valor (R\$ 60.000,00) — sobretudo se considerarmos que o ajuizamento da demanda data de quase 10 anos — contra Iara Goulart; b) origem duvidosa do crédito executado; c) o envolvimento de Iara Goulart em crimes contra o patrimônio, que envolvem vultosa quantia de aproximadamente R\$ 1.000.000,00; d) serem credor e devedora pessoas que já tinham certo relacionamento de amizade e profissional (ambos advogados); e) ser a requerida ex-representante comercial da ora autora/recorrente; f) entre outros credores de Iara, ora apelada, figura também a autora/recorrente; g) o credor, detentor de capacidade postulatória, advogar em causa própria; h) o empenho do credor e devedor para tornar factível a rapidez do feito executório, que culminou com a penhora dos bens de Iara, inexistência de oposição de embargos, e, em seguida, com a satisfação do crédito mediante transação homologada em Juízo, tendo por objeto a transferência dos imóveis constrictos ao exequente; i) execução aforada em 10-10-97 (fl. 15) e concluída em 21-10 (data da homologação do acordo), ou seja, 11 dias de tramitação (apenas 7 dias úteis) e, observa-se: no mesmo dia em que foi proposta a ação, foi também despachada a inicial, confeccionado, expedido mandado citatório e verificada a citação (fl. 24), auto de penhora 4 dias após (14-10) (fl. 26); no dia seguinte (15-10), despacho judicial que determinou a comunicação ao Registro de Imóveis (fl. 27) e, no mesmo dia, ofício expedido (fl. 28); no dia 21-10, as partes protocolaram petição e foi o acordo homologado (fls. 29 a 33); em 23 de outubro, segue ofício ao oficial do Registro de Imóveis para proceder a transferência dos bens ao credor José Carlos Mendonça.

Não obstante, a primeira demandada possui várias outras execuções contra si ajuizadas, algumas anteriores àquela e movidas pelo terceiro réu, que

não tiveram o débito saldado e com tramitação regular dos feitos, em tempo muito superior ao razoável.

Além disso, conquanto não se discuta aqui acerca da validade do suposto empréstimo realizado entre os demandados e que culminou com a emissão das três notas promissórias posteriormente executadas (fl. 19), indícios levam a crer tratar-se de dívida inexistente, integrante do ato simulado que ora se pretende anular.

Extrai-se dos depoimentos pessoais de fls. 72 a 75 que as promissórias tiveram origem em alegado empréstimo pessoal feito por José Carlos a Iara Goulart, destinado a viabilizar suposta compra de um imóvel. Além de não ser comum o empréstimo entre particulares, o que causa também estranheza é o elevado valor da quantia mutuada e o fato de serem apenas conhecidos (segundo seus depoimentos), sem nenhum laço de parentesco ou amizade íntima.

Soma-se, ainda, a tudo isso, os fatos amplamente noticiados na imprensa local no sentido de que a primeira ré teria-se apropriado indevidamente de vultuosa importância pertencente à ora autora (fls. 8 a 11), tornando-se assim devedora, o que teria dado causa à simulação a fim de livrar os seus imóveis da responsabilidade pelas dívidas.

Diante desses fortes indícios de conluio entre os demandados, forçoso é reconhecer a existência de simulação havida na execucional em questão, que culminou com a transferência dos imóveis apontados para o patrimônio de José Carlos Mendonça.

Por esses motivos, dá-se provimento ao recurso interposto para anular o acordo formulado entre os réus e homologado em Juízo nos autos do Processo de Execução n. 3697001284-7, da comarca de Jaraguá do Sul, tornando sem efeito a transferência dos imóveis descritos às fls. 25 e 26 para José Carlos Mendonça, com todos os seus consectários.

Diante das particularidades do caso, com fulcro no poder geral de cautela conferido nos arts. 798 e 799 do CPC, ordena-se, de ofício, o seqüestro dos referidos imóveis, e deve Iara Goulart ficar como depositária.

Para tanto, comunique-se imediatamente o Registro de Imóveis de Jaraguá do Sul.

Dessa feita, inverte-se o ônus da sucumbência, condenando-se os réus apelados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em R\$ R\$ 10.000,00.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, conhecer do recurso principal e dar-lhe provimento, ficando prejudicado o recurso adesivo. De ofício, determinar o seqüestro dos imóveis em questão, oficiando-se, para tanto, em seguida, o Registro Imobiliário para os devidos fins.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 26 de setembro de 2006.

Carlos Prudêncio
PRESIDENTE

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2003.026751-4, da Capital

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO RESCISÓRIA. IRREGULARIDADE NA CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. CISÃO ENQUANTO SUCEDÂNEO RECURSAL. PRELIMINARES AFASTADAS. PRESSUPOSTOS DE RESCINDIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 236, § 1º, E 125, I, DO CPC. VÍCIOS NÃO IMPUTÁVEIS À SENTENÇA RESCINDENDA, SENÃO AO JULGAMENTO DA CORTE QUE NÃO CONHECEU DE RECURSO DE APELAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO *CAPUT* DO ART. 485 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. INFRAÇÃO AO ART. 330, I, DO CPC. VIABILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE *ERRORES IN PROCEDENDO*. SENTENÇA QUE, ASSENTANDO PRESUNÇÃO, INFUNDE AOS OMBROS DO RÉU O ÔNUS DE DERRUÍ-LA. JULGAMENTO ANTECIPADO IMPEDINDO A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. ABSTENÇÃO DE PROVA ENCAMPADA COMO RAZÃO DE DECIDIR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. REJULGAMENTO DA CAUSA ORIGINÁRIA. ART. 494, CPC. COMISSÃO DE CORRETAGEM. APROXIMAÇÃO DAS PARTES COM RESULTADO IMEDIATO FRUSTRADO, SOBREVINDO A NEGOCIAÇÃO ANOS APÓS, COM A PARTICIPAÇÃO DE CORRETOR DIVERSO, SEM INTERMEDIÇÃO DO PRETENDENTE. PACTO DE RISCO, COM OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. COMISSÃO INDEVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA EM *IUDICIUM RESCINDENS*. PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE EM *IUDICIUM RESCISSORIUM*.

1. Não se preexcluem do âmbito da ação rescisória determinadas nulidades apenas porque antes argüíveis em nível recursal. “Em regra, após o trânsito em julgado [...] a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, argüível em recurso como

motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias de ataque recursal, surta seus efeitos até que seja desconstituída, mediante rescisão” (Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V vol. Forense: 1981, p. 131). Nesses termos, se afeiçoadas as pretensões deduzidas, em abstrato, às hipóteses legais de desconstituição do julgado (art. 485, inciso V, do CPC), não há falar em ação rescisória como sucedâneo de recurso.

2. À mesma ação rescisória não é dado, a um só tempo, desafiar a sentença de primeiro grau e a decisão do Tribunal de Justiça que se limita a não conhecer da apelação interposta, acoimando ambas de vícios próprios e individuais. Trata-se de provimentos jurisdicionais distintos, não atônitos em sua singularidade, um deles associado ao mérito da causa e outro adstrito à questão processual, não satisfazendo o último o requisito do art. 485, *caput*, do CPC. Prosseguimento da ação relativamente apenas à sentença.

3. Opção legislativa pela economia processual em detrimento dos princípios da oralidade e da ordinariedade do rito, cuja inteligência, contudo, deve sempre conjugar-se com o princípio constitucional da ampla defesa, o art. 330, I, CPC prescreve: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Reconhecendo a sentença a necessidade de a ré, autora na ação rescisória, comprovar questões fáticas adicionais, suscetíveis de demonstração por diversos meios, e não vendo a questão, por isso, como só de direito, não é dado a essa mesma sentença julgar antecipadamente a lide e adotar como razões de decidir, em detrimento da parte onerada, justo a falta de comprovação. Se a decisão assenta que, em seu entender, cabia

a alguém provar algo, o julgamento antecipado da lide implica nítido cerceamento de defesa, violada a hipótese de cabimento prevista no art. 330, I, CPC.

4. A corretagem assume contornos de um contrato de risco, com obrigação de resultado. Não é suficiente que tenha o corretor prestado serviços de aproximação, é necessário que haja conseguido promover a real e efetiva conjugação, que tenha como resultado direto a operação de compra e venda. Em tal balanço, é descabida a pretensão visando à cobrança de comissão em razão de mera aproximação, que não teve como resultado direto a compra e venda, realizada apenas anos após, com a participação de corretor diverso, sem a intermediação do pretendente. Para o efeito de comissão, a mera aproximação prévia não se confunde com a efetiva e permanente intermediação até a ultimação do ato translativo, sob pena de remunerar-se o serviço em lugar do resultado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2003.026751-4, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é autora Usati Administração de Bens e Participações Societárias Ltda. e réu Wildison Maurício de Barros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, julgar procedente o pedido de *iudicium rescindens* para desconstituir a sentença na ação de cobrança de comissão de corretagem e, em *iudicium rescissorium*, dar pela improcedência do pleito deduzido na ação originária. Custas de lei.

RELATÓRIO

Tratam os autos de ação rescisória baseada no art. 485, incisos V e VII, do Código de Processo Civil, proposta por Usati Administração de Bens e Participações Societárias Ltda. contra de Wildison Maurício de Barros, objetivando desconstituir sentença trânsita, prolatada em primeiro

grau de jurisdição e de cujo recurso a Corte Estadual não conheceu, a qual condenou a ora autora a pagar ao réu, a título de comissão de corretagem decorrente de transação imobiliária, a importância de R\$ 611.000,00, devidamente atualizada.

Em razões exordiais, sustentou a autora que a intimação da sentença prolatada pelo Magistrado da 4ª Vara Cível da comarca da Capital malferiu o art. 236, §1º, do CPC. Segundo observa, a publicação da decisão no Diário de Justiça deveria aludir ao nome dos dois patronos da então demandada, tratamento despendido ao autor da ação condenatória. O vício na publicação coarctou a interposição atempada do recurso de apelação, razão por que, da decisão negativa de admissibilidade, interpôs agravo de instrumento e subsequente agravo do art. 557, §1º, do CPC, não acolhidos pela Câmara Especial. Patrocinou, ainda, que a decisão do Magistrado *a quo* violou expressamente o art. 330, I, do CPC, uma vez que, pairando controvérsia sobre o fato central da demanda, qual seja, a efetiva intermediação do corretor na transação imobiliária, era de mister a abertura da fase instrutória, com a oitiva de testemunhas e a produção das demais provas eventualmente necessárias, num contexto em que o julgamento antecipado da lide acarreta vício de atuação – *error in procedendo*. Por fim, fundado no art. 485, VII, do CPC, informou a obtenção de documento novo posteriormente à sentença, consistente em notas fiscais de serviço emitidas pela sociedade empresária “Ponto Pronto”, demonstrando que a intermediação da venda foi levada a efeito por referida sociedade (e não pelo réu), e que, por consequência, a adquirente do imóvel já lhe pagou a comissão de corretagem referente à venda, na forma convencionada por ocasião da escritura pública.

Com base nessas particularidades requereu a antecipação dos efeitos da tutela para fins de suspensão da execução da sentença rescindenda. Alfim, pugnou pela desconstituição de tal sentença, em *iudicium rescindens*, e, na seqüência, em caráter alternativo, pela imediata prolação de veredicto de improcedência do pedido originário, em *iudicium rescisorium*, ou, se não for o caso, conforme o disposto no art. 492 do CPC, pela “designação da audiência de instrução e julgamento, requerida por ambas as partes,

como fundamental ao deslinde da causa onde proferida foi a sentença rescindenda”.

Recebida a inicial, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi negado pela Desa. Salette Sommariva, em despacho que determinou o prosseguimento da execução. À guisa do exercício do poder geral de cautela, contudo, a então relatora houve por bem condicionar o levantamento de valores, no processo de execução, à prestação de caução idônea pelo exequente.

Contestando o feito, o réu aventou, prefacialmente: a) a inadmissão da ação rescisória, à vista da inexistência da certidão de trânsito em julgado da decisão do Magistrado *a quo* (sentença rescindenda), não se prestando a tanto a certidão alusiva à decisão da Câmara que negou provimento ao agravo seqüencial relativo ao não conhecimento do recurso de apelação; e b) a inadmissão da ação rescisória, porque veiculada enquanto sucedâneo recursal. Prosseguindo, sustentou a inexistência de vício no ato de publicação da decisão e observou que o julgamento antecipado da lide não acarretou cerceamento de defesa à autora da ação rescisória. Por fim, ventilou que o documento novo juntado aos autos é inócuo para, por si só, desconstituir a decisão trânsita.

Em parecer da lavra do Procurador Guido Feuser, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela superação das preliminares agitadas e, no mérito, pela improcedência da pretensão rescisória apresentada.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

VOTO

1. Quanto à inaptidão da certidão de trânsito em julgado, convém adotar, em louvação à economia e pela singeleza da questão, o judicioso parecer da lavra do Procurador Guido Feuser, exarado nos seguintes termos:

Uma sentença transita em julgado quando contra ela não mais caiba recurso ou ainda quando a parte desista de utilizar o reclamo que ainda lhe assistiria, com o escoamento *in albis* do prazo recursal. Com efeito, o documento juntado à fl. 26 demonstra exatamente a data do trânsito em julgado da sentença rescindenda, porque aponta o desfecho do último recurso interposto pela autora contra o acórdão que não conheceu a apelação cível que desafiaria a sentença ora rescindenda.

Não seria, contudo, injúria à brevidade asseverar que possível inobservância ao requisito não ensejaria, de imediato, a extinção do processo, senão a abertura de prazo à regularização, na forma do art. 284 do CPC (cf. Ação Rescisória n. 2002.011563-6, rel. Des. Fernando Carioni), e que a possível decretação de nulidade impunha-se analisada em meio aos princípios do prejuízo e da instrumentalidade do processo, sendo procedente unicamente acaso inviável suprir-se a abstenção instrutória por documentos diversos.

2. Não prospera, por outro lado, a proemial de que a presente ação rescisória vem veiculada como sucedâneo do recurso legalmente cabível. Com efeito. Não se preexcluem do âmbito da ação rescisória determinadas nulidades apenas porque outrora argüíveis em nível recursal, acenando José Carlos Barbosa Moreira para a possibilidade de se ventilá-las, também, em juízo de rescisão. Para o autor,

Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples rescindibilidade. O defeito, argüível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias de ataque recursal, surta seus efeitos até que seja desconstituída, mediante rescisão (Comentários ao Código de Processo Civil. V vol. Forense, 1981, p. 131).

Nesse sentido, também a Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”.

3. O objeto da ação rescisória é a sentença de primeiro grau. É a ela que se dirige a pretensão desconstitutiva. Ocorre que a questão correlata ao vício porventura existente na publicação da decisão, com suposta violação aos arts. 236, § 1º, e 125, I, do CPC, é matéria não imersa no corpo da

sentença rescindenda, senão em comando da decisão da Corte Estadual que, em agravo seqüencial, negou conhecimento à apelação cível antes interposta pela Usati.

Tais provimentos jurisdicionais, isto é, a sentença e a decisão da Corte negativa de conhecimento ao apelo, conquanto interligados, não se vêem atônitos em sua singularidade. Há diversidade de objetos entre um e outro dos julgados: um deles se atém ao mérito da causa e o outro se adstringe à questão processual em torno do não conhecimento recursal. Essa distinção é conducente à conclusão de que não se pode, a um só tempo e numa mesma ação rescisória, pretender desconstituir a ambos em conjunto. Existem, de resto, regras diversificadas de competência em face da cisão de julgados de primeira instância e das Câmaras isoladas da Corte, conforme o maior ou menor nível hierárquico reclamado. A rescisão de acórdãos das Câmaras Isoladas é de competência do Grupo de Câmaras (Ato Regimental n. 3/90, art. 9º, Ato Regimental 40/00, art. 27, *b*, do RITJSC, e Ação Rescisória n. 2001.017028-0, rel. Des. Newton Trisotto), ao passo em que a desconstituição de sentenças, por sua vez, compete exclusivamente às Câmaras Isoladas (art. 29, *d*, RITJSC).

Sobre a rescindibilidade ou não da decisão que se limita a negar conhecimento a recurso, José Carlos Barbosa Moreira conclui pela proposição negativa. Esclarece que a matéria sobre que tal *decisum* versa em casos tais se afigura meramente processual, não satisfazendo o pressuposto do *caput* do art. 485 do CPC, o qual alude à “sentença de mérito”.

Nesse sentido:

Se não se conheceu do recurso – ressalvada a possibilidade de haver o órgão *ad quem* dito impropriamente que dele não conhecia, quando na verdade lhe estava negando provimento –, não se apreciou o mérito (nem do recurso, nem da causa), logo o acórdão não poderá ser atacado pela rescisória. Tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra a decisão, interlocutória (art. 162, § 2º) ou final (art. 267), de primeiro grau ou de grau superior, sobre matéria estranha ao *meritum causae* (ob. cit., p. 137).

Em via de consequência, rescindível é apenas a sentença, entendimento, aliás, esposado pelo Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte de Justiça (AR n. 2002.012627-1, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

No mesmo sentido, Theotonio Negrão anota: “Assim, não cabe rescisória, por não se tratar de sentença de mérito: ‘– Contra o acórdão que não conhece do recurso’” (RTJ 82/22; TRF – 1ª Seção: RTFR 113/11, v.u., 157/59, v.u.; RT 718/186, inclusive em razão da alçada (STJ – 1ª Seção [...]) (p. 501).

Por fim:

“Não se conhece de ação rescisória contra acórdão que julgou tempestivo o recurso” (REsp. n. 401.267/PB, Min. Garcia Vieira).

Pontes de Miranda, secundado por Humberto Theodoro Júnior (cf. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, p. 595), destoa do entendimento majoritário, reconhecendo a rescindibilidade de ambas as decisões. Ainda assim, contudo, anota que a pretensão desconstitutiva deve ser veiculada em separado, por via de ações rescisórias autônomas, não unidas:

A entrega, portanto da prestação jurisdicional somente ocorre na última decisão. Não há ação rescisória de uma sentença e dos acórdãos que a confirmaram, ou que a reformaram. O que é rescindível é a última sentença, ou, se houve recurso, o último acórdão que conheceu da matéria cujo reexame se pede. Algumas vezes, o recurso, que se interpôs (o que acontece, freqüentemente, com os recursos extraordinários), não versava sobre o ponto cujo julgamento se quer rescindir. Então, é a rescisão da sentença, ou do acórdão anterior, que se pretende em juízo, caracterizando-se o objeto da ação rescisória e a competência para dela se conhecer.

Se há causa para a rescisão, o que se tem de procurar saber, antes de tudo, é qual o momento em que o ponto da decisão, em que a causa se deu, passou, formalmente, em julgado. Pode tratar-se de acórdão no correr do processo, sobre preliminar ou sobre questão prévia; pode ser ponto da sentença, ou sobre a sentença, em si mesma; pode ser assunto de remédio estrito, como o *per saltum*, o prejudgado ou o recurso extraordinário.

Decisão sobre recurso de que não se conhece somente pode ser rescindida no que toca a ela mesma ou à não-cognição.

Se não conheceu do recurso, rescindível é – quanto ao mérito – a sentença. *Idem*, quanto a preliminares da sentença.

Não quer isso dizer que o próprio acórdão no recurso não seja suscetível de rescisão per se. São julgados diferentes e inconfundíveis, pela diversidade do objeto de um e de outro (Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI. Forense, 1975, p. 334).

Em conclusão, a alegada violação aos arts. 236, § 1º, e 125, I, do CPC, matéria correlata ao acórdão da Corte e não à sentença rescindenda, é insuscetível de análise. Se é que admissível rescindir a decisão da Corte que se limita a não conhecer do recurso, pretensão em si repudiada, o certo é que essa viabilidade supõe o fazê-lo de forma particularizada, em lide, assim, autônoma.

Ademais, essa suposta nulidade da intimação deveria ter sido sustentada como preliminar de apelação e não pela via do agravo, operando-se o trânsito em julgado a partir do momento da ciência originária.

4. Em doutrina e jurisprudência, prevalece a possibilidade de arguição de *errores in procedendo* a pretexto de enquadrar a decisão no permissivo constante do art. 485, V, do CPC. Não há, realmente, a necessidade de a norma violada ser de direito material. Requer-se unicamente que o vício processual não seja daqueles que, por isso que classificados como meras irregularidades, convesçam com o trânsito em julgado da decisão (*vide* Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., p. 612; Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros. 18. ed., e RTJ 130/39). O vício deve ser conducente ou à nulidade insuscetível de convescimento, porque intensa ou *pleno iure*, ou, ainda, à inexistência. Quando exteriorizado nessas duas últimas formas, de resto, a declaração de nulidade dispensa a rescisão, admitindo-se por singela querela nullitatis, embora também cabível, por instrumentalidade, a rescisória (Humberto T. Júnior. *A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença*. Doutrina Plenum).

À guisa de ilustração:

A infração das regras de direito processual, *errores in procedendo*, desde que fira norma de lei não puramente instrucional (se as há!) e sempre que a parte poderia ter mais exata apreciação judicial e mais justa decisão se infração não tivesse havido, é pressuposto suficiente do art. 485, V. O que importa, aí, é ser imaginável a relevância prática da regra legal como processo técnico para se chegar a decisão justa. Não há, pois, separação de valor entre a regra de direito processual e a de direito material [...] (Pontes de Miranda, ob. cit., p. 316).

O defeito configura-se, em regra, *ex parte iudicis*, podendo resultar de vício que se atribui à atividade da máquina judiciária, ou ao próprio juízo emitido pelo órgão julgador. É a clássica distinção entre *errores in procedendo* e *errores in iudicando*, que tem demonstrado vitalidade suficiente para resistir às objeções, às vezes enérgicas, levantadas em alguns setores doutrinários (Barbosa Moreira, ob. cit., p. 141).

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem a sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*)” (Humberto Theodoro Júnior, ob. e p. cit.).

Admitida a arguição, é bem de ver que o quadro processual, em breve retrospectão, era o seguinte: Wildison Maurício de Barros, corretor de imóveis, alegando haver contribuído, por conta de autorização verbal outorgada seis anos antes, para a compra e venda de um valioso imóvel na região da Agrônômica, aforou ação de cobrança contra Usati Administração de Bens e Participações Societárias Ltda., narrando que esta procedeu ao negócio preterindo-lhe a comissão (fls. 33 a 39). A Usati apresentou contestação, aventando, em preliminar, ilegitimidade passiva porque “as autorizações de intermediação foram firmadas pela empresa Refinadora Catarinense S.A.”, e sustentando no mérito: a) que o vínculo decorrente dessas autorizações não pode ser eterno, não se prorrogando pelo prazo de seis anos; b) que o corretor, segundo declaração da adquirente do bem, “não exerceu a mínima influência na nossa decisão de adquirir o imóvel”, inexistindo, portanto,

intermediação que justifique o pagamento da comissão; e c) que o negócio “foi realizado por outra corretora de imóveis, a qual recebeu a sua remuneração” (fls. 40 a 51). Instaurou-se, a partir daí, controvérsia sobre a efetiva participação do corretor de imóveis. Replicado o feito, sobreveio sentença que julgou antecipadamente a lide, ao abrigo de que: a) um negócio desse vulto não se realiza todos os dias, sendo necessária a intermediação exercida por alguém, no caso presumivelmente pelo autor, uma vez que não se nega a autorização originária e que “Não há referência a qualquer outro corretor”; b) nesses termos, existindo presunção em favor do corretor, cabe ao comitente “o ônus da prova capaz de elidi-la”, ônus do qual não se desincumbiu, resultando no julgamento de procedência da cobrança (fls. 64 a 67).

Fácil é perceber o cerceamento de defesa. Partindo de uma premissa errônea, isto é, a de que não “há referência a nenhum outro corretor”, quando, na realidade, havia ausente incontrovérsia no plano dos fatos, a decisão assentou uma presunção de intermediação em benefício do autor e infundiu aos ombros do réu o ônus de derruí-la. Paradoxalmente, contudo, o d. Sentenciante julgou antecipadamente a lide, sem oferecer à ré a possibilidade de atender ao ônus da prova de que ele mesma lhe acometera. Ora, se na linha da sentença cabia a alguém provar algo, havendo perplexidade remanescente, e se há alusão expressa a essa necessidade probatória, o julgamento antecipado da lide implica visível cerceamento de defesa, mormente porque adverso ao litigante onerado.

Nisso reside a violação ao art. 330, I, do CPC. O dispositivo, retratando opção legislativa pela economia processual em detrimento dos princípios da oralidade e da ordinariade do rito, cuja intelecção, contudo, deve sempre conjugar-se com o princípio constitucional da ampla defesa, prescreve que: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. Ora, ao ver da sentença, a questão não

era só de direito porque pairava controvérsia sobre a intermediação. Tampouco, sendo de direito e de fato, prescindia, também na ótica da sentença, de perquirição probatória, visto como ela mesma, assentando uma presunção, reputou necessária “prova capaz de elidi-la”. Porém, coarctou o ingresso na fase instrutória, aplicando o artigo fora da hipótese de cabimento. Enfim, malferindo-o.

Nesse sentido:

CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, COM ESPEQUE NÓ ARTIGO 330, I, DO CPC – DESACOLHIMENTO DO PLEITO POSTO EM JUÍZO AO ARGUMENTO DE QUE A PARTE AUTORA NÃO FEZ PROVA DO ALEGADO NA EXORDIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – ANULAÇÃO DE OFÍCIO DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA, INCLUSIVE – PREJUDICADO O EXAME DO RECURSO.

“Desde que as provas sejam expressamente requeridas pelo autor, tem-se por necessário e conveniente produzi-las, sob pena de cerceamento de defesa. Nestas circunstâncias impossível o julgamento antecipado da lide, pelo que anula-se o processo para possibilitar a instrução regular do feito” (JC 43/242) (Ap. Cív. n. 2000.018867-0, de Xanxerê, rel. Des. Orli Rodrigues).

O uso impróprio do julgamento antecipado da lide pode comprometer o interesse público em que o conflito social trazido ao Poder Judiciário seja inteiramente absorvido através do processo. A composição do litígio deve esgotar os meios probatórios que se fizerem necessários ao alcance da verdade. Inatendido esse princípio, a ampliação da fase instrutória é inafastável (Alexandre Moraes da Rosa. *Código de Processo Civil anotado*, p. 478, Verbete 3^a).

O cerceamento sobreleva porque, ainda que prevalecesse a “presunção” registrada na sentença, a tese defensiva seria suscetível de comprovação por diversos meios, dentre eles os próprios documentos juntados, a oitiva do representante da empresa que alega haver intermediado o negócio, etc.

5. Em atenção ao art. 494 do CPC, e adotando ótica inversa à da sentença rescindenda, sem consagrar-se a tal “presunção”, importa

rejulgar desde logo a lide originária, providência cabível nas particularidades do caso.

Exame da inicial revela que o corretor, mesmo após expirado o prazo das autorizações firmadas em 1995 e 1996, sustenta ter continuado os esforços no sentido de intermediar a venda do terreno situado no Bairro da Agronômica, nesta Capital. Em “decorrência do trabalho altamente profissional, logrou êxito em conseguir um comprador para o imóvel: a empresa Sonae Distribuição Brasil S.A.”, momento em que “didaticamente caracterizou-se a chamada aproximação útil e eficaz da comitente vendedora com a compradora”. A despeito, todavia, desse quadro de aproximação útil, o negócio foi levado a efeito anos após sem o pagamento da comissão de corretagem que lhe é devida.

Essa a tônica da causa de pedir, num contexto em que, independentemente de instrução probatória, a cobrança da comissão não pode prosperar. É que a corretagem assume contornos de um contrato de risco, que veicula obrigação de resultado. Não é suficiente tenha o corretor prestado serviços de aproximação das partes, sendo necessário, e mesmo imprescindível, haja conseguido promover uma real e efetiva conjugação das partes, conjugação que tenha como resultado direto a operação de compra e venda. Ora, não é essa a compleição fática exposta como causa de pedir, na qual se alega apenas a existência de uma aproximação, a qual, ainda que considerada verdadeira, prescindindo de comprovação, não teve como repercussão direta a negociação, somente levada a cabo anos após, não rendendo ensejo à percepção da verba. Isso porque mera aproximação não se confunde com intermediação permanente até a realização do negócio, esta última pressuposto ao pagamento da comissão.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz anota que

O objeto do contrato de corretagem ou de mediação não é propriamente o serviço prestado pelo corretor, mas o resultado desse serviço. Daí ser uma obrigação de resultado e não de meio. A obrigação do corretor, não sendo de resultado, somente produzirá efeitos em relação

ao comitente (proprietário do bem ou cliente) no instante em que o acordo para o negócio se efetivar em razão da intermediação realizada. Logo, infere-se daí que pouco importará a dedicação e o trabalho do corretor.

E finaliza:

Corretor vende o resultado útil do seu trabalho, de modo que se seu labor tornar-se inútil não haverá que se falar em qualquer remuneração, pois receberá a comissão não em virtude do serviço prestado, mas em razão do resultado obtido. Daí as certas palavras de Bolaffio: “o mediador é um locador de trabalho, que vende o efeito útil de seu serviço”, e de Franchi: “o mediador loca a quem se vale dos seus serviços e não o trabalho, mas o seu produto útil” (*Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. III, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 381).

A natureza mesma do contrato de corretagem é incompatível com o pagamento de comissão por negócio realizado após longos anos, inviável permaneçam as partes perenemente vinculadas ao corretor. Ou o trabalho e os dispêndios realizados culminam com uma venda direta ou não são remunerados. Considerada a dinâmica dos negócios imobiliários, atrelá-lo a uma compra e venda efetivada anos após, em vista da qual não houve atuação próxima e com referibilidade mediata, seria retirar o risco do pacto e transformá-lo em obrigação de meio, vinculando-o à só circunstância de um serviço prestado um dia, ainda que ineficaz, em termos específicos, para a alienação posterior.

Na linha dessa necessária limitação temporal dos contratos de corretagem, Arnaldo Rizzardo, em ensinamento aplicável, registra que lhes retira

o valor a ausência de prazo, porque a opção de venda tem caráter de exclusiva no que respeita ao mediador a quem conferida, não se podendo compreender exclusividade que não venha acompanhada de prazo, até porque a falta deste implicaria vincular indefinidamente, restringindo seu próprio direito de propriedade (*Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002. p. 841).

No mesmo sentido decidiu esta Corte de Justiça:

CIVIL. COBRANÇA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. NEGOCIAÇÃO DIRETA ENTRE O COMPRADOR E O VENDEDOR DO IMÓVEL. POSTERIOR INTERMEDIÇÃO DO CORRETOR ENTRE AS MESMAS PARTES E QUE TAMBÉM RESTOU FRUSTRADA. VENDA DO BEM REALIZADA EM MOMENTO ULTERIOR, SEM A INTERVENÇÃO DO CORRETOR. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. COMISSÃO INDEVIDA.

O contrato de corretagem é de resultado e não de meio, exigindo-se não só os serviços do comissário, mas o resultado útil de seus esforços, com a venda efetiva do bem. Destarte, descabida é a comissão se o comprador e o vendedor de imóvel objeto de contrato de comissão de corretagem já haviam tratado sobre a venda do bem, depois intermediada por corretor de imóveis, mas que também resultou inexistosa, mormente quando o negócio se concretiza em evento futuro e sem a intervenção do profissional (Ap. Cív. n. 2000.022257-7, de Lages, rel. Des. Luiz Carlos Freyeseleben).

Cumpra acrescer que essa ausência de intermediação efetiva na compra e venda, havendo mera aproximação anos antes, se afigura indiscutível. Note-se que a escritura de compra e venda traz a possibilidade de a comissão correr “por conta da outorgada” Sonae (fl. 53), e que esta, reconhecendo a atuação eficaz da Ponto Pronto na intermediação do negócio, pagou-lhe a verba correspondente (fl. 56). A mesma Sonae, ademais, declara que “Wildison Maurício de Barros não exerceu nenhuma influência na nossa decisão em adquirir o imóvel” (fl. 55), o que derrui o pressuposto de fato para a percepção da verba, porque deixa clara a atuação de outro corretor, e porque possível cláusula de exclusividade não pode vigor por tempo indeterminado.

Assim, inviável acolher o pedido de cobrança.

Em sessão de julgamento, após profundo estudo, o Des. Joel Dias Figueira Júnior teceu considerações encampadas como razão de decidir:

[...] Entendo que a hipótese vertente autoriza a prolação de acórdão substitutivo, com análise do mérito, solucionando a lide em definitivo, sem a necessidade de realização de instrução e novo julgamento na instância *a quo*.

[...]

Ocorre que, se anulada a sentença e determinada a instrução do processo com a produção de provas orais, o ora réu (autor daquela demanda)

nada poderá demonstrar ou inovar em razão dos fundamentos fáticos que sustentaram a pretensão articulada (causa de pedir) na demanda de cobrança.

É fato incontroverso a existência de duas autorizações por escrito firmadas pela autora em favor do réu para a intermediação da venda de um imóvel situado no Bairro da Agrônômica, nesta Capital, ambas com validade de trinta dias, sendo a primeira datada de 12 de janeiro de 1995 e a segunda de 2 de julho de 1996.

Igualmente incontroversa é a alienação do referido imóvel pela autora à Sonae Distribuição Brasil S.A., conforme escritura pública de compra e venda lavrada em 16 de julho de 2001, ou seja, mais de seis anos após a outorga da primeira autorização de venda.

Todavia, embora o negócio tenha sido realizado após expirar o prazo estipulado na autorização conferida pela autora ao corretor, sustentou o réu que continuava autorizado verbalmente para intermediar as negociações.

Asseverou, ainda, o ora réu, em sua petição inicial da ação de cobrança de corretagem (fl. 35), que a venda do imóvel à Sonae Distribuição Brasil S.A. somente ocorreu em face da “aproximação útil e eficaz” que realizou entre os contratantes, obtendo pleno êxito na sua empreitada, motivo pelo qual faz jus à comissão perseguida.

Infere-se que o pedido de cobrança de comissão de corretagem se funda em *causa petendi* que não ampara o pagamento da verba perseguida, na exata medida em que o ora réu, em toda a peça inaugural, não afirma, sequer alega, que a consumação da compra e venda deu-se mediante a sua intervenção.

Em outros termos, o pedido e a causa de pedir da ação de cobrança fundam-se apenas na circunstância de ter recebido autorização de venda outorgada pela então requerida e no fato de ter dado início a intermediação da compra e venda, através de encaminhamento de propostas de compra do imóvel para diversas pessoas, acompanhadas de dossiê, sendo uma delas a empresa Sonae.

Não se diga, entretanto, que tal fato poderia ser comprovado na instrução processual, pois, frise-se mais uma vez, o réu sequer alegou ter concretizado o negócio, limitando-se a argumentar que fez a oferta do imóvel a possíveis interessados, entre eles, a Sonae.

Ademais, conta à fl. 55 destes autos documento novo trazido à colação pela autora, expedido pela Adquirente Sonae, em data de

7 de outubro de 2003, cujo teor é o seguinte: “Complementando nossa correspondência de 27 de junho de 2002, referente à compra e venda efetivada entre estas empresas, conforme escritura pública lavrada no 4º Tabelionato de Notas da comarca de Florianópolis, no Livro n. 413, fls. 2 a 4, em 16 de julho de 2001, ratificamos que Wildison Maurício de Barros não exerceu qualquer influência na nossa decisão em adquirir o imóvel objeto da aludida escritura”. Na mesma missiva, arremata a compradora: “Reiteramos, também, que a empresa que intermediou a compra e venda do referido imóvel foi a Ponto Pronto Negócios Imobiliários Ltda., com sede na cidade de Porto Alegre, RS, na Rua General Votorino, 77/504”.

Não se pode olvidar que o risco é da própria essência dos contratos de corretagem, que não consagram simples obrigação de meio, mas de resultado. Dessa forma, nada obstante os serviços prestados pelo réu, dando início à aproximação das partes, exsurge dos autos que a avença não se tornou perfeita e acabada em virtude de sua intermediação, motivo pelo qual a comissão não lhe é devida.

[...]

Ora, se o objetivo da corretagem é o resultado do serviço e, considerando-se que, no caso vertente, a concretização do negócio não se fez com a efetiva participação do réu, manifesta e claramente lógica a conclusão acerca do descabimento da comissão pleiteada.

[...]

No caso em exame, tem-se como certo que: a) não se verificou arrependimento das partes; b) ocorreu a compra e venda do imóvel, tornando-se perfeita e acabada com o registro do título translativo no Registro de Imóveis (art. 1.245, CC); c) o resultado previsto no contrato de corretagem foi atingido sem a participação efetiva do ora réu para a sua conclusão; d) “aproximação útil e eficaz”, em contratos dessa natureza, não se confunde com a intermediação permanente até a obtenção do resultado desejado, qual seja, a concretização da compra e venda; e) a exclusividade para a venda do imóvel foi conferida ao réu com prazo limitado, findando em agosto de 1996; f) a compra e venda concretizou-se em 2001; g) neste ínterim, outros corretores e empresas do ramo participaram na intermediação e captação de compradores, tanto que a negociação foi consumada através da empresa Ponto Pronto Negócios Imobiliários Ltda., e não pelo ora réu.

Por esses motivos, merece procedência a ação rescisória, inclusive no tocante ao *indictum rescissorium*.

Não é preciso ir além.

6. Com essas considerações, voto pela procedência do pedido de *iudicium rescindens* para, reconhecendo cerceamento de defesa e violação aos arts. 330, I, do CPC e 5º, LV, da CF, desconstituir a sentença na ação de cobrança de comissão de corretagem, rejugando a causa no sentido da improcedência do pedido condenatório, ante a ausência de efetiva intermediação.

Por ter a presente decisão capítulos desconstitutivo e declaratório negativo, incide o § 4º do art. 20 do CPC, dispositivo à luz do qual, em análise conjunta com os critérios das alíneas do § 3º do mesmo artigo, arbitram-se em favor da autora honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Custas processuais às expensas do demandado, com reversão em favor da autora do depósito aludido no art. 458, II, CPC, com os acréscimos do incidente.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, a Câmara julga procedente o pedido de *iudicium rescindens* para desconstituir a sentença prolatada na ação de cobrança de comissão de corretagem e, adentrando no *iudicium rescissorium*, dá pela imediata improcedência do pedido deduzido na ação originária.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Subst. Joel Figueira Júnior e Jânio Machado. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 1º de agosto de 2006.

Sérgio Roberto Baasch Luz
PRESIDENTE

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2005.018131-2, de Lages

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL – PROCEDÊNCIA NA ORIGEM – INCONFORMISMO – CONVIVÊNCIA DURADOURA, PÚBLICA E CONTÍNUA – PROVA DOCUMENTAL SEGURA E FARTA – RECONHECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – PROVIMENTO NEGADO.

A convivência para ser reconhecida como união estável deve ser duradoura, pública e contínua, e o relacionamento aparente estado de casado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.018131-2, da comarca de Lages (Vara da Universidade), em que é apelante S. B. e apelada H. D. F.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Lages, H. D. F. ajuizou ação declaratória de existência de sociedade de fato contra S. B. alegando que a partir de fevereiro de 1996 passou a viver em união estável com M. M. B., o qual faleceu em 19-4-2001, quando então cessou a união estável.

Assim discorrendo, requereu a procedência da ação para que seja declarada, por sentença, a existência da sociedade de fato.

Citado, o requerido S. B., pai de M. M. B., ofereceu contestação alegando não ter ocorrido união estável e que a pretensão inicial tem o objetivo escuso de evitar o pagamento indenizatório pelo falecimento, por acidente de trabalho, de M. M. B., que se acidentou quando estava em serviço na empresa de propriedade do pai da requerente.

Assim aduzindo, requereu a improcedência da ação.

Processado o feito, o Magistrado proferiu a sentença de procedência do pedido exordial e declarou a existência da sociedade de fato entre a autora e o *de cujus* M. M. B.

Inconformado, o requerido S. B. interpôs recurso de apelação cível argumentando que o conjunto probatório demonstra a inexistência da sociedade de fato e requer a improcedência da demanda.

Sem contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo improvimento do apelo.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em 1988, o legislador constituinte, adequando a nova Carta Política aos fatos estampados na sociedade brasileira, fez inserir na Lei Maior o seguinte dispositivo legal:

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º, da CF/88).

A Constituição foi regulamentada pelo legislador ordinário por meio das Leis n. 8.971/94 e 9.278/96 objetivando distinguir a união estável das demais formas de vínculo existentes entre homem e mulher,

a fim de resguardar os direitos e deveres decorrentes do enlace que mereceu tratamento especial pelo Constituinte.

Na primeira tentativa, pela Lei n. 8.971/94, estabeleceu como requisito à prova de união estável lapso temporal superior a cinco anos ou a existência de prole comum como indicativos da união.

Insatisfeita a sociedade com o remédio legal *supra*, o legislador editou, posteriormente, a Lei n. 9.278/96 definindo união estável como “a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Carlos Alberto Menezes Direito, em brilhante artigo inserido no periódico Revista dos Tribunais (RT 667/22), intitulado Da União Estável como Entidade Familiar, assim definiu a proteção jurídica dada pelo art. 226, § 3º, da Lei Maior:

A união estável, entidade familiar formada por um homem e uma mulher, é a vida em comum, *more uxorio*, por período que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais claros, indubitáveis da vida familiar, e com o uso em comum do patrimônio.

Portanto, é necessário que a unidade familiar esteja devidamente constituída.

Nesse diapasão, já decidi esta Corte:

Para o reconhecimento da união estável é indispensável a vida em comum, que revele estabilidade e vocação de permanência, com sinais objetivos e incontroversos da entidade familiar. Na ausência de prova de ser o relacionamento marital notório, duradouro e prolongado, não há como declarar a sociedade de fato (TJSC – Ap. Cív. n. 2000.014476-2, de Tubarão, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 13-2-2003).

Em que pesem as argumentações e o esforço do ilustre patrono do requerido, o recurso não merece provimento em face do conjunto probatório juntado aos autos, que corrobora a existência da união estável entre a autora e o falecido M. M. B.

A prova testemunhal não é conflitante, até porque uma das versões esposadas possui elementos probatórios de maior força processual.

Assim, as testemunhas Carlos Ernesto Ramos e Francisco Assis Anadon, músicos que tocavam com M. M. B., afirmam que este e a requerente H. D. F. viviam como se marido e mulher fossem, morando na casa dos pais de H. D. F., local onde procuravam por M. M. B. antes de realizar ensaios musicais.

O depoimento dos músicos é contundente, chamando atenção, entre outros fatos; o de que a requerente e o falecido M. M. B. estariam construindo residência para deixar a casa dos pais de H. D. F.

Chama atenção, ainda, no depoimento dos músicos, a assertiva categórica de ambos de que, na visão deles, M. M. B. era órfão de pai e mãe e não sabiam que S. B. era pai de M. M. B., já que aquele só apareceu após o falecimento, com a intenção de cobrar a indenização pela precipitada morte do filho.

Pendendo a balança da justiça em favor da tese de existência do vínculo conjugal, a testemunha Natalina Torri da Costa afirmou que o casal H. D. F. e M. M. B. “passaram a viver sob o mesmo teto [...] por mais de 4 anos; que residiam num prédio do pai de H. onde foi feito um quarto separado no último andar para que os dois morassem” (fl. 107).

O exame da prova testemunhal leva à convicção de que realmente existia a união estável entre M. M. B. e H. D. F., bem como à certeza de que a família da requerente, diante do relacionamento entre esta e M. M. B., praticamente o “adotou”, ante a ausência de sua falecida mãe e de seu pai, que agora retorna questionando a existência da união estável.

Deram-lhe uma família e com ela um emprego, um carro e um local para morar. A precipitada morte evitou a continuidade do vínculo conjugal, mas não sua consumação.

Não bastasse isso, verifica-se que a farta prova documental existente no processo corrobora a existência do vínculo conjugal entre a requerente e M. M. B., enquanto este estava vivo.

Nesse sentido são os seguintes documentos: a) declaração do requerido S. B. afirmando que H. D. F. conviveu maritalmente, em regime de concubinato, como se casada fosse, desde de 18 de fevereiro de 1996, com M. M. B., datada de 23-4-2001, e que tem como testemunhas E. M. B. e M. A. B. (fl. 16); b) protocolo de benefícios do falecido M. M. B. no INSS, que registra como endereço o mesmo pertencente à família da requerente H. D. F., numa prova de que morava lá (fl. 17); c) registro de empregado de M. M. B., na firma de propriedade do pai da requerente, constando como estado civil: *solteiro (outros)*, e como cônjuge a requerente H. D. F. (fl. 18); d) cartão da loja Franco Giorgi, que tem como titulares M. M. B. e H. D. F., não sendo crível a versão do requerido de que meros amigos fazem cartão de crédito em conjunto (fl. 21); e) carnês de pagamento de dízimo dos anos de 2000 e 2001, emitidos em nome do casal M. M. B. e H. D. F. (fl. 21); f) centésimos (carnês de pagamento em favor da Capela do Sagrado Coração de Jesus) dos anos de 1998 e 1999, também firmados pelo casal M. M. B. e H. D. F. (fl. 22); g) curso de sacramentos realizado pelo casal M. M. B. e H. D. F. (fl. 22); h) cartas de M. M. B. à requerente, nominando-a como “Minha Esposa” (fls. 23 a 25); i) nota fiscal de compra realizada por M. M. B. que aponta como endereço a residência dos pais da requerente H. D. F., onde passou a morar após o início da convivência marital (fls. 26 e 27).

A par da farta documentação trazida pela autora, o requerido não trouxe nenhum elemento probatório; juntou exclusivamente jornais

em que a requerente aparece como Broto Verão Lafi Cosméticos e a reportagem sobre o acidente que vitimou M. M. B.

O requerido trouxe ainda uma carta pessoal sua, encaminhada ao responsável pelo Setor de Benefícios do INSS, na qual afirma que a autora não vivia com o falecido M. M. B. e que iria provar essas alegações. O documento, unilateral, foi rebatido pela parte contrária e não vale como prova. Retrata, apenas, a opinião do próprio requerido, que contradiz a declaração por ele mesmo prestada, de que a autora viveu maritalmente com M. M. B.

Após a contestação, portanto em momento inoportuno, o requerido trouxe ainda cópia de oposição ofertada em ação de consignação proposta pela empresa em que M. M. B. trabalhava objetivando reconhecer a quem deveria pagar as verbas trabalhistas (fl. 50 e seguintes). O documento não é prova da existência ou inexistência da união estável.

A declaração de cessão de direitos (fl. 55), trazida pelo requerido extemporaneamente, confirma a existência de união estável. Por meio de referida declaração, a requerente H. D. F. cedeu à irmã de M. M. B., na condição de concubina deste, os direitos que seu companheiro detinha em relação à herança deixada pela falecida mãe de M. M. B., correspondente a um quarto da meação sobre um terreno com área total de 281,95 m².

O documento de fl. 56, por sua vez, com a menção de que foi negado à requerente o benefício decorrente do falecimento de M. M. B., por não ter provado sua qualidade de dependente, é datado de 3-7-2001.

Tal documento teria valia em favor do requerido se não tivesse o documento posterior juntado pela requerente, que comprova ter o INSS emitido em favor da autora H. D. F., em 11-1-02, certidão para levantamento de saldos constantes em PIS/Pasep/FGTS de M. M. B.,

por considerá-la companheira desse, indicado que houve revisão no pensamento da autarquia previdenciária.

Como se viu, a prova testemunhal e documental conforta a tese de que autora e M. M. B. viviam maritalmente, o que assegura a procedência da demanda.

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil resolve negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 23 de novembro de 2006.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE, COM VOTO

Monteiro Rocha
RELATOR

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2002.011604-7, da Capital

Relator: Des. Monteiro Rocha

PROCESSUAL CIVIL – EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA EX-ESPOSA – MULHER QUE, POSSUINDO ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, OUTORGA PODERES *AD JUDICIA* AO PATRONO DO EX-MARIDO – RECONHECIMENTO DO PEDIDO PELA RÉ – TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA – AÇÃO RESCISÓRIA – ADMISSIBILIDADE – INTERESSE DE AGIR PATENTEADO – MÉRITO – RECONHECIMENTO MACULADO POR COAÇÃO – VÍCIO INCOMPROVADO – AÇÃO IMPROCEDENTE.

A sentença, ainda que sucinta, que reconheceu a procedência do pedido inicial autoriza o ajuizamento de ação rescisória.

Incomprovado o vício de consentimento, sustentáculo do pedido de *judicium rescindens*, julga-se improcedente a rescisória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2002.011604-7, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é autora R. de C. L., e réu V. O. J.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, julgar improcedente a ação. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

R. de C. L., representada pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina – EMAJ, ajuizou ação rescisória contra V. O. J., objetivando rescindir sentença que julgou procedente ação de exoneração de alimentos por este ajuizada contra si.

Pondera que a ação de exoneração de alimentos foi julgada procedente porque ela, ora autora, reconheceu a procedência do pedido daquela ação, desistindo de seu direito material à prestação alimentícia.

Argumenta que o réu, V. O. J., a coagiu a assinar procuração em favor do advogado daquele, o que fez receosa, pois, não assinado, perderia a casa onde mora.

Assim discorrendo, requereu o acolhimento da ação rescisória, com fulcro no art. 485, VIII, do CPC, e a procedência da ação para rescindir a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária de Exoneração de Alimentos n. 023.00.016579-7, do Juízo de Direito da 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital – SC.

Citado, o requerido ofereceu contestação, argumentando que em nenhum momento coagiu sua ex-mulher a reconhecer o pedido inicial da ação exoneratória.

Pondera que a ora autora reconheceu a procedência do pedido da ação exoneratória porque, à época, estava empregada, pelo que requereu a improcedência da ação.

O pedido de tutela antecipada para restabelecer os alimentos foi indeferido (fls. 95 e 96).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, ao argumento de que a sentença, na hipótese, deve ser rescindida como os atos jurídicos em geral, conforme art. 486 do CPC.

Fundamentado o pedido exordial no art. 485, VIII, do CPC, este Relator determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir para demonstrar os fatos alegados.

O réu ofereceu testemunhas e a autora ficou-se inerte.

Pelas razões declinadas no interlocutório de fl. 133, este Relator encerrou a instrução, intimando as partes para oferecerem alegações finais.

O requerido ofereceu alegações finais requerendo a improcedência da ação e a condenação da autora às penas de litigância de má-fé.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Tycho Brahe Fernandes, opinou pelo conhecimento e pela improcedência da ação rescisória, ao contrário do parecer ministerial pretérito, porque a sentença homologou reconhecimento de pedido, e não acordo. No mérito, opinou pela improcedência da ação.

VOTO

Humberto Theodoro Júnior, lecionando sobre a forma de julgamento da ação rescisória, ensina o seguinte:

Julga-se a rescisória em três etapas: primeiro, examina-se a admissibilidade da ação (questão preliminar); depois, aprecia-se o mérito da causa, rescindindo ou não a sentença impugnada (*judicium rescindens*); e, finalmente, realiza-se novo julgamento da matéria que fora objeto da sentença rescindida (*judicium rescissorium*).

Para admitir-se a rescisória, basta apurar se o pedido do autor se enquadra numa das hipóteses do art. 485 e se estão atendidos os requisitos processuais para o legítimo exercício da ação.

Para procedência do pedido (mérito), deverá resultar provado que a sentença contém, de fato, um ou alguns dos vícios catalogados no art. 485.

Acolhendo o pedido, a decisão do tribunal pode completar-se com a simples desconstituição da sentença, como ocorre no caso de violação da *res indicata* (art. 485, IV). O mero *judicium rescindens*, exaure, assim, a prestação jurisdicional, restaurando a autoridade da primeira sentença trânsita em julgado.

Em outros casos, rescindida a sentença, permanece pendente a questão de mérito do processo em que a decisão impugnada foi proferida. Cumpre então, ao tribunal completar o julgamento, decidindo-a, também, através do *judicium rescissorium* (art. 494) (*Curso de Direito Processual Civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 654. v. 1).

a) Admissibilidade da rescisória

A autora alega que a sentença monocrática deve ser rescindida porque teve por fundamento desistência obtida por coação (art. 485, VIII, do CPC).

Na realidade, não se trata de desistência, mas, sim, de reconhecimento do pedido inicial.

Por isso mesmo, está correto o parecer subscrito pelo Dr. Tycho Brahe Fernandes, quando afirma o seguinte:

A prova dos autos não autoriza o reconhecimento de que tenha havido homologação de acordo firmado entre as partes, como asseverado no parecer (subscrito pelo Dr. Jobél Braga de Araújo).

Em verdade, o documento de fls. 64/65 deixa claro que se tratou de reconhecimento da procedência do pedido por parte da ré da ação exoneratória de alimentos, sendo que a sentença de fl. 70 não é homologatória de acordo, mas sim de extinção do feito, com apreciação de mérito (fl. 143).

A respeito da questão em exame, traz-se à colação a seguinte anotação de Theotonio Negrão. *In verbis*:

“A ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renúncia ou a confissão servem como fundamento do *decisum*, influenciando no conteúdo do comando judicial” (*Código de Processo Civil*: e legislação processual civil em vigor. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 542, n. 3 ao art. 486).

No mesmo sentido as lições doutrinárias de Coqueijo Costa, citadas no parecer de fl. 140 e seguintes, das quais destaco:

De desistência, confissão e transação cuida esse inciso VIII. De reconhecimento do pedido, não. Mas, por interpretação extensiva (José Carlos Barbosa Moreira), deve ser abarcado. O reconhecimento é figura processual que extingue o processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, II), “tem cabimento apenas nas causas em que seria admissível a transação”, o direito em litígio seja disponível e haja capacidade das partes para transigir (E. D. Moniz de Aragão, “Comentários ao CPC”, 2º vol., Rio de Janeiro, Forense, 1976, pág. 537) [...]. O reconhecimento

leva inexoravelmente à procedência; a confissão, nem sempre. Assim como a confissão, o reconhecimento pode-se concretizar nos autos ou em documento extrajudicial (*Ação rescisória*. 7. ed. rev. e atual. por Cerqueira, Gustavo Lanat Pedreira de. São Paulo: LTr, 2002. p. 98-99).

Estando o juízo de admissibilidade da rescisória jungido a enquadrar o requerimento da autora a alguma das espécies de cabimento da rescisória, é possível afirmar que, *em tese*, o pedido formulado pela autora tem respaldo no art. 485, VIII, do CPC, merecendo ser conhecida a rescisória.

A procedência do pleito, ou seja, se houve ou não o vício maculando o reconhecimento do pedido, é questão a ser resolvida a seguir, por ocasião do *judicium rescindens*.

b) *Judicium rescindens*

Para ser vencedora na ação rescisória e, com isso, ver apreciado o *judicium rescindens* para, posteriormente, analisar o *judicium rescissorium*, cabia à autora provar que efetivamente foi coagida a firmar procuração em favor do advogado do ora réu para que este, em nome dela, reconhecesse a procedência do pedido exordial na ação exoneratória.

A petição inicial não veio acompanhada de requerimento de provas.

Atento ao fato de que a autora vem sendo representada pelo Escritório Modelo de Assistência Jurídica da UFSC, determinei que as partes – notadamente a autora – especificassem as provas que pretendiam produzir.

A autora, em vez de cumprir o comando judicial, requereu vista dos autos.

O pedido foi atendido, novamente considerando-se a assistência jurídica prestada à autora e principalmente o fato de que havia necessidade de demonstração do vício alegado na inicial.

Apesar disso, nenhuma prova foi postulada, tampouco produzida, para demonstrar, ainda que apenas por meio de indícios, a coação alegada na exordial.

Não há, neste contexto, nenhum substrato probatório a autorizar a conclusão de que o reconhecimento do pedido se deu por coação.

Nesse sentido, o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 145):

No caso dos autos, não logrou a autora fazer prova de que tenha sido, de fato, coagida, pelo réu da presente rescisória, a firmar o instrumento de mandato de fl. 66.

Reconheço que considero profundamente estranho o fato de a autora ter outorgado aquele mandato quando em todos os outros processos envolvendo o réu tenha sido seus direitos tutelados pelo EMAJ, porém, em sendo ela maior e capaz, possível a outorga do instrumento, cabendo apenas, se analisar a ocorrência ou não da alegada coação.

No caso dos autos, inviável o reconhecimento de que tenha ocorrido a alegada coação.

Ora, mulher que tem procurador constituído, ao ser “ameaçada” de perder seu imóvel, com certeza procura o advogado que tutela seus direitos e vai se informar.

Dizer que essa “ameaça”, não provada, caracteriza uma coação a ponto de nulificar instrumento de mandato e rescindir uma sentença judicial é forçar demais a barra.

O documento de fl. 20 não esclarece, por exemplo, se sua signatária sabe dos fatos por os ter presenciado ou porque a autora lhe contou.

Sem a prova de coação, inviável a procedência do pedido inicial.

Aduzo às argumentações da douta Procuradoria-Geral de Justiça que o reconhecimento do pedido formulado pela autora desta rescisória, na ação de exoneração de alimentos, ocorreu porque ela, à época, estava trabalhando e convivia maritalmente com outro homem (fl. 64), o que viabilizou até mesmo o reconhecimento do pedido, pois, embora, se trate de direito irrenunciável, demonstrava a desnecessidade em perceber alimentos.

Por fim, registro que, se houve alteração na necessidade da autora, caberia o ajuizamento de nova ação postulando alimentos, porquanto a coisa julgada, em ações de alimentos, é apenas formal.

Não bastasse isso, relembro à autora desta rescisória que homem e mulher devem lutar pela própria subsistência, não sendo concebível, nos dias atuais, que alguém com capacidade de se auto suster postule alimentos a quem com ela não possui nenhum vínculo familiar ou conjugal.

Ora, “a regra geral é de que cada qual deve se manter e que os alimentos são devidos apenas àqueles que não podem prover a própria subsistência” (fl. 144).

Assim, ausente prova de coação, improcede o *judicium rescindens*, sendo desnecessário e inoportuno o exame do *judicium rescisorium*.

c) Litigância de má-fé

No tocante ao pedido formulado pelo requerido para que a autora seja condenada a multa por litigância de má-fé, comungo com o entendimento do douto Procurador de Justiça, segundo o qual

a sanção para o descumprimento do ônus de provar o fato constitutivo do autor é a improcedência do pedido e, mesmo em se admitindo um descaso por parte dos procuradores da autora em provar as alegações iniciais, não vislumbro a ocorrência da falada litigância de má-fé (fl. 146).

Assim, indefiro o pedido.

d) Providências

Extrai-se dos autos que o patrono do ora requerido, em um mesmo processo, atuou em favor das duas partes em litígio.

Em tese, a conduta profissional do advogado que recebeu poderes para representar a suplicada na exoneração de alimentos pode caracterizar delito, questão que não deve ser discutida neste processo.

Envie-se cópia integral do presente feito à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina, e ao Ministério Público Estadual.

Em decorrência, *julgo improcedente* a presente ação rescisória proposta por R. de C. L. contra V. O. J., condenando a primeira ao pagamento de custas processuais, inclusive do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, bem como dos honorários advocatícios de R\$ 500,00, sujeitando-se a cobrança dessas verbas ao disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, resolve julgar improcedente a ação rescisória proposta por R. de C. L. contra V. O. J., condenando a primeira ao pagamento de custas processuais, inclusive do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, bem como dos honorários advocatícios de R\$ 500,00, sujeitando-se a cobrança dessas verbas ao disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, e lavraram parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, os Exmos. Srs. Drs. Jobél Braga de Araújo e Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2006.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE, COM VOTO

Monteiro Rocha
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.034504-3, de Laguna

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DESPEJO – IMÓVEL RESIDENCIAL – CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO – CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA DESOCUPAÇÃO – INSURGÊNCIA DO DEMANDADO – NÃO CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM – IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE – PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – POSSIBILIDADE DO DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM DEMANDA DESALIJATÓRIA – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 273 DO CPC) – LOCADORES IDOSOS – NECESSIDADE PREMENTE DE ALIENAÇÃO DO IMÓVEL PARA FAZER FRENTE A TRATAMENTO DE SAÚDE – PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE QUE SUCUMBE EM RAZÃO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDISPONÍVEIS À VIDA E À SAÚDE (ARTS. 5º, *CAPUT*, E 196 DA CF/88) – DESNECESSIDADE DA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PELOS PROPRIETÁRIOS – PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – LOCADORES APOSENTADOS – ESTADO DE SAÚDE QUE DEMANDA CUIDADOS – INVIABILIDADE DA CONDENAÇÃO À PRESTAÇÃO DA REFERIDA GARANTIA DADA A POSSIBILIDADE DE TAL MEDIDA IMPEDIR AOS PROPRIETÁRIOS REALIZAR GASTOS COM SUAS NECESSIDADES BÁSICAS – RESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CF/88) – DESNECESSIDADE DA MAJORAÇÃO PARA 30 (TRINTA) DIAS DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À DESOCUPAÇÃO – PRAZO JÁ TRANSCORRIDO – RECURSO DESPROVIDO.

“Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

“Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...]

“A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

“Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente” (REsp. n. 746.781/RS, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, j. em 18-4-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.034504-3, da comarca de Laguna, em que é agravante Samir Dias Abrahão, e agravados João José Abrahão e Onilda Freitas Abrahão:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o interlocutório desafiado que deferiu a ordem de despejo. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Samir Dias Abrahão contra decisão interlocutória em que deferida antecipação de tutela requerida na Ação de Despejo n. 040.06.003380-0, ajuizada por João José Abrahão e Onilda Freitas Abrahão.

Alegou o agravante que os agravados alugaram-lhe imóvel localizado na Rua Raulino Horn, n. 171, Centro, Laguna/SC, pelo valor mensal de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e por prazo indeterminado, e que em 19-11-2004 foi notificado para desocupá-lo, comunicando os locadores que tencionavam vender o bem para custear tratamento de saúde da proprietária Onilda, momento em que lhe garantiram preferência para o caso de pretender adquirir o imóvel pelo valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Asseverou que, passados aproximadamente 2 (dois) anos após a realização da mencionada notificação extrajudicial, os agravados ajuizaram ação de despejo, tendo sido deferida a antecipação de tutela pretendida, restando fixado o prazo de 15 dias para a desocupação do imóvel.

Pugnou pela reforma do interlocutório sob os seguintes fundamentos: a) a inaplicabilidade do regramento constante no art. 273 do CPC, dada a existência de tratamento específico previsto na lei de locação (Lei n. 8.245/91); b) a falta de prévia notificação, ante a ausência de validade da efetuada 2 (dois) anos antes do ingresso da demanda, dado que, fluído o prazo de desocupação existente em referida comunicação, o contrato fora renovado e continuou a ser cumprido por prazo indeterminado; c) a necessidade de se determinar a prestação de caução, conforme disposto no art. 64 da Lei n. 8.245/91; d) a existência de benfeitorias a inviabilizar a concessão da antecipação de tutela; e) a irreversibilidade da medida, visto tratar-se de contrato de locação firmado por pessoa física, há mais de 20 anos, tendo até mesmo aberto pequeno comércio no local, e, como os agravados pretendem alienar o bem, é provável que não seja possível retornar

as partes ao *status quo ante*; f) a impossibilidade de se conceder somente o prazo de 15 (quinze) dias para a desocupação, em sede antecipação de tutela, quando a lei determina que nos provimentos finais referido prazo será de 30 (trinta) dias.

Por entender presente a relevância da fundamentação, o relator da Câmara Civil Especial admitiu o processamento do reclamo, concedendo parcialmente o efeito suspensivo almejado (fls. 112 a 117), unicamente para condicionar o cumprimento da ordem de desocupação à prestação de caução real ou fidejussória equivalente a 12 (doze) meses de aluguel, após o que o agravante deverá ser novamente notificado para desocupar o imóvel, no prazo de 30 dias.

Transcorrido *in albis* o prazo para oferecimento das contra-razões (fl.121), vieram os autos conclusos.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do inconformismo, passo à análise do mérito recursal.

A questão aviada no reclamo cinge-se à viabilidade de se conceder tutela antecipada para compelir o agravante a desocupar imóvel objeto de contrato de locação por prazo indeterminado firmado com os agravados.

1 Das benfeitorias

Primeiramente, é imperioso destacar que a alegação de inviabilidade do deferimento da antecipação de tutela na ação de despejo em enfrentamento, ante a existência de benfeitorias, não merece ser conhecida por este órgão julgador, sob pena de supressão de instância, já que referida alegação não foi objeto de análise na instância inferior e, caso examinada agora, ocasionará a violação do princípio do duplo grau de jurisdição, bem como os postulados constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).

Em relação à matéria, escreve o Min. Luiz Fux:

O Duplo Grau de Jurisdição

[...]

Decorrencia do princípio é a adstrição do tribunal à causa julgada, sendo defeso ao órgão superior apreciar pedidos ou exceções materiais não formuladas na instância superior, fatos existentes e não suscitados e matérias que não foram objeto da decisão. Acaso ultrapassada essa vedação, o órgão superior estará recebendo, pela primeira vez e diretamente, nos tribunais, questões que não se submeteram ao crivo do primeiro grau de jurisdição, violando o “duplo grau” (*Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 933).

Em referência ao tema, esta Corte já teve possibilidade de analisar a matéria:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE DESPEJO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NO JUÍZO *A QUO* – INCONFORMISMO – TUTELA ANTECIPADA EM AÇÃO DE DESPEJO – HIPÓTESES EXCLUSIVAS DO ART. 59, § 1º, DA LI – ALEGAÇÃO AFASTADA – ART. 273 DO CPC DEMONSTRADOS – RETENÇÃO DE BENFEITORIAS EDIFICADAS NO IMÓVEL LOCADO – MATÉRIA NÃO ALEGADA NO JUÍZO *A QUO* – IMPOSSIBILIDADE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO (Agravado de Instrumento n. 2006.001777-3, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 20-4-2006).

Desse modo, não preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso quanto ao ponto, não deve ser conhecida a insurgência neste tópico, sob pena de supressão de instância.

2 Da antecipação de tutela

De início cumpre destacar que não merece guarida a assertiva referente à inviabilidade de se conceder tutela antecipada nas ações de despejo, porquanto referida medida pode ser deferida desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, mesmo em hipóteses diversas das arroladas no § 1º do art. 59 da Lei n. 8.245/91, em razão de inexistir qualquer óbice legal ao deferimento da tutela de urgência reclamada.

Em relação ao tema, escreve Gildo dos Santos:

Concluimos que nada impede o deferimento da tutela antecipada em despejo, desde que preenchidos os requisitos legais de sua concessão (CPC, art. 273, I-II).

O que não se pode nem se deve é repelir, de modo absoluto, a tutela nas ações locatícias, sem antes verificar se estão presentes os pressupostos para que seja concedida. Afinal, a lei não veda que se atenda a pedido de tutela antecipada em despejo.

É claro que se mostra incabível essa providência, que confere verdadeira execução provisória, nos casos de despejo por falta de pagamento, de retomada para uso próprio, para uso de descendente ou ascendente, e, em outras hipóteses, em que, logo se vê, que não é viável a concessão antecipada de efeitos da sentença de mérito.

Daí não se pode concluir, porém, que a tutela antecipada não seja viável em todo e qualquer caso de despejo (*Locação e despejo*: comentários à Lei n. 8.245/91. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 447).

Do Superior Tribunal de Justiça extrai-se precedente:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em consonância com abalizada doutrina, tem se posicionado no sentido de que, presentes os pressupostos legais do art. 273 do CPC, é possível a concessão de tutela antecipada mesmo nas ações de despejo cuja causa de pedir não estejam elencadas no art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91 (REsp. n. 702.205/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 12-9-2006).

No egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o tema já fora abordado:

PROCESSUAL – LOCAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA A FIM DE VIABILIZAR A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL – POSSIBILIDADE – VEROSSIMILHANÇA AFERIDA COM FUNDAMENTO DIVERSO DO ADOTADO PELO JUÍZO *A QUO* – IRRELEVÂNCIA – PRAZO DA RELAÇÃO LOCATÍCIA COMERCIAL FINDO APÓS O CUMPRIMENTO DO MANDADO DESALIJATÓRIO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 2005.032361-1, de Blumenau, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 6-6-2006).

Nessa mesma senda: Agravo de Instrumento n. 2006.000021-1, de Porto Belo, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 6-4-2006; Agravo de Instrumento n. 2006.001777-3, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 20-4-2006; Agravo de Instrumento n. 2005.022107-0, de Timbó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 21-3-2006.

Desse modo, é afastada a alegação de impossibilidade de concessão de tutela antecipada em ação de despejo.

3 Da prévia notificação

No concernente à alegação de inexistência de notificação prévia válida, ela não merece prosperar, porquanto, muito embora a notificação para desocupação tenha sido realizada em 19-11-2004 (fl. 32) e a ação de despejo ajuizada somente em agosto de 2006, tal fato, isoladamente, não retira a validade da notificação anteriormente realizada.

É que a simples circunstância de haverem passado aproximadamente 2 (dois) anos da realização da notificação não tem o condão de afastar-lhe a eficácia, mormente no caso *sub judice*, em que o locatário é sobrinho dos locadores e, também, diante da preferência concedida a ele caso tivesse interesse em adquirir o imóvel.

Com referência ao ponto, traz-se o seguinte julgado:

“Não obsta o exercício da ação de despejo o decurso de alguns meses entre a data da notificação e a da sua propositura, desde que não evidenciada a renúncia aos efeitos da participação dirigida à locatária.

“A percepção de aluguéis nesse período não significa per se prorrogação da locação, posto que a obrigação de pagá-los decorre da ocupação do imóvel e persiste enquanto não se verificar a sua devolução” (Ap. Cív. n. 36.627, de Porto União, rel. Des. Eder Graf) (Ap. Cív. n. 2003.018567-4, de Criciúma, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 7-3-2006).

Dessa forma, é de se verificar que a notificação efetuada na hipótese é válida para os fins preconizados no art. 57 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91).

4 *Dos pressupostos da antecipação de tutela*

Para o deferimento de tutela antecipada devem estar satisfeitos os pressupostos específicos arrolados no art. 273 do CPC.

Sobre o tema, leciona o Min. Luiz Fux:

A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a “evidência” e a “periclitção potencial do direito objeto da ação” e, “processuais”, a “prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação” e o “requerimento da parte”.

O art. 273 do CPC, com a sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do *judicium* submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação (*Curso de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 60-61).

Com efeito, encontra-se presente prova inequívoca que convença da verossimilhança das alegações, afigurando-se plausível o deferimento de antecipação de tutela para compelir o locatário a desocupar o imóvel.

Isso porque, segundo se constata do feito, as partes celebraram contrato verbal de locação por prazo indeterminado, fato incontroverso nos autos (art. 334, III, do CPC), tendo o agravante (locatário) sido devidamente notificado para desocupar o imóvel no prazo de 30 (trinta) dias, em razão da premente necessidade dos proprietários em vendê-lo para angariar fundos em razão dos gastos com o tratamento de saúde da segunda agravada.

Assim, diante do quadro fático apresentado, restam preenchidos os pressupostos legitimadores do deferimento da antecipação de tutela pretendida.

A prova inequívoca a convencer da verossimilhança das alegações encontra-se presente, a princípio, nesta estreita via do agravo de instrumento, em razão das provas documentais carreadas ao agravo (fls. 39 a 73), as quais demonstram estar a segunda agravada (Onilda Freitas), com aproximadamente 80 (oitenta) anos de idade, atualmente passando por

tratamentos médicos, mostrando-se, desse modo, extremamente plausível a tese argüida pelos recorridos.

Quanto ao perigo de irreversibilidade, cumpre destacar que ao agravante, quando notificado, foi viabilizado realizar a aquisição do bem em exame, tendo ele por qualquer motivo não exercido seu direito de preferência.

Além disso, estando em conflito, de um lado, os direitos constitucionais individuais à vida, à saúde (arts. 5º, *caput*, e 196 da CF/88) e, de outro, o possível perigo de irreversibilidade da medida de urgência a ser concedida (art. 273, § 2º, do CPC), devem prevalecer os primeiros, por imperativo do Estado Democrático de Direito.

Ademais, com relação à necessidade de oferecimento de caução pelos agravados, conforme previsto no art. 64 da Lei do Inquilinato, referida tese também é afastada, visto mostrar-se desnecessária a prestação da referida garantia no caso em enfrentamento.

É que referido dispositivo legal aponta ser devido o pagamento de caução para os casos de execução provisória e não para os casos de deferimento de tutela antecipada, demandando, desse modo, tratamento diferenciado aos mencionados institutos jurídico-processuais em razão de suas peculiaridades.

Com efeito, deve ser sopesado, também, que a condenação à prestação de caução no montante correspondente a 12 (doze) alugueres, patamar mínimo estabelecido em lei, perfaz, na hipótese, a quantia aproximada de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais), o que se afigura abusivo no caso concreto.

Exigir referida garantia dos locadores, aposentados, com aproximadamente 80 (oitenta) anos cada, impedirá que eles arquem com as despesas do tratamento de saúde, não se devendo esquecer das demais necessidades básicas, as quais são naturalmente exacerbadas com o avanço da idade.

Desse modo, mostra-se prudente deixar de exigir a prestação de caução na espécie, visando resguardar em toda a sua plenitude os direitos individuais indisponíveis à vida e à saúde (arts. 5º, *caput*, e 196, ambos da CF/88).

Acerca da matéria, guardadas as peculiaridades de cada caso concreto, impende trazer à colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...]

A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente (REsp. n. 746.781/RS, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 18-4-2006).

Assim, encontrando-se presentes os requisitos que autorizam o deferimento da antecipação de tutela reclamada pelos agravados, deve permanecer incólume o interlocutório no ponto em que determinou a desocupação do bem.

5 Do prazo para desocupação

O recorrente pugna pela majoração do prazo de desocupação para 30 (trinta) dias, enquanto na sentença desafiada referido lapso temporal fora estabelecido em 15 (quinze).

Razão assiste ao agravante no ponto, uma vez que o prazo concedido é irrisório e encontra-se em descompasso com o preconizado no art. 63 da Lei n. 8.245/91, o qual determina que referido prazo seja fixado em 30 (trinta) dias.

Todavia, é de se constatar que tal prazo já expirou, visto que começou a contar da notificação ocorrida em 19-11-2004 (fl. 32).

Assim, já tendo transcorrido o prazo de trinta (30) dias para desocupação do imóvel, referido pleito, mesmo sendo acolhido, não acarretará nenhuma mudança no plano fático, mesmo no caso de se estabelecer como *dies a quo* a data da intimação da decisão agravada.

Desse modo, como já ultrapassado o prazo pretendido, deverá o recorrente (locatário) desocupar o imóvel assim que for dado cumprimento à presente decisão.

À vista do exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o interlocutório desafiado que concedeu a ordem de despejo.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, decide esta Câmara, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o interlocutório desafiado que concedeu a ordem de despejo.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2006.

Fernando Carioni
PRESIDENTE, COM VOTO

Saete Silva Sommariva
RELATORA

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.007301-1, de Blumenau

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – EXAME LABORATORIAL – GENITORA DA DEMANDANTE QUE VISA AFERIR INFECÇÃO POR RUBEÓLA – INÍCIO DO PERÍODO DE GESTAÇÃO – DIAGNÓSTICO NEGATIVO – NASCIMENTO DO FETO COM RUBÉOLA CONGÊNITA – MÁ-FORMAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA NA ORIGEM – RECLAMO DA AUTORA – NÃO ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O RESULTADO DO EXAME E A INFECÇÃO DA DEMANDANTE – INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO CAPAZ DE IMPEDIR OU MINORAR A INFECÇÃO DO FETO – DEVER DE INDENIZAR AFASTADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS (ARTS. 186, 187 E 927 DO CC/2002) – RECURSO DESPROVIDO.

“O nexo causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades. A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. E assim é por uma questão de lógica elementar: ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano. [...]

“Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa

e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato” (*Programa da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.70-71).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.007301-1, da comarca de Blumenau, em que é apelante Jéssica Maiara Balsan, e apelado Laboratório de Análises Clínicas Blumenau Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o provimento combatido. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Jéssica Maiara Balsan, representada por sua mãe, Glaci Balsan, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, com pedido de tutela antecipada, contra Laboratório de Análises Clínicas Blumenau Ltda., alegando que, na data de 12-10-1990, a genitora da requerente realizou exame no laboratório réu para verificar a possibilidade de haver contraído rubéola, tendo o diagnóstico sido negativo.

Mencionou que nasceu em 17-6-1991, após intervenção cirúrgica (cesariana), e no exame físico pós-parto, realizado enquanto a autora ainda se encontrava no berçário, fora constatado que ela possuía catarata bilateral – glaucoma congênito bilateral. Asseverou que, posteriormente, foram constatados diversos outros sintomas, tais como retardo mental, problemas auditivos, dificuldades acentuadas com a coordenação motora, bem como alto índice de atividade epileptógena focal parietal (epilepsia), e que todos estes transtornos decorreram do fato de a genitora da requerente haver contraído rubéola, não obstante o exame do laboratório requerido ter apresentado diagnóstico negativo.

Sopesou que comparece à Apae, necessita de acompanhamento psicológico, além de passar por outros exames e atividades que demandam alto custo, inclusive por constante tratamento oftalmológico.

Pugnou, por fim, pela concessão de tutela antecipada para condenar o requerido ao pagamento de pensão mensal de caráter vitalício, no valor correspondente a 3 (três) salários mínimos mensais. Pleiteou, ainda, a reparação pelos danos morais suportados, sugerindo que referida verba seja arbitrada em 1.000 (mil) salários mínimos, bem como o ressarcimento de todas as despesas efetuadas, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Requereu, também, a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Postergada a análise da antecipação de tutela pretendida e concedidos os benefícios da assistência judiciária (fls. 43 e 44), o réu apresentou contestação (fls. 48 a 68), aduzindo que não existiu nenhum ato omissivo, comissivo, culposo ou doloso de sua parte.

Argumentou ser impossível inverter-se o ônus da prova, visto que o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor após os fatos descritos na exordial, e que mesmo em caso de aplicação da legislação consumerista a responsabilidade é subjetiva, de conformidade com o art. 14, § 4º, do CDC.

Asseverou que muitas vezes a sintomatologia da rubéola passa despercebida pelo exame clínico, uma vez que a análise verifica se o sistema imunológico já criou anticorpos, mencionou que o corpo humano leva alguns dias para iniciar a produção de anticorpos, em decorrência do período de incubação do vírus, e aduziu não haver tratamento específico para a rubéola, salvo a vacinação preventiva. Fez, também, observações acerca do modo como referida patologia é transmitida.

Alegou não ter ficado comprovado que os fatos narrados na inicial tenham realmente advindo de uma contaminação com o vírus que causa a rubéola, visto que referidas conseqüências podem decorrer de outras patologias, tais como citomegalovírus, toxoplasmose, sífilis, herpes simples, varicela etc. Sustentou, ainda, a improcedência dos pedidos.

Indeferida a antecipação de tutela pretendida (fls. 112 a 114), foi realizada audiência de conciliação (fl. 120) e, posteriormente, de instrução e julgamento (fls. 127 a 130), momento em que fora colhido o depoimento pessoal da genitora da demandante, de 1 (uma) testemunha e oferecidas as alegações finais (fls. 131 a 145).

Sentenciando (fls. 154 a 159), o Togado *a quo* julgou improcedentes os pleitos inaugurais por entender não estar configurada a existência de culpa ou dolo do laboratório demandado, bem como não haver tratamento que minimize os efeitos da rubéola no feto quando a genitora encontra-se grávida. Condenou a autora ao pagamento das verbas de sucumbência, fixando os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), cuja exigibilidade ficou suspensa em razão de a autora ser beneficiária da assistência judiciária.

Irresignada, a tempo e modo, a demandante apelou (fls. 161 a 167), pugnando pela reforma do *decisum*, sob alegação de ter o réu agido com culpa, pois, em conhecendo que muitas vezes o exame apresenta resultado negativo em razão da demora de incubação e produção e formação dos anticorpos, deveria ter realizado novo exame laboratorial dias após.

Aduziu, ainda, que a vacina contra a rubéola foi introduzida no Brasil somente em 1992, após o nascimento da autora, não havendo como a genitora da demandante prevenir a patologia. Mencionou, ainda, que a aplicação de certas doses de gamaglobulina poderia reduzir a taxa de ataque do vírus e evitar a ocorrência dos danos que acometeram a recorrente, e reeditou, ao final, os pedidos de condenação do demandado ao ressarcimento dos danos morais e patrimoniais apontados na inicial.

Apresentadas as contra-razões (fls. 172 a 177), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento da insurgência (fls. 191 a 193), vindo os autos conclusos.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito do inconformismo.

A questão debatida reside em saber se o resultado negativo do exame realizado na genitora da demandante para constatação da infecção por rubéola, enquanto esta ainda estava no período de gravidez, gera ao laboratório recorrido a obrigação de indenizar os danos morais e materiais suportados pela autora que, segundo consta dos autos, nasceu acometida de rubéola crônica (fls. 17 e 39).

De início, impende assinalar que, não obstante as dificuldades pelas quais tem passado a demandante, bem como seus familiares, o desprovemento da pretensão recursal é medida de rigor.

Isso porque a ausência de tratamento para a patologia apontada (rubéola congênita) rompe onexo causal entre o resultado do exame realizado e as consequências decorrentes da infecção contraída pela genitora da demandante.

Segundo estudos realizados mediante a colheita de informações em páginas especializadas na *internet*, constata-se não existir tratamento específico para as gestantes portadoras da rubéola, senão vejamos:

“Ainda na gravidez, há tratamento para minimizar os possíveis efeitos da doença na criança?

“Dra. Patrícia – Não, o único tratamento é a prevenção da infecção” (http://www.centrinho.usp.br/hospital/pacientes/file/dica_07d.html).

E, ainda:

“Há tratamento?

“A rubéola não tem tratamento. O médico pode apenas aliviar os sintomas do doente até que se cure” (<http://www.medicinal.com.br/temas/temas.asp?tema=27>).

E, também:

Pesquisa de Doenças Infecciosas no Pré-natal e Profilaxia [...]

Infeções durante a gestação não são infreqüentes. Dependendo do tipo e época de acometimento algumas podem gerar complicações graves, afetando o binômio materno-fetal.

O pré-natal é um exemplo clássico de prevenção. O rastreamento durante este período é a chave para identificação de gestantes com risco de transmissão vertical de infecções (ou seja, de mãe para filho). A maioria das infecções na gestação são insidiosas e apresentam pouco ou nenhum sintoma.

As infecções do feto e do recém-nascido podem ser adquiridas durante a gestação (sendo neste caso chamadas de infecções congênitas), ou pelo contato com secreções vaginais e sangue contaminados durante o parto (chamadas de infecções intraparto), ou ainda no período pós-parto, principalmente, através da amamentação ou por contaminação externa. [...]

Uma vez que a gestante tenha a rubéola durante a gestação, não há tratamento específico para a mesma.

Em mulheres susceptíveis à infecção, ou seja, que não tenham anticorpos anti-rubéola, e encontram-se grávidas, recomenda-se evitar ambientes fechados, com muitas crianças, assim como o contato com pessoas com suspeita de estar com a infecção. É impossível fazer uma prevenção completa durante a gestação, nos casos de gestantes que não tenham sido vacinadas anteriormente e não apresentem defesas adquiridas (IgG positivo, com titulação satisfatória para imunidade) (http://www.cpd.com.br/sys/interna.asp?id_secao=4&id_noticia=179), sem grifo no original).

E, por derradeiro:

Rubéola Congênita

Dando continuidade aos artigos sobre prevenção de deficiências físicas e mentais, vamos escrever sobre as doenças que afetam o feto, isto é, enquanto está dentro do útero da mãe. Dentre as mais importantes estão a rubéola, a toxoplasmose, o citomegalovírus, a sífilis e, ultimamente, a AIDS. Começaremos com a rubéola neste artigo.

A rubéola é uma doença causada por um vírus. A doença é geralmente benigna, cursando sem sintomas ou apenas com sintomas gripais

associados à exantema (pontos avermelhados pelo corpo, parecidos com os do sarampo).

O grande problema da doença é tê-la durante a gestação, especificamente nos primeiros três meses. Nesta fase, o embrião e a placenta são mais vulneráveis à ação do vírus, pois ainda não têm anticorpos para combatê-lo.

As células do embrião estão se multiplicando. Cada célula que for afetada pelo vírus terá sua multiplicação comprometida e o órgão do qual ela iria fazer parte ficará incompleto ou malfeito. Daí a origem das malformações que a rubéola congênita provoca.

Dentre as malformações, temos defeitos no coração (estenose de válvulas ou artérias, comunicação interventricular ou interatrial), lesões oculares (cataratas, glaucoma, defeitos de retina, olho malformado), lesões do cérebro (microcefalia, deficiência mental), surdez, prematuridade e baixo peso ao nascimento. A doença pode, inclusive, levar ao abortamento. É importante saber que o vírus é eliminado pelo bebê portador da doença por um ou dois anos, podendo contaminar pessoas que entram em contato com ele. O comprometimento do bebê pode, ainda, ser tardio, ocorrendo após o nascimento.

Nem toda gestante que tenha rubéola terá o comprometimento do feto. Como já dito, quanto mais precoce na gestação, maior o risco. Dentre os recém-nascidos infectados nas primeiras oito semanas de gestação, de 85 a 90% têm malformações, decrescendo para 52%, entre a nona e 12ª semana, e 16% para aqueles infectados entre a 13ª e 20ª semanas.

A rubéola não tem tratamento medicamentoso, por enquanto. Por isso, o mais importante é a imunização ativa. Isto porque a doença primária (primeira vez que se tem a doença) é a que traz maior risco de contaminação do feto. Oitenta por cento das mulheres em idade fértil são imunes à rubéola. Atualmente, no Brasil, temos o esquema de vacinação com a MMR (anti-rubéola, sarampo e caxumba) no 15º mês de vida. Outra possibilidade é a vacinação de mulheres pelo menos 90 dias antes de engravidarem, para aquelas que não estão imunes (situação definida através de exames laboratoriais). Não se pode vacinar mulheres grávidas, pelo risco de contaminação do feto pelo vírus vacinal.

Como vimos, a rubéola congênita (infecção intra-útero) é um quadro de gravidade considerável e a prevenção é nossa melhor arma para combatê-la, principalmente através da vacinação e evitando o contato de pacientes com rubéola com gestantes suscetíveis, sobretudo nos primeiros três meses de gestação (<http://www.aril.com.br/prevencao.shtm#rubeola>) (sem grifo no original).

Assim, diante da inexistência de processo eficaz destinado a curar ou bloquear a infecção do feto verifica-se que, na hipótese, mesmo no caso de o diagnóstico laboratorial em análise ter apresentado resultado positivo, não seria possível reverter o quadro clínico apresentado pela autora, inexistindo nexos causal a legitimar a pretensão indenizatória.

No tópico, cumpre esclarecer que, muito embora exista alegação da recorrente no sentido de que a aplicação de gamaglobulina (anticorpo presente na circulação sanguínea), poderia ter reduzido o quadro de seqüelas que acometeram a criança, conforme noticiado em artigo anexado ao feito (fls. 98 a 101). Entretanto referida ilação não se mostra apta a afastar a assertiva de inexistência de tratamento específico, pois no mencionado escrito foi consignado que a utilização do uso profilático da gamaglobulina, além de não ser formalmente indicado, apresenta apenas a possibilidade, não a certeza, de redução da infecção.

Assim, tal fato, isoladamente, não demonstra, com segurança, se referido experimento seria aplicado na demandante, nem sequer se este apresentaria resultados positivos, caracterizando-se referida assertiva em mera suposição sem lastro concreto, que não pode ser utilizada como fundamento para condenação ao dever de indenizar.

Corroborando com as informações acima colacionadas, vale transcrever excerto do depoimento de Lucimar dos Santos, médica que acompanhou a gravidez e encaminhou a genitora da autora para a realização do exame:

[...] que acompanhou a gravidez da mãe da autora, sendo que durante a mesma houve suspeita de que aquela tivesse rubéola, pelo quadro que a mesma apresentava, ou seja, com virose, febre e dores no corpo, tendo sido encaminhada para a feitura do exame correspondente, que deu negativo; que não foi pedido outro exame; que ao que se recorda tal situação ocorreu logo no início da gravidez; que soube, após o nascimento da autora, que a mesma tinha malformações e que seriam oriundas da rubéola, mas tal já seria diagnóstico do pediatra; que tecnicamente falando se descoberta a rubéola durante a gravidez, nada há para fazer no sentido de minorar os efeitos de eventuais malformações, sendo que em relação a estas também não há condições de se prever o

grau de malformações podendo até não causar malformação alguma (fl. 129).

Diante do quadro fático apresentado, não há falar em obrigação de indenizar por parte do demandado, uma vez que, por não haver nexo causal entre o diagnóstico negativo e a má-formação do feto, não foram preenchidos os requisitos legais que geram o dever de indenizar (art. 186, 187 e 987 do CC/2002).

Acerca da matéria, escreve Sergio Cavalieri Filho:

O nexo causal é o segundo pressuposto da responsabilidade civil a ser examinado. Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades. A rigor, é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. E assim é por uma questão de lógica elementar: ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano. [...]

Vale dizer, não basta que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o quê a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato (*Programa da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70-71).

No ponto, dada a inexistência de nexo causal, cumpre assinalar que a discussão referente à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso *sub judice* é, por conseqüência, de hipótese de responsabilidade objetiva, uma vez que mesmo em referida modalidade o nexo causal figura como requisito imprescindível.

No concernente ao tema, guardadas as peculiaridades de cada processo, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – BEBÊ PREMATURO COLOCADO EM TENDA DE OXIGÊNIO – FIBROPLASIA RETROLENTICULAR (CEGUEIRA)

–RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO–SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA – PROCEDIMENTOS TÉCNICOS ADEQUADOS NA UTILIZAÇÃO DA OXIGENOTERAPIA – LAUDO PERICIAL QUE TRAZ DIVERSAS CAUSAS PARA A OCORRÊNCIA DA DOENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NÃO EVIDENCIADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 2005.021624-4, de Xanxerê, rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, j. em 31-10-2006).

E, ainda:

Para se conceder indenização por dano moral faz-se necessária, além da caracterização do ato ilícito, a demonstração de que a parte tenha sido submetida a um efetivo dano e o nexo causal entre este e aquele. Ausentes um desses requisitos, desconfigurado está o dano psíquico invocado (Ap. Cív. n. 2004.003862-3, de Chapecó, rel. Des. José Volpato de Souza).

Dessa forma, não preenchidos os requisitos que geram o dever de indenizar, merece permanecer incólume o *decisum* desafiado que não acolheu os pleitos inaugurais.

À vista do exposto, o voto é para conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença combatida que julgou improcedente a pretensão indenizatória.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, decide a Câmara, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença combatida que julgou improcedente a pretensão indenizatória.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2006.

Fernando Carioni
PRESIDENTE, COM VOTO

Salete Silva Sommariva
RELATORA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2006.037393-2, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Anselmo Cerello

EMBARGOS INFRINGENTES – PENHORA DE IMÓVEL ADJUDICADO PELO CREDOR EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA – IMPENHORABILIDADE – EMBARGOS ACOLHIDOS – RECURSO PROVIDO.

O fato de a fração ideal ter sido objeto de adjudicação em ação trabalhista não afasta a impenhorabilidade do imóvel, uma vez que aquela é decorrente de dação em pagamento em ação trabalhista.

Diversa é a hipótese do patrimônio constituído pela acumulação e aplicação do produto do trabalho – salário e créditos trabalhistas – o qual não se ampara no pálio da impenhorabilidade, que persiste quando o crédito trabalhista decorre de litígio surgido no âmbito da Justiça Especializada, por meio do qual os créditos laborais foram satisfeitos em execução. Argumentar contrariamente seria o mesmo que admitir a oneração judicial de depósitos bancários efetuados por determinação da Justiça Laboral decorrente de litígio daquela natureza. Sendo assim, o contexto não se altera quando em vez de pecúnia o crédito laboral é realizado pela adjudicação de imóvel.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – DEFERIMENTO.

“O art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 é muito claro ao disciplinar que a necessidade do benefício de assistência judiciária gratuita é auferida pela afirmação da própria parte. A negativa

do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é deste de provar que o autor não se encontra em estado de miserabilidade jurídica' (REsp. n. 851087/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 5-9-2006)" (in Ap. Cív. n. 2006.037436-7, de Criciúma, relator o signatário, j. 8-3-2007).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2006.037393-2, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é embargante Pedro Vilmar de Loreno, e embargado João Antônio Pierozan:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimentos aos embargos. Custas legais.

RELATÓRIO

Nos autos da ação de execução ajuizada por João Antônio Pierozan contra Pedro Vilmar de Loreno, fundada em título extrajudicial, foram opostos embargos pelo devedor, o qual alegou, em preliminar, inépcia da inicial, pela falta de demonstrativo atualizado do crédito reclamado; ilegitimidade ativa do exequente; carência da ação, por falta do protesto do título; e, no mérito, a inexistência de origem da dívida e nulidade da penhora, por tratar-se de crédito trabalhista.

Às fls. 27 e 30 sobreveio a sentença que, após afastar as preliminares, acolheu a alegação da impenhorabilidade, reconhecendo a nulidade da constrição judicial que se deu sobre 61,26% dos imóveis objeto das Matrículas n. 8279, 62072 e 622073, havidos pelos executados em adjudicação levada a efeito nos autos da Execução Trabalhista n. 325/93, da então Junta de Conciliação e Julgamento de Balneário Camboriú, promovida pelo apelado e outros sete reclamantes.

Inconformado, o exequente apelou, sustentando não se tratar de penhora de crédito trabalhista, porquanto o crédito trabalhista se extinguiu quando o executado adjudicou o bem imóvel com outras pessoas.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta instância, sendo distribuídos ao eminente relator Des. Alcides Aguiar, ilustre integrante da Terceira Câmara Comercial, que se posicionou pelo desprovemento do recurso, tendo presente que “o fato de a fração ideal já ter sido objeto de adjudicação não afasta a impenhorabilidade, uma vez que aquela é decorrente de pagamento devido ao apelado a título de verba trabalhista, seja o salário em si ou meramente indenizatória”.

Todavia, restou vencido o Relator, sendo designado o Desembargador Substituto Paulo Roberto Camargo Costa para lavrar o acórdão.

Irresignado, o executado, alicerçado no art. 530 do CPC, opôs os presentes embargos infringentes ao acórdão de fls. 70 e 78, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso interposto pelo ora embargado,

para, reformando a sentença recorrida, afastando a nulidade argüida, manter a penhora, tendo-a como subsistente para o prosseguimento da execução, suportando o embargante, por inteiro as custas processuais e honorários arbitrados e devidos nos autos de embargos, sem prejuízo do arbitrado e devido na execução” (fl. 78).

O ora embargante, como ressalvado, pretende fazer prevalecer o voto dissidente proferido pelo Excelentíssimo Senhor Des. Alcides Aguiar, que divergiu da douta maioria, “por entender que a fração ideal do imóvel é absolutamente impenhorável já que constitui verba de natureza trabalhista, uma vez decorrente de adjudicação na Justiça do Trabalho em favor do apelante” (ora embargado).

Às fls. 91 e 92, o embargado contra-arrazoou, e os embargos foram admitidos pelo despacho de fls. 93 e 94.

O recurso não foi preparado, havendo, contudo, formal requerimento objetivando o deferimento de assistência judiciária.

VOTO

A questão fulcral nos presentes embargos diz respeito à penhorabilidade ou não de imóvel adjudicado pelo credor em ação trabalhista.

Dispõe o art. 649, IV, do Código de Processo Civil, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.382, de 6-12-2006:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Comentando o dispositivo *supra*, Theotonio Negrão prescreve:

A disposição abrange salário a qualquer título, isto é, todo direito do empregado, presente, passado, futuro, pago ou não, na constância do emprego ou por despedida (RT 618/198). Assim, não é possível penhora de saldo em conta-corrente bancária, se proveniente de salário (Lex-JTA 148/160). (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 715).

Sobre o tema, colhe-se o ensinamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O CPC 649 II a IX estatui o *beneficium competentiae*, ou seja, a impenhorabilidade processual absoluta dos bens ali enumerados. É norma de ordem pública, das quais as partes não podem dispor, pouco importando haja a própria executada os oferecido. Os direitos da executada provenientes de reclamação trabalhista são impenhoráveis pois decorrem de remuneração, salário a qualquer título (1º TACvSP, AI 525382, rel. Juiz Maurício Ferreira Leite, j. 25-11-1992) (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.017).

No mesmo sentido: JTA 94/202 e 98/145.

A jurisprudência catarinense não discrepa desse entendimento:

Para fins do art. 649, IV do Código de Processo Civil, consideram-se salário as indenizações trabalhistas como as férias, o 13. salário e o aviso

prévio e os adicionais por horas extras, insalubridade e periculosidade (AI n. 2000.002957-2, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 16-8-2001).

Da mesma forma, a jurisprudência gaúcha já deixou assentado em diversos julgados:

PROCESSO CIVIL. ARRESTO. VALOR DA CAUSA. CRÉDITO TRABALHISTA. BEM INSUSCETÍVEL DE PENHORA. INVIA-BILIDADE DE ARRESTO. I – Consistindo o arresto em uma espécie de “penhora antecipada”, já que nada mais é que uma medida cautelar de apreensão de bens que futuramente garantirão a execução, não faz qualquer sentido o arresto de bens que são insuscetíveis de penhora, como o crédito trabalhista reconhecido pela justiça do trabalho, protegido de constrição pelo inciso IV do art. 649 do CPC. II – No arresto, como o autor não almeja de imediato um benefício patrimonial, mas tão-somente garantir o resultado útil da futura execução, mediante apreensão judicial de bens, o valor da causa deve ser o de alçada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO (AI n. 70002067247, Segunda Câmara Especial Cível, relatora Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, j. em 29-5-2001).

PROCESSO CIVIL. PENHORA DE CRÉDITOS TRABALHISTAS PERANTE A PRÓPRIA EXEQÜENTE. INDEFERIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. O ART. 649, IV, DO CPC, NÃO ADMITE PENHORA DE CRÉDITO RECONHECIDO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, FACE A NATUREZA SALARIAL, MESMO QUE ESSE CRÉDITO SEJA PERANTE A PRÓPRIA EXEQÜENTE, O QUE NÃO EXCLUI A OBTENÇÃO DE EFEITO ANÁLOGO MEDIANTE O INSTITUTO DA COMPENSAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 1.009 DO CÓD. CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO (AI n. 597270917, Quinta Câmara Cível, rel. Des. Irineu Mariani, j. em 26-3-1998).

No caso sob análise, conforme ressaltado no voto dissidente,

uma vez não localizado o devedor, o apelante requereu o arresto dos “direitos que lhe decorrem das cartas de adjudicação extraídas dos Autos n. 325/93 e outros, perante a Justiça Especializada do Trabalho, nos quais lhe foram atribuídas as proporções de 61,26% (sessenta e um inteiros e vinte e seis décimos percentuais) sobre os imóveis objetos da Matrículas n. 62.073, 62.072 e 8.279, todos junto ao 1º Ofício do registro de Imóveis desta Comarca” (fl. 15 da Execução) (fl. 76).

Assim, observa-se que a fração ideal do imóvel adjudicado adveio de reclamatória trabalhista, não sendo legítima, portanto, a sua penhorabilidade, dado o nítido caráter alimentar daquele. Assim, a proteção legal instituída no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, estende-se ao imóvel que foi entregue em dação em pagamento (= adjudicado), do mesmo modo que abrangeria verbas pagas em reclamatória trabalhista. Decidir o contrário é ferir o princípio da igualdade.

No tocante ao benefício da assistência judiciária, vê-se que foi postulado pelo embargante na exordial dos presentes embargos infringentes, sobre o qual teve oportunidade de manifestar-se o embargado (fls. 91-92), que não o impugnou, limitando-se a argüir a preliminar de ausência de capacidade postulatória do embargante, a qual resultou devidamente afastada pelo juízo de admissibilidade de fls. 93-94. Ora, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Por conseguinte, tendo sido encartada tal afirmação na peça exordial do embargante, e não havendo contestação pela parte contrária, presume-se ter havido admissão do pedido.

É da jurisprudência:

O art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 é muito claro ao disciplinar que a necessidade do benefício de assistência judiciária gratuita é auferida pela afirmação da própria parte. A negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é deste de provar que o autor não se encontra em estado de miserabilidade jurídica (REsp. n. 851.087/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 5-9-2006).

Na mesma esteira, acórdão recente da lavra do signatário:

APELAÇÃO CÍVEL – INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – ÔNUS DA PROVA DO IMPUGNANTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, § 1º DA LEI N. 1.060/50 C/C ART. 333, II, DO CPC – SIMPLES ALEGAÇÃO DA POSSIBILIDADE ECONÔMICA – PROVA INEXISTENTE – RECURSO PROVIDO.

“O art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 é muito claro ao disciplinar que a necessidade do benefício de assistência judiciária gratuita é auferida pela afirmação da própria parte. A negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é deste de provar que o autor não se encontra em estado de miserabilidade jurídica” (REsp. n. 851.087/PR, rel. Min. José Delgado, j. em 5-9-2006) (Ap. Cív. n. 2006.037436-7, de Criciúma, j. 8-3-2007).

De igual norte:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. REQUISITOS DA LEI N. 1.060/50 PREENCHIDOS. JUSTIÇA GRATUITA. CABIMENTO. ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INTERESSADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INDEVIDA.

A parte usufruirá dos benefícios da assistência judiciária gratuita por meio de simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio, cabendo à parte adversa o ônus de provar que o beneficiário não possui as alegadas condições [...] (Ap. Cív. n. 2005.023104-0, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 6-7-2006).

Assim, defere-se a gratuidade.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento aos presentes embargos.

DECISÃO

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos, Nelson Schaefer Martins, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Hilton Cunha Júnior e Alcides Aguiar.

Florianópolis, 14 de março de 2007.

Anselmo Cerello
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.005605-0, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEFERIMENTO. REINTEGRAÇÃO DA AUTORA NA POSSE DOS BENS CEDI- DOS EM COMODATO, IMPORTANDO UNICAMENTE NO LACRE DOS BENS MÓVEIS, E PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DA SUA BANDEIRA, COM A CONSEQÜENTE DESCARAC- TERIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DOS AGRAVANTES. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHAN- ÇA DAS ALEGAÇÕES. COMODATO RESCINDIDO POR PRÉVIA E REGULAR NOTIFICAÇÃO. REVERSIBILIDADE DA MEDIDA.

A antecipação da tutela para o fim de determinar o lacre nos equipamentos entregues em comodato (tanques e bombas), bem ainda o de proibir que os agravantes ostentem a marca e as cores características da distribuidora, é a providência necessária e desejá- vel diante do claro e manifesto desrespeito às cláusulas pactuadas, dentre elas a que estabelecia a proibição de comercialização de produto diverso da bandeira ou marca exposta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumen- to n. 2006.005605-0, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que são agravantes AF Comercial S.A. e Posto Divelín Ltda., e agravada Petrobrás Distribuidora S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

AF Comercial S.A. e Posto Divelin Ltda. interpuseram agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que, nos autos da Ação Declaratória de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse c/c Indenização por Perdas e Danos n. 023.06.000361-0, promovida por Petrobrás Distribuidora S.A., concedeu parcialmente, sem a ouvida das agravantes, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, decisão que determinou, liminarmente, a reintegração da agravada na posse dos bens móveis (equipamentos) cedidos em comodato às agravantes (fls. 62 a 70), bem como proibiu-as de ostentar a bandeira da agravada, impondo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a descaracterização e desfazimento da identificação do estabelecimento comercial das agravantes, de modo a desvinculá-las da bandeira da agravada (fls. 106 e 107). Sustentaram as agravantes o desacerto da decisão proferida, por não estar amparada pela prova inequívoca exigida para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que a agravada apenas faz ilações a respeito da suposta inadimplência das agravantes, juntando documentos unilateralmente produzidos e que nada comprovam, entendendo não haver verossimilhança em suas alegações. Alegaram que, em casos análogos, sempre é exigida prova inequívoca e cognição exauriente, diante da importância e complexidade da causa. Afirmaram que o outro pressuposto da medida antecipatória, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, do mesmo modo não foi demonstrado, uma vez que a agravada possui garantias hipotecárias das agravantes que, somadas, alcançam R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) (fls. 79 a 87). Não vislumbraram, assim, nenhum prejuízo à agravada com o indeferimento da medida, que, contudo, é verificado em relação às agravantes, que sofrerão danos irreparáveis e irreversíveis com a efetivação da tutela deferida e conseqüente demolição parcial e abrupta

do seu estabelecimento comercial para a retirada de tanques subterrâneos. Salientaram, ainda, que os equipamentos cedidos em comodato pela agravada, se retirados, nem sequer poderão ser reutilizados em outro estabelecimento, em face da vedação legal constante da legislação do Conama, e que a decisão agravada importará na paralisação das atividades das agravantes, o que prejudicava também seus funcionários e respectivas famílias (fls. 164 e 165). Aduziram que, ainda que estivessem adquirindo produtos de outras distribuidoras de combustível, não há crime em tal conduta, pois todos os combustíveis comercializados no território nacional advém da mesma origem, da agravada. Pugnaram pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, reafirmando a inexistência de qualquer dano à agravada com a manutenção da utilização dos equipamentos desta pelas agravantes, em contraposição ao risco de lesão irreparável que a medida deferida pode gerar às agravantes. Requereram, ao final, o provimento do agravo de instrumento e juntaram cópia integral dos autos originários, incluindo os documentos obrigatórios exigidos pelo Código de Processo Civil.

O despacho do Des. Subst. Jaime Luiz Vicari (fls. 173 a 178) declarou terem sido preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, porém aduziu a ausência de um de seus requisitos, por entender que a lesão grave e de difícil reparação deve estar acompanhada da plausibilidade do direito invocado, não verificado no caso. Salientou que ficou demonstrada a aquisição e a revenda por parte das agravantes de combustíveis de outras distribuidoras, e não da agravada, o que torna verossímeis as alegações desta última, justificando a manutenção da decisão recorrida, uma vez que as garantias prestadas pelas agravantes servem tão-somente para assegurar eventual indenização por perdas e danos. Afirmou que, por não terem demonstrado a verossimilhança de suas alegações, desnecessária é a análise do perigo de dano às agravantes, o que inviabiliza a concessão do efeito suspensivo almejado. Ao final, converteu o agravo de instrumento em agravo retido, determinando a remessa dos autos à comarca da Capital e a intimação da agravada para apresentar resposta.

As agravantes opuseram embargos de declaração com excepcionais efeitos modificativos (fls. 182 a 188), alegando que o despacho de fls. 173 a 178 foi omissivo porque não analisou a questão do perigo de dano grave e de difícil reparação. Salientaram que, ainda que não concedido o efeito suspensivo requerido, a análise da questão é imprescindível para justificar a interposição do agravo de instrumento, afastando sua conversão em agravo retido, uma vez que a decisão recorrida mostra-se suscetível de causar às agravantes lesão grave e de difícil reparação. Requereram o empréstimo de efeitos modificativos aos embargos de declaração opostos, sustentando que a análise do risco de danos irreparáveis ou de difícil reparação às agravantes é indispensável para afastar a conversão do agravo de instrumento em retido, bem como para atribuir àquele efeito suspensivo. Ratificaram a necessidade de admissão do recurso sob a forma de instrumento, a existência de risco de dano irreparável e de difícil reparação e a possibilidade de irreversibilidade da medida antecipatória deferida. Argüiram, também, ser possível reconsiderar a decisão que converteu o recurso interposto em agravo retido e pugnaram pelo conhecimento e provimento dos embargos declaratórios opostos para manter o agravo sob a forma de instrumento e atribuir-lhe o efeito suspensivo almejado.

Após a redistribuição dos autos (fl. 191), sobreveio nova decisão do então relator Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva (fls. 192 a 196), que conheceu dos embargos de declaração como pedido de reconsideração, a teor da nova redação do parágrafo único do art. 527 do Código de Processo Civil, e declarou estar presente o risco de lesão grave e de difícil reparação na decisão agravada, em face da iminência de paralisação e total inviabilização das atividades das agravantes. Em decorrência, reconsiderou o despacho anterior que converteu o recurso em agravo retido, determinando o seu processamento como agravo de instrumento. Sob a ótica da irreversibilidade da medida antecipatória concedida, que reconheceu a plausibilidade do direito invocado, deferiu o pedido de efeito suspensivo almejado, entendendo que a retirada de equipamentos subterrâneos poderá inviabilizar definitivamente as atividades das agravantes, e que a agravada,

por outro lado, terá menos prejuízo com a manutenção dos equipamentos no estabelecimento comercial das agravantes. Ao final, determinou a intimação da agravada e a redistribuição dos autos para julgamento.

Às fls. 200 e 201, a agravada informou não ter apresentado resposta ao agravo de instrumento interposto em razão de os autos encontrarem-se aguardando a análise dos embargos de declaração opostos. Pugnou pela redistribuição do feito, em obediência ao procedimento próprio de agravo de instrumento, e pela sua intimação para apresentação de resposta. O relator, Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva, às fls. 203 e 204, despachou retificando a decisão anterior, suprimindo os parágrafos relativos à inviabilização das atividades das agravantes. Manteve o restante do despacho por entender presente o perigo de irreversibilidade da medida impugnada.

A agravada ofereceu resposta e juntou documentos (fls. 209 a 234). Arguiu a quebra do contrato por parte das agravantes, que deixaram de observar a obrigação de exclusividade de compra de combustíveis da agravada, e permaneceram, contudo, a utilizar os equipamentos cedidos em comodato, pertencentes à agravada. Informou da tramitação, perante a Unidade da Fazenda Pública da comarca da Capital, de Ação Civil Pública contra as agravantes, autuada sob o n. 023.06.015407-4, que versa sobre as condições de qualidade dos combustíveis revendidos, sua origem e possível publicidade enganosa, bem como da liminar nela deferida para determinar que as agravantes comercializem, com exclusividade, combustíveis dos distribuidores cuja bandeira ostentam. No que se refere à retirada dos equipamentos, sustentou que a decisão agravada determinou apenas o lacre dos bens móveis, não havendo falar em demolição parcial do estabelecimento comercial das agravantes, tampouco em prejuízos a seus funcionários. Aduziu que os prejuízos sofridos são na verdade suportados pelos consumidores, que adquirem combustíveis de outras bandeiras que não a da agravada, sem falar da adulteração verificada em alguns casos. Alegou a prática de conduta criminosa pelas agravantes e impugnou o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, pois o lacre das bombas

e a descaracterização e desfazimento da identificação do estabelecimento como “Petrobrás” não acarretará na sua destruição parcial. Reafirmou, por outro lado, o risco de lesão irreparável com a continuidade da conduta das agravantes. Requereu que seja negado provimento ao recurso e restabelecida a decisão agravada. Redistribuídos (fl. 235), os autos vieram a esta Câmara para julgamento.

VOTO

A antecipação dos efeitos da tutela pretendida é resultado da demonstração da presença dos requisitos bem especificados no art. 273 do Código de Processo Civil, sem o que se deve aguardar o desfecho normal de todo e qualquer procedimento judicial. Trata-se de medida que se reveste de caráter excepcional, que exige prudência em sua análise, e deve atender ao comando constitucional inserto no art. 5º, inciso LIV, que versa sobre o devido processo legal, imperativo da ordem jurídica legal e democrática.

Ao lado da prova inequívoca da presença da verossimilhança do direito invocado pela parte que pretende obter a antecipação da tutela, faz-se imprescindível a demonstração do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, ou, quando menos, da caracterização do “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” – incisos I e II do art. 273 do Código de Processo Civil.

A segunda hipótese é descartada ante a inexistência de indicativo, por mínimo que seja, de comportamento abusivo ou malicioso das agravantes para protelar o andamento do feito.

Na tentativa de preencher o requisito relacionado na primeira hipótese, argumentou a agravada que “a permanência do funcionamento do estabelecimento agravante, lubrificando toda uma sociedade de consumidores e pondo em risco a idoneidade da empresa agravada” (fl. 217) caracteriza o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, de modo a justificar o deferimento da medida antecipatória.

A decisão agravada sustenta-se pelos fundamentos fáticos e jurídicos lá invocados, razão por que é reproduzida, com a vênia do seu prolator, o digno Juiz Rodrigo Antônio da Cunha:

Perfunctória análise aos documentos carreados aos autos deixa evidenciado que os Requeridos, com efeito, em 1º-11-2002 firmaram com a Autora os contratos indicados na peça póstica sendo da mesma forma indubitoso que, em não honrados ao longo de largo lapso temporal e inobstante regular notificação extrajudicial que lhes foi encaminhada, ainda assim perseveraram em sua inadimplência, tendo como resultante, já agora, a pretensão resolutória manifestada pela autora.

Ora, se por força dos contratos em comento a Autora disponibilizou aos Requeridos, sob a forma de comodato, todos os equipamentos necessários à comercialização, em caráter de exclusividade, dos produtos fornecidos pela mesma e, se os Requeridos, ao invés de assim proceder, estão a se utilizar, exatamente, dos equipamentos que lhe foram entregues em comodato, para o armazenamento e revenda de combustíveis e lubrificantes fornecidos por terceiros, concorrentes da autora tal fato se constitui, em rebuço, em flagrante e manifesto abuso de direito, quando não típico locupletamento sem causa na medida em que impossível aferir-se, *a posteriori*, eventuais prejuízos que possam vir a ser causados, não só aos equipamentos como também e, principalmente, à própria imagem da autora!

E tal se diz porquanto, a comercialização, por parte dos Requeridos, de produtos e combustíveis de origem diversa, quando não suspeita, passíveis de causar prejuízos a terceiros justifica, plenamente, o fundado receio da ineficácia do provimento final sob tal aspecto sendo que, tocante à continuidade da utilização, por parte da requerida, em seu estabelecimento, da bandeira, ou marca Petrobrás, das cores e logomarcas, em não mais sendo a mesma revendedora dos produtos da autora afigura-se ainda mais inadmissível e se constitui, acima de tudo, em típica prática do crime de estelionato em face dos consumidores, pelo qual poderão seus titulares vir a responder, sem prejuízo das sanções administrativas previstas pela legislação estadual.

“Registre-se, por derradeiro que, se inobstante notificados e constituídos em mora, ainda assim continuam os requeridos a se utilizar dos equipamentos de propriedade da autora, para armazenamento e venda de produtos fornecidos por concorrentes da mesma, inarredável se reconheça a prática do esbulho por parte dos Requeridos (fls. 107 e 108).

Por ocasião da apreciação dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto, e mais precisamente para o fim de recusar a presença da plausibilidade do bom direito invocado pelos agravantes, salientou o então relator Des. Subst. Jaime Luiz Vicari:

Porém, o exame da *lesão grave e de difícil reparação* não pode estar dissociado de outro pressuposto, qual seja: *fumus boni juris*, pois, se não demonstrada a verossimilhança das alegações do agravante, restará sedimentada a legalidade da decisão interlocutória discutida e o recorrente terá de suportar as conseqüências advindas do ato judicial vergastado.

Em termos equivalentes: se os argumentos despendidos no agravo não são verossímeis, não se pode cogitar a existência do *periculum in mora*, já que este nada mais é do que o *risco da lesão* a um *direito provável*. Se o direito da parte é improvável, perigo de dano não há.

Na hipótese dos autos, tenho como ausente um desses requisitos, motivo pelo qual a decisão combatida não merece ser suspensa.

Com efeito, repousam às fls. 38 a 78 cópias de todos os contratos celebrados entre o Posto agravante e a Distribuidora agravada – “Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil”, “Contrato de Licença de Uso da Marca (BR Mania)”, “Contrato de Licença de Uso da Marca (BR – Petrobrás)”, “Contrato de Mútuo em Dinheiro”, “Contrato de Comodato de Equipamentos” – os quais, devidamente assinados, demonstram a ciência das partes quanto a seus direitos e obrigações.

Pelo “Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil”, o Posto agravante se obrigou a adquirir, com exclusividade, combustíveis e lubrificantes em quantidades mínimas mensais, até 30 novembro de 2012.

Por meio dos “Contratos de Licença de Uso da Marca”, foi reconhecido, em favor do Posto, o direito de utilizar as marcas “BR Mania” e “Petrobrás” em seu estabelecimento até 30 de novembro de 2012.

No tocante aos demais contratos, também com termo final designados para 30 de novembro de 2012 – “Mutuo em Dinheiro” e “Comodato de Equipamentos”, tem-se, no primeiro, um empréstimo concedido ao Posto recorrente a fim de que pudesse reformar sua estrutura comercial e, no segundo, uma cessão, a título gratuito, de equipamentos necessários para o funcionamento do Posto de abastecimento, os quais deveriam ser utilizados exclusivamente para o acondicionamento de produtos BR.

Pois bem.

À fl. 43 vislumbro planilha denominada “Volume Ambiente M3”, pela qual é possível inferir a quantidade de combustíveis adquirida pelo Posto recorrente desde setembro de 2003.

Pela simples leitura desse documento denota-se que desde Junho de 2005 o Posto agravante deixou de comprar combustíveis da agravada – mesmo a quantia mensal mínima disposta no item III do “Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil” –, omissão esta que afronta as disposições do negócio jurídico entre elas entabulado.

Chama a atenção o fato de que, mesmo não tendo mais adquirido o combustível distribuído pela recorrida, o Posto recorrente, ao que se vê nas fotografias de fls. 102 e 103, exerceu continuamente suas atividades comerciais.

Não bastasse isso, à fl. 42 consta Cupom Fiscal de abastecimento no Posto agravante, pelo qual afere-se que, mesmo não comprando o combustível da distribuidora agravada, vem conduzindo normalmente seu empreendimento.

Analisando perfunctoriamente os autos, penso que, se o Posto continua revendendo combustível, mas, como até agora provado, de procedência diversa da bandeira que utiliza (portanto, não da marca cujas insígnias se utiliza em seu estabelecimento comercial), forçoso concluir que, desde Junho de 2005, o recorrente tem oferecido a seu cliente derivados de petróleo distribuídos por terceiros.

Isso porque o Posto recorrente não cuidou de trazer aos autos provas hábeis a afastar a pretensão da recorrida ou, até mesmo, a mostrar o desacerto do *decisum* combatido.

Em verdade, o ora peticionário apenas devolveu a esta eg. Corte os documentos que acompanhavam a inicial da ação, os quais somente fazem prova contra si e contra todo o aventado em suas razões de agravo.

Juntar à peça recursal “farta jurisprudência” não é, *data venia*, demonstrar os equívocos cometidos pelo Juízo *a quo* na prolação do interlocutório guerreado, muito menos fazer prova dos requisitos legais para que o agravo seja recebido sob a forma de instrumento.

Os arestos dos Tribunais não servem para consubstanciar a *causa petendi* de uma ação ou recurso, sequer para fazer prova da matéria aventada pela parte.

Servem, outrossim, como um “reforço” à tese sustentada pelo litigante, a fim de demonstrar como os Tribunais pátrios, em casos semelhantes, têm se pronunciado.

Não tendo sido demonstrada verossimilhança das razões do irrisgado, inadmissível que se suspenda os efeitos da decisão objurgada, já que ausente um dos requisitos necessários para a concessão desta tutela de urgência – o *fumus boni iuris*.

Deparando-me, ao menos nesta cognição, sumária e vertical, com a probabilidade do direito da agravada, tenho como razoável que persistam os comandos judiciais atacados, vez que medida contrária poderá acarretar-lhe sérios danos.

Até porque a caução prestada á recorrida, quando da celebração dos contratos, serve tão-somente para assegurar eventual indenização por perdas e danos, não afastando o direito da agravada de reaver seus bens, nem o de ver excluída sua bandeira do *layout* do Posto de abastecimento.

Por fim, mesmo que o recorrente conceba o agravo como insurgência que não se presta a confrontar os fatos e fundamentos aduzidos na petição inicial – mas, tão-somente “para questionar o acerto ou desacerto da decisão [...], sob pena de supressão de instância” (fl. 6) – é preciso ter em conta que se está tratando de recurso de fundamentação livre.

José Carlos Barbosa Moreira ensina que “todo o recurso necessita de fundamentação, o que significa que o recorrente deve indicar os motivos pelos quais impugna a decisão, ou, em outras palavras, o(s) erro(s) que a seu ver ela contém. Fundamentar o recurso nada mais é, em regra, que criticar a decisão recorrida” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 253. v. V).

Prossegue o festejado processualista, esclarecendo que:

“Em certos casos, abstém-se a lei de fixar limites a essa crítica, permitindo ao recorrente invocar quaisquer erros, noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio do recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal. Daí a distinção que se pode estabelecer entre recursos de *fundamentação livre* e recursos de *fundamentação vinculada*. [...] Nos recursos de fundamentação vinculada, o recorrente precisa invocar o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e precisa demonstra-lhe a efetiva

ocorrência na espécie, para que o recurso *proceda*. A tipicidade do erro é, pois, pressuposto para que o recurso do cabimento do recurso. [...] Nos recursos de fundamentação livre, o cabimento não dependerá do *tipo de crítica* que o recorrente faz à decisão; dependerá de outra(s) circunstância(s) [...], que nada têm a ver com o(s) motivo(s) da insatisfação do *recorrente*” (*op. cit.* p. 253) (sem grifo no original).

Com base nesse lição, fácil deduzir que recursos de fundamentação vinculada são, na esfera civil, o especial e o extraordinário, enquanto que os de fundamentação livre são a apelação, o agravo, os embargos infringentes e o recurso ordinário.

Em sendo o agravo um recurso de fundamentação livre, nada impede que o agravante, como forma de criticar a decisão recorrida, se contraponha ao aduzido na inicial da ação, desde que isso seja necessário para demonstrar o desacerto do interlocutório guerreado.

In casu, o recorrente entendeu pela impossibilidade de assim proceder e, em virtude disso, não logrou rebater, de forma robusta e convincente, os fundamentos do *decisum* objurgado.

Por não ter demonstrado a verossimilhança de suas razões de agravo, despicienda a análise do *periculum in mora* na hipótese dos autos, vez que os pressupostos exigidos para a concessão do efeito suspensivo são concorrentes entre si (fls. 175 a 178).

Enfatiza-se que a providência determinada pelo Magistrado condutor do feito não poderá ser havida como irreversível se a reintegração de posse determinada, e que recaiu sobre os tanques de combustíveis, bombas e um totem (fl. 44 dos autos principais), implicou, em verdade, na determinação de lacre “pelo meirinho responsável pelo cumprimento do mandado”, sem importar na “demolição parcial do posto”, consoante alegado à fl. 11 pelas agravantes, providência que desde logo é descartada (e nem isso foi determinado, frise-se, pelo Juízo).

E se combustíveis existirem no interior dos tanques a serem lacrados, eles poderão ser retirados, com o que a agravada tratou de, desde logo, manifestar total aquiescência (fl. 213).

Em relação à proibição de manutenção da marca ou bandeira da agravada, é providência que atende às finalidades dos negócios entabulados pelas partes, sem que se ignore aspectos atinentes a direitos do consumidor,

os quais já estariam sendo resguardados em ação civil pública promovida pelo Ministério Público (Autos n. 023.06.015407-4, em tramitação na Unidade da Fazenda Pública da Capital), constando, segundo é noticiado à fl. 214, ordem daquele Juízo para o fim de que o produto comercializado corresponda, efetivamente, ao da bandeira ou marca anunciada (assim se fez em respeito ao direito do consumidor).

A providência adotada em primeiro grau já foi objeto de apreciação nesta Casa, e acolhida sem maiores restrições:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA COMERCIAL – CONTRATO DE FORNECIMENTO – EQUIPAMENTOS CEDIDOS PARA USO DO REVENDEDOR EM SEU ESTABELECIMENTO – CLÁUSULA PREVENDO A EXCLUSIVIDADE NA AQUISIÇÃO DOS PRODUTOS COMBUSTÍVEIS – INTERRUPÇÃO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO – CONTINUIDADE DO FUNCIONAMENTO DO POSTO DE GASOLINA COM PRODUTOS DE OUTROS FORNECEDORES – APLICAÇÃO DO ARTIGO 527, III, DO CPC – VEROSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL – REINTEGRAÇÃO NA POSSE DOS EQUIPAMENTOS CEDIDOS PELA DISTRIBUIDORA – RECURSO PROVIDO (Agravo de Instrumento n. 2003.016830-3, de Tijucas, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 3-6-2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 5 jul. 2006).

Esta Câmara, em uma outra oportunidade, na qual foi relator o Des. Ricardo Fontes, admitiu a validade da cláusula de exclusividade e negou o pedido de antecipação de tutela que fora formulado para o fim de possibilitar a aquisição de produtos derivados de petróleo de qualquer distribuidora. Trata-se de ação ajuizada por empresa que explora a venda de combustível no varejo, e direcionada contra uma distribuidora, na qual consta como pedido inicial a

declaração judicial de inexigibilidade e de rescisão do contrato de fornecimento de produtos derivados de petróleo firmado entre agravante e agravada, e dos seus contratos anexos, todos acostados aos autos às

fls. 121 a 135, bem como a repetição de indébito decorrente de suposto locupletamento indevido (Agravado de Instrumento n. 2006.006826-8, de Porto Belo, j. em 25-5-2006).

Ou seja, não se pode aventar afronta a direito das agravantes apenas e porque há cláusula de exclusividade. E porque é válida a cláusula, submetem-se as agravantes ao dever de cumprimento. Por conseguinte, a notificação levada a efeito pela agravada foi no exercício regular de um direito, e segundo os termos do pacto celebrado.

DECISÃO

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhece do recurso e nega-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 13 de julho de 2006.

Saete Silva Sommariva
PRESIDENTE, COM VOTO

Jânio Machado
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2003.025455-2, de Blumenau

Relator: Des. Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA – REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL REGULAR – DÍVIDA EXPRESSA EM MARCOS ALEMÃES – CONVERSÃO PARA A MOEDA NACIONAL DE ACORDO COM O CÂMBIO VIGENTE À OCASIÃO DO EFETIVO PAGAMENTO – RECURSO DA RÉ DESPROVIDO – APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

Mostra-se correta a sentença ao afastar a prefacial de irregularidade na representação processual da empresa estrangeira autora se inexistem dúvidas razoáveis que fundamentem a determinação para a juntada de seus atos constitutivos e das alterações posteriores.

De acordo com o regime delineado pelo Decreto-Lei n. 857, de 11-9-1969, em se tratando de importação de mercadorias, é possível o ajuste do negócio em moeda estrangeira – no caso vertente, em marcos alemães –, desde que, à ocasião do pagamento, o valor da dívida seja convertido em reais segundo o câmbio vigente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.025455-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Hubtex – Sulamericana Máquinas Têxteis Ltda. e Franz Kahl G.M.B.H.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso da demandada e dar provimento à apelação da autora a fim de declarar que o valor da dívida, em marcos

alemães, deve ser convertido em reais, segundo o câmbio vigente na data do efetivo pagamento. Custas de lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, perante o Juízo da 3ª Vara Cível, Franz Kahl G.M.B.H. moveu a Ação de Cobrança n. 2008.00.020689-7 em desfavor de Hubtex – Sulamericana Máquinas Têxteis Ltda., visando à condenação desta última ao pagamento da quantia correspondente a DM 67.421,26 (sessenta e sete mil quatrocentos e vinte e um marcos alemães e vinte e seis centavos), que perfazia, à ocasião do ajuizamento da demanda, a soma de R\$ 60.004,92 (sessenta mil quatro reais e noventa e dois centavos), corrigida monetariamente e acrescida de juros contratados no patamar de 8% (oito por cento) ao ano.

Segundo a autora, a ré não teria quitado a integralidade do débito oriundo da compra (importação) de empilhadeiras, o que motivou, em resumo, a deflagração do pleito.

Documentos às fls. 9 a 52.

Contestação às fls. 58 a 64 e réplica às fls. 87 a 93.

Em sentença de fls. 121 a 126, o MM. Juiz decidiu a lide, proferindo o seguinte despacho:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de cobrança proposto por Franz Kahl G.M.B.H. em desfavor de Hubtex Sulamericana Máquinas Têxteis Ltda., para o fim de condenar a requerida a pagar em favor da requerente, o débito decorrente da operação de compra e venda realizada entre as partes, no valor de 60.004,92 (sessenta mil quatro reais e noventa e dois centavos), correspondentes a DM 67.421,26, acrescidos de correção monetária a partir do ajuizamento da ação e juros de mora, conforme convencionado, no valor de 8% a.a., a partir da citação. Condeno a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

A demandada apelou do *decisum* às fls. 131 a 138, sustentando, em suma, a ocorrência de irregularidade na representação da autora, empresa estrangeira, pugnando, ao final, pela extinção do processo com arrimo no art. 267, IV, do CPC. De acordo com a ré, a procuração acostada pela requerente, além de conter rasura no campo destinado ao nome da mandante, possui vício quanto à identificação do signatário, de modo que, também com a análise dos demais documentos juntados, não se torna possível aferir se o subscritor detinha poderes para atuar em nome da pessoa jurídica, exsurgindo, daí, violação ao disposto no art. 12, VI, do *Codex* em questão.

Contra-razões às fls. 150 a 155.

Franz Kahl G.M.B.H., por sua vez, recorreu do pronunciamento judicial monocrático às fls. 140 a 145, postulando a reforma da sentença para atribuir à requerida o ônus de suportar o pagamento da dívida na importância equivalente a DM 67.421,26 (sessenta e sete mil quatrocentos e vinte e um marcos alemães e vinte e seis centavos), a ser convertida de acordo com o câmbio oficial praticado ao tempo da efetiva quitação, com incidência de juros a contar da citação.

O apelo foi contra-arrazoado às fls. 156 a 161.

VOTO

(A) Recurso ofertado pela requerida

Com efeito, dispõe o art. 12, VI, do CPC, que as pessoas jurídicas, ativa e passivamente, devem ser representadas em Juízo “por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores”.

Com alicerce nesse dispositivo legal, e, mais, postulando a incidência do art. 267, IV, do CPC, para ver o processo extinto sem resolução do mérito, sustenta a requerida a ocorrência de irregularidade na representação processual da autora.

Do caderno processual, efetivamente, constata-se, às fls. 10 a 12, procuração pública lavrada perante oficial da República Federal da Alemanha. Das 2 (duas) primeiras folhas, extrai-se o texto do mandato com a outorga de poderes, devidamente acompanhado da tradução, e, da última, depreende-se a assinatura do notário, o qual, segundo o conteúdo lançado à fl. 11, declarou,

no exercício de sua função, após ter examinado os estatutos da sociedade, que as pessoas que praticaram os negócios jurídicos consubstanciados neste instrumento de procuração o fizeram no pleno exercício de suas funções, de acordo com a pertinente legislação alemã e o contrato social da outorgante.

É irrelevante o fato de constar a rasura no campo da procuração destinado ao preenchimento do nome da mandante. Na verdade, enquanto na redação original o instrumento tenha feito menção a Franz Kahl como sócio-gerente da autora, houve uma modificação, promovida à caneta, na qual se lançou o nome do Dr. Thorsten Kahl, no lugar daquele, o que, por si só, não configura nulidade, uma vez que se exigir a tradução da identificação do representante legal da outorgante é irrazoável, diante de sua flagrante desnecessidade.

Quanto à assinatura aposta à fl. 11 da procuração, é de presumir-se, em razão da declaração atestada pelo notário, que ela tenha sido feita, sim, pelo Dr. Thorsten Kahl, e, mais ainda, na condição de representante legal, à luz das leis alemãs, de Franz Kahl G.M.B.H., o que satisfaz a exigência preconizada no art. 12, VI, do CPC, e afasta a aplicação, requerida pela demandada, de incidência do art. 267, IV, do diploma em questão.

Mostrou-se correta a sentença, portanto, ao afastar a prefacial de irregularidade na representação processual da autora, pois inexistiam dúvidas razoáveis que fundamentassem a determinação para a juntada de seus atos constitutivos e das alterações posteriores.

Nesse sentido, a decisão prolatada pelo TJRS:

Não caracterizada a dúvida razoável da representatividade, descabe a determinação da juntada do Estatuto da Pessoa Jurídica, o que só viria

a dificultar o andamento do processo. Tal situação, aliás, remete ao impugnante o ônus de trazer indício sério da propalada irregularidade, o que, no caso, não foi alcançado (AI n. 70009891524, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 9-12-2004).

Demais, é pacífico o entendimento segundo o qual “com o advento da Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao art. 38 do CPC, tornou-se desnecessário o reconhecimento de firma nos instrumentos de procuração geral para o foro” (Ap. Cív. n. 1996.006373-0, de Caçador, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 5-3-1998), razão pela qual a proemial suscitada pela requerida há de ser rechaçada, e, conseqüentemente, o recurso por ela ofertado é desprovido.

(B) Apelação interposta pela autora

O apelo interposto pela demandante é de ser provido.

De acordo com o regime delineado pelo Decreto-Lei n. 857, de 11-9-1969, em se tratando de importação de mercadorias, é possível o ajuste do negócio em moeda estrangeira – no caso vertente, em marcos alemães –, desde que, à ocasião do pagamento, o valor da dívida seja convertido em reais segundo o câmbio vigente.

Prescrevem os arts. 1º a 3º do diploma indicado:

Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art. 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;

IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade, a registro prévio no Banco Central do Brasil.

Art. 3º No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do artigo 2º deste Decreto-Lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente.

Formulado o pedido na vestibular para a condenação da ré ao pagamento de DM 67.421,26 (sessenta e sete mil quatrocentos e vinte e um marcos alemães e vinte e seis centavos), e sendo acolhida a postulação na sentença ora atacada, é de conferir-se provimento ao recurso da autora a fim de declarar que o valor do débito, em moeda estrangeira, deve ser convertido em reais, conforme o câmbio vigente na data da efetiva quitação, acrescido de juros a contar da citação – o que, neste particular, já foi definido no pronunciamento judicial monocrático.

A respeito, deixou assentado o TJSC, *mutatis mutandis*:

Não encerram nulidade o contrato firmado entre as partes, bem como o título levado a protesto, pelo fato de estarem expressos em dólar americano, porquanto o ajuste subsume-se a uma das exceções previstas no Decreto-Lei n. 857/69 e prevêem que a moeda estrangeira deverá ser convertida em moeda nacional no momento do pagamento (Ap. Cív. n. 1999.013096-7, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 11-4-2003).

Na mesma linha de raciocínio, destacou o TJRS:

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EM MOEDA ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE. NA LINHA DE PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS É VÁLIDA A CONTRATAÇÃO EM MOEDA ESTRANGEIRA, DESDE QUE

O PAGAMENTO SEJA EFETUADO MEDIANTE A DEVIDA CONVERSÃO EM MOEDA NACIONAL NA DATA DO PAGAMENTO [...] (Ap. Cív. n. 70008141483, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, julgado em 9-6-2004).

“O momento da conversão da moeda estrangeira para o padrão monetário nacional é a data do pagamento” (Ap. Cív. n. 70007726284, rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, julgado em 18-2-2004).

Merece provimento, destarte, a apelação da requerente.

DECISÃO

Em face do que foi dito, nega-se provimento ao recurso da demandada e dá-se provimento à apelação da autora a fim de declarar que o valor da dívida, em marcos alemães, deve ser convertido em reais, segundo o câmbio vigente na data do efetivo pagamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos e Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 9 de novembro de 2006.

Ricardo Fontes

PRESIDENTE E RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2006.042087-7, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Des. Ricardo Fontes

HABEAS CORPUS – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRISÃO CIVIL – ILEGALIDADE – PACIENTE QUE NÃO ASSUMIU EXPRESSAMENTE O ENCARGO DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL – CONCESSÃO DA ORDEM.

“É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial” (Súmula 304 do STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2006.042087-7, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz, em que é impetrante Joel Antônio Abreu e paciente Gilberto João Deucher:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conceder a ordem definitiva. Custas de lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Joel Antônio Abreu em favor de Gilberto João Deucher, com fundamento no art. 5º, XXXV, LIV e LXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, em face de ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Santo Amaro da Imperatriz nos autos da Ação de Execução n. 057.93.000521-7, movida por H. Bruggemann Transportes Ltda. contra o ora paciente.

Sustentou o impetrante, em suma, que (a) no bojo da executacional referida, depois da adjudicação de um imóvel pertencente ao paciente, a credora requereu a penhora de novos bens, apontando como passíveis de constrição judicial equipamentos de propriedade de Bruggemann – Comércio de Madeiras e Esquadrias Ltda., de Madeireira Deucher Ltda. e de Eliane Caroline Vieira Deucher, esposa do executado; (b) os respectivos mandados foram cumpridos

pelo Sr. Oficial de Justiça, o qual destacou, porém, que o devedor, na ocasião indicado como depositário, negou-se a assinar os mencionados documentos (verso das fls. 188, 189, 190 e 191); (c) posteriormente à formulação de requerimentos de remoção dos bens atingidos pela constrição, sobreveio, com o desarquivamento do procedimento executório, pedido de prisão civil, o que foi atendido pelo MM. Togado *a quo* (decisão de fls. 287 e 288), diante da notícia de acordo com a qual o executado não mais possuía os objetos penhorados em seu poder (certidão de fl. 260 verso); e (d) o devedor jamais assumiu o encargo de depositário, razão pela qual deve ser revogado o decreto prisional, até mesmo porque, em pleno cumprimento, a restrição à liberdade não atenta ao fato de ser, o paciente, graduado em curso superior de Administração e portador de cardiopatia.

Requeru a medida liminar, e, ao final, a concessão definitiva da ordem.

Em decisão de fls. 297 a 300, deferiu-se a tutela de urgência.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 303 e 304.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 307 a 310, manifestou-se no sentido da concessão do salvo-conduto.

VOTO

Com efeito, o art. 5º, LXVIII, da CRFB, assim dispõe:

“conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

In casu, é patente a ilegalidade na declaração de ocorrência de depósito infiel e na conseqüente decretação da prisão, pelo prazo de até 1 (um) ano, do paciente Gilberto João Deucher (decisão de fls. 287 e 288).

É que, consoante se verifica dos mandados de penhora (verso das fls. 188, 189, 190 e 191), o paciente, efetivamente, não firmou os documentos

em questão na qualidade de depositário, recusando-se a apor, neles, sua assinatura.

Tal circunstância, de outro lado, é reconhecida pela escritã judicial, que atestou a inexistência de assunção, pelo paciente, do encargo de depositário, conforme se extrai da certidão de fl. 12 (que goza de fé pública, nos moldes do art. 364 do CPC):

CERTIFICO, para os devidos fins, que a pedido verbal do Procurador do Executado, Dr. João Batista dos Santos, [...] que verifiquei que não consta nos autos que o Executado acima referido tenha assinado o Termo de Depositário dos bens objeto da referida penhora.

Sobre o tema, ensina a doutrina:

A falta de formalização do depósito, embora não torne absolutamente nula a penhora [...], impede a imposição dos deveres e penas relativas ao depositário. Daí a relevância da adequada lavratura de termo de depósito (que, quando o devedor ficar como depositário, pode até constar no mesmo documento em que se estabeleça o termo ou auto de penhora). Será indispensável a expressa advertência ao depositário de seus direitos e deveres. (WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 184 e 185. v. 2).

Enquanto não assumido, desse modo, o desempenho da função, ou seja, na falta de um depósito formalmente ultimado, inexistente a figura conceitual do depositário infiel a fundamentar o decreto de prisão com alicerce no art. 5º, LXVII, da CRFB, o que é confirmado pela Súmula 304 do STJ:

“É ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial”.

Impõe-se, daí, a concessão da ordem rogada, uma vez que ausente a nomeação do paciente, assim como sua assinatura em termo de depósito, e não cabe, contra ele, a decretação da prisão civil.

Corroborando esse entendimento, os precedentes do TJSC:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO – EXECUÇÃO – PENHORA – NÃO LOCALIZAÇÃO DOS BENS – IMINÊNCIA DE PRISÃO

CIVIL – DÚVIDA ACERCA DA ASSUNÇÃO, PELO PACIENTE, DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO – ILEGALIDADE DA AMEAÇA – ORDEM CONCEDIDA.

Em sede de execução, somente há que ser o devedor considerado como depositário dos bens penhorados, quando assumir expressamente essa condição. Não identificada na certidão emitida pelo Meirinho incumbido da diligência, a assinatura, ou seja, no termo de penhora, demonstrando que assumiu o *munus* de fiel depositário, ilegal é a ameaça de prisão civil contra ele, sobretudo quando não localizados os bens constritados.

“Inexistindo a assinatura do paciente, incogitável é a figura do depositário” (*Habeas Corpus* n. 11.751, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho).

“HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL – ARRESTO DE BENS – DEPÓSITO INEXISTENTE – ILEGALIDADE.

“A penhora e o arresto só se perfectibilizam com a assinatura do termo de depósito, afigurando-se ilegal a prisão do devedor, como depositário infiel, quando a este não foi cometido tal encargo” (*Habeas Corpus* n. 10.605, rel. Des. Eder Graf)” (HC n. 2004.024450-9, de Concórdia, rel. Des. José Volpato de Souza, DJ de 6-10-2004).

HABEAS CORPUS PREVENTIVO IMPETRADO CONTRA ATO QUE DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DE BEM PENHORADO SOB PENA DE PRISÃO – RECUSA AO ENCARGO DE DEPOSITÁRIO, SOB O ARGUMENTO E PROVA DE TER ALIENADO O BEM EM DATA ANTERIOR À CONSTRUIÇÃO – DEPÓSITO QUE SÓ SE PERFECTIBILIZA COM A ACEITAÇÃO DO DEPOSITÁRIO NOMEADO – SEGREGAÇÃO INDEVIDA – ORDEM CONCEDIDA.

Uma vez ausente a assinatura do paciente no auto de penhora, na condição de depositário do bem, não há de se falar em prisão civil por descumprimento do referido encargo (HC n. 2004.028308-4, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar, DJ de 5-1-2005).

Aliás, a recusa do executado em aceitar o encargo de depositário deve apresentar justificativa razoável para tanto, sob pena de ficar configurado, exclusivamente, ato atentatório à dignidade da justiça, sem implicar, no entanto, depósito infiel e a conseqüente decretação de prisão civil.

A propósito:

*HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. ART. 5º, LXVII, DA CF. TERMO DE PENHORA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO DEVEDOR ANUINDO EXPRESSAMENTE AO EXERCÍCIO DO *MUNUS* PÚBLICO DE AUXILIAR DA JUSTIÇA. DEPÓSITO NÃO CONFIGURADO ENQUANTO REALIDADE FORMAL.*

A figura do depósito, enquanto realidade formal, só é perfectibilizada no momento em que o depositário põe sua assinatura no respectivo auto ou termo, anuindo expressamente ao exercício do *munus* público de auxiliar da Justiça. À míngua de um depósito formalmente ultimado, inexistente a figura conceitual do depositário infiel a embasar o decreto de prisão fundado no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal (Súmula 304 do Superior Tribunal de Justiça).

Ordem concedida (HC n. 2006.003452-8, de Videira, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJ de 17-3-2006).

Isso posto, é de deferir-se o salvo-conduto pleiteado.

DECISÃO

Em face do que foi dito, concede-se a ordem definitiva.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos. Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 23 de novembro de 2006.

Anselmo Cerello

PRESIDENTE, COM VOTO

Ricardo Fontes

RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2001.010381-8, de Concórdia

Relator: Des. Edson Ubaldo

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA PARA ENTREGA DE COISA INCERTA – PEDIDO CUMULADO COM INDENIZAÇÃO – CONSÓRCIO – ILEGITIMIDADE PASSIVA ALEGADA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE A ADMINISTRADORA E A CONCESSIONÁRIA QUE PREVIA A ENTREGA DO BEM POR ESTA – IRRELEVÂNCIA DIANTE DO CONTRATO FIRMADO COM A CONSORCIADA – OBRIGAÇÕES AUTÔNOMAS – REQUERIMENTO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE PELO MESMO MOTIVO – QUESTÃO JÁ DECIDIDA EM SEDE DE AGRAVO – PRECLUSÃO *PRO JUDICATO* – CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO – QUITAÇÃO TOTAL DAS PARCELAS – OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRADORA NÃO CUMPRIDA – LUCROS CESSANTES DEVIDOS EM RAZÃO DA MORA INJUSTIFICADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.010381-8, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que é apelante Rodobens Administradora e Promoções Ltda., e apelada Transportes Würzius Ltda.; interessada Divecol – Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Por maioria de votos, determinar a data da constituição em mora como o início para contagem dos lucros cessantes. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Transportes Würzius Ltda. ajuizou ação ordinária para entrega de coisa incerta cumulada com perdas e danos contra Rodobens Administradora e Promoções Ltda. Argumentou que firmara com a ré um contrato de participação em grupo de consórcio, visando adquirir um veículo Mercedes-Benz (caminhão), cuja contemplação ocorrera em 15-12-93, por sorteio. Asseverou que até o ajuizamento da ação, apesar das várias tentativas com a ré e com o Banco Central do Brasil (que também atua como órgão fiscalizador do sistema de consórcios), quatro anos se passaram sem que obtivesse o veículo.

Aduziu que a ré nunca contestou o sorteio realizado, tampouco negou que o débito tenha sido quitado; apenas alegou ter efetivado o pagamento referente ao veículo para uma de suas concessionárias, qual seja, Divecol – Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda., uma vez que firmaram um acordo pelo qual esta assinou notas promissórias como garantia pelo pagamento efetuado, obrigando-a a entregar o bem à autora. Sustentou a irrelevância da existência desse acordo já que cumprira com suas obrigações e não obteve o veículo consorciado, amargando um enorme prejuízo, uma vez que exerce atividade no setor de transporte de cargas.

Pediu o cumprimento do avençado no contrato por parte da ré, entregando-lhe o caminhão sorteado ou modelo similar, do ano de fabricação correspondente à data da efetiva entrega, ou seu valor equivalente, além de sua condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes, por arbitramento, e aos ônus sucumbenciais.

Ofertada a contestação (fls. 49 a 60), a ré argüiu, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva e requereu a denúncia da lide à empresa Divecol – Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda., sob o argumento de que não tem responsabilidade na entrega do referido caminhão, uma vez que, tão logo tomou conhecimento da opção feita pela autora/consorciada, providenciou o pagamento correspondente ao valor do bem contemplado

à sua concessionária (Divecol). No mérito, articulou que a autora tinha conhecimento do pacto realizado entre ela e a Divecol, constituído pelo item 50 da Portaria n. 190, de 27-10-89, em que esta, na condição de concessionária conveniada, ficaria obrigada a entregar o veículo. Ponderou não ser devido o pedido de indenização por lucros cessantes por não estarem comprovados. Pugnou, ao final, pela improcedência dos pedidos contidos na exordial.

Impugnada a contestação, o MM. Juiz *a quo*, Dr. Domingos Paludo, rejeitou as preliminares aventadas, tendo sido interposto agravo de instrumento, posteriormente desprovido.

Instruído o feito e apresentadas as alegações finais, o ilustre Magistrado proferiu sentença (fls. 164 a 170), consignando em sua parte dispositiva:

Isto posto, julgo procedente o pedido formulado na inicial e condeno o réu a entregar dentro de dez dias à autora um veículo Mercedes Benz, L 1618/51 c/HLZ5Z 0Km, ou seu equivalente em dinheiro, a ser ainda apurado, bem como condeno a ré a pagar à autora o valor correspondente aos lucros cessantes, no valor mensal de R\$ 813,759 acrescido de correção monetária de cada vencimento e juros da citação.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais e os honorários advocatícios que fixo em 20% do valor da condenação monetariamente corrigido [*sic*].

Opostos embargos de declaração pela autora, estes foram acolhidos para acrescentar no dispositivo o seguinte parágrafo: “Não providenciada a entrega do veículo no prazo de 10 dias, incida uma multa diária no valor equivalente ao dobro da trigésima parte do faturamento mensal antes referido” (fl. 177).

Irresignada, a empresa ré interpôs recurso de apelação (fls. 188 a 206), reeditando as preliminares aventadas na contestação. No mérito, assinalou que o Magistrado *a quo* deixou de reconhecer fatos e documentos importantes, os quais demonstrariam sua ausência de responsabilidade pela não-entrega do veículo à autora, pois ela tinha pleno conhecimento de que cabia à concessionária (Divecol) o cumprimento da obrigação. Saliu ser incabível a condenação por lucros cessantes, pois não há comprovação efetiva de que a autora tenha deixado de auferir lucro e de que os documentos utilizados como base para aferição de tal montante não revelam o faturamento real da autora.

Rebateu, ainda, o percentual fixado a título de honorários advocatícios. Por fim, prequestionou os artigos 878 a 880, 882, 1.056, 1.059, 1.080, todos do Código de Processo Civil.

A autora apresentou contra-razões, pugnando pela manutenção do *decisum*.

VOTO

O tema relativo à legitimidade de partes pode ser conhecido em qualquer tempo e grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública, a teor do artigo 267, § 3º, do CPC. A propósito, ressaltou o eminente Des. Trindade dos Santos que “*a fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, não preclui, e pode ser exercida ex officio, ainda que em sede recursal*” (AI n. 2001.020935-7).

Contudo, em relação à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e à conseqüente denunciação da lide à Divecol – Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda., tem-se que não merecem prosperar.

Inicialmente, ressalte-se que em nenhum momento a apelante contestou a quitação das obrigações a cargo da apelada, bem como não questionou a relação jurídica relativa ao contrato de participação em grupo de consórcio firmado entre as partes, sendo forçoso concluir que a apelada possui direito à respectiva contraprestação, compreendida na entrega do bem consorciado.

Extrai-se do referido contrato (fl. 16), cláusula 35ª:

A administradora deverá efetuar a entrega do bem no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a data da assembleia de contemplação, salvo se o consorciado: a) escolher outro bem não disponível; b) não apresentar dentro de 10 (dez) dias úteis contados da ciência da contemplação, as garantias previstas para o recebimento do bem (destaque nosso).

O acordo realizado entre a apelante e sua concessionária, Divecol, não possui o condão de interferir na obrigação de entrega do veículo anteriormente firmada com a apelada, pelo simples fato de que as obrigações são autônomas. Mesmo porque, com amparo na própria argumentação

da apelante, que faz menção ao item 50 da Portaria n. 190, de 27-10-89, fica evidente sua obrigação para com a apelada:

A entrega do bem ao contemplado será feita mediante autorização de faturamento, emitida pela administradora, contendo a qualificação do consorciado, especificação do bem e valor do crédito, *indicação do revendedor estabelecido no local da constituição do grupo onde o bem estiver disponível*, ressalvado o direito de o consorciado escolher, após o prazo regularmente de entrega, outro revendedor onde houver disponibilidade do bem (grifo nosso).

Destarte, constata-se que referida portaria apenas viabiliza a entrega dos veículos “pela administradora”, ora apelante, nos locais onde houver disponibilidade do bem – por suas concessionárias –, mas de maneira alguma a exime do dever de entregar o bem ao contemplado.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

Consórcio. Preliminar de ilegitimidade passiva da administradora, por ser apenas mandatária do grupo, sem envolvimento na relação jurídica dos consorciados entre si e o grupo.

Por se tratar de um organismo encarregado de dirigir o grupo, administrando interesses, recebendo remuneração por sua atividade e responsabilizando-se pela entrega de bens, é parte legítima para ser acionada, justamente objetivando a definição de relações contratuais celebradas com a administradora (RT 686/167).

Assim, não há afastar a apelante da lide, sendo lógico concluir que, se ela tinha a obrigação de entregar o bem no prazo pactuado, a contar da contemplação, tal obrigação tornou-se irretorquível após a quitação total do preço.

Acerca da pretendida denúncia da lide, tal questão já foi apreciada por esta Corte de Justiça no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1999.009947-4, com acórdão da relatoria do eminente Des. Torres Marques, cuja ementa tem o seguinte teor:

Agravo de instrumento – Ação ordinária para entrega de coisa incerta – Contrato de participação em consórcio – Pagamento total do preço – Inadimplemento da contraprestação – Ausência da entrega do bem – Preliminar de denúncia da lide inacolhida

– Responsabilidade da empresa administradora – Decisão confirmada – Agravo improvido.

Então, quanto à matéria, incidiu a preclusão *pro judicato*. Conforme consignou o ilustre Des. Cercato Padilha,

se a Corte de Justiça já se manifestou sobre a decisão interlocutória hostilizada, confirmando-a por ocasião do julgamento do agravo de instrumento interposto da retratação parcial efetuada pelo MM. Juiz *a quo*, não cabe novo julgamento sobre a matéria, tendo em vista a caracterização da preclusão *pro judicato* (Ap. Cív. n. 1996.006774-4).

Abordando o mérito, inviável o acolhimento da pretensão da apelante, uma vez que ela insiste em validar o acordo com sua concessionária a fim de esquivar-se de sua obrigação contratual para com a apelada.

Como já dito anteriormente, a apelante apenas utiliza suas concessionárias para a entrega do bem, pois são estas que possuem *fisicamente* os veículos, não obstante seja ela quem administra os consórcios.

A assertiva de que o depoimento da testemunha Remilton João Mattia (fl. 124) deva ser desconsiderado não merece acolhida, pois, além de inoportuno, na audiência o Magistrado indeferiu a contradita porque não houve e não há nenhuma comprovação de que a testemunha possua interesse pessoal no julgamento da demanda.

Assim, já que elucidativo, extrai-se do seu depoimento:

O depoente vendeu o consórcio para o representante do autor, pois trabalhava na Divecol como vendedor; [...] o autor foi contemplado por sorteio, mas naquela época a ré remeteu o valor para a Divecol, mas estes não efetuaram a entrega do veículo; na época era gerente de vendas da Divecol; a Divecol não entregou o veículo pois estava passando por dificuldades financeiras.

A testemunha Alfredo Vilarino Caprioli, por sua vez, declarou (fl. 125):

Na época era contador da empresa Divecol; sabe que a Transportes Wurzius tinha um consórcio da Rodobens o qual foi contemplado e pelo que sabe não recebeu o caminhão; [...] as empresas Transportes

Wurzios e Citrasa cobravam a entrega dos caminhões na Divecol e pelo que ouvia os representantes da Divecol “iam jogando para a frente”; [...].

Somando-se a esses depoimentos, a prova documental é de que efetivamente existia uma relação entre a apelante e a Divecol, mas que, entretanto, por não ter a autora participado do pacto (ainda que dele tivesse ciência), o crédito desta com a administradora apelante persistiu.

Não se deve olvidar que o consórcio nada mais é do que um sistema de aquisição de bens, mediante contribuições mensais dos integrantes de cada grupo, razão pela qual, uma vez realizado o sorteio positivo e notadamente adimplidas as parcelas, surge o dever de contraprestação pela administradora, que por contrato se obrigou a entregar o bem.

E determinava o artigo 934 do Código Civil de 1916 que “*o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito*”.

Dessa forma, deve ser mantida a sentença quanto à obrigação contratual da apelante.

No que tange aos lucros cessantes, tem-se que são efetivamente devidos desde quando a apelante permaneceu em mora com o seu consorciado, em razão da injustificada recusa na entrega do caminhão, impedindo que a apelada auferisse lucro com sua utilização. Sobre essa modalidade de indenização, dispunha o Código Civil revogado:

Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu. O que razoavelmente deixou de lucrar.

Parágrafo único. O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

Segundo Maria Helena Diniz, o lucro cessante é “*alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir em razão do prejuízo*”

que lhe foi causado” (Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 14. ed., v. 7. p. 63).

Objetivando o ressarcimento dos lucros que deixou de auferir, a empresa apelada, que possui como ramo de atividade o transporte rodoviário de cargas (conforme objeto previsto em seu contrato social – fls. 13 a 15), provou suficientemente os rendimentos percebidos mensalmente com os fretes realizados por um de seus caminhões, juntando notas fiscais dos serviços prestados (fls. 37 a 44). E como já aventado, o sorteio ocorreu em 15-12-93, e a presente ação somente foi proposta quatro anos depois.

Mutatis mutandis, colhe-se de julgado desta Corte de Justiça:

Se em decorrência do acidente, o veículo, que era utilizado com fonte de renda (por ex.: automóvel de aluguel, caminhão de transporte etc.), fica paralisado, os lucros cessantes serão devidos pelo tempo da privação do uso (*in* Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, Wladimir Valler, Vol. I, Ed. Julex Livros, p. 247 e 248) (Ap. Cív. n. 1996.002753-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

In casu, não há negar que a apelada deixou de obter lucro sem o recebimento do caminhão. Extrai-se das notas fiscais que auferia mensalmente com um de seus caminhões o valor de R\$ 2.712,53 mensais. Tais documentos foram impugnados na contestação de forma genérica pela apelante, sendo que em sua peça recursal pretendeu novamente desconsiderá-los, trazendo, desta vez, novos argumentos.

Todavia, tais hipóteses levantadas constituem, em verdade, exceção substancial, mais precisamente um fato impeditivo do direito buscado pela autora/apelada, razão pela qual, à luz do art. 333, inc. II, do CPC, competiria àquela comprovar o alegado.

Em comentário ao disposto no artigo acima referido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem: *o réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as consequências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona em juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione*

actor est) (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., 2003. p. 724).

Portanto, reconhecido o dever da apelante de indenizar os lucros cessantes à apelada, mostra-se indubitável a manutenção desse parâmetro. Há que se definir, então, a data de início de sua incidência. Extrai-se do contrato que, uma vez sorteado, o bem deve ser entregue ao consorciado em trinta dias. A partir daí, caso descumprido, configurar-se-á a mora da empresa administradora de consórcios. Nos presentes autos, os trinta dias se findaram em 15-1-1994, devendo esta ser a data de partida para o cálculo dos lucros cessantes.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se íntegra a sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, decidiu conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Por maioria de votos, determinou-se a data da constituição em mora como o início para contagem dos lucros cessantes. Nesta parte, vencido o Des. Nelson Schaefer Martins, que votou pela incidência de lucros cessantes a partir da citação.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 30 de novembro de 2006.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE

Edson Ubaldo
RELATOR

Apelação Cível n. 2002.008365-3, de Sombrio

Relator: Des. Edson Ubaldo

EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – RECURSO ESPECIAL JULGADO MONOCRATICAMENTE PELO MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS – TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL – RETORNO DOS AUTOS PARA ANÁLISE DO MÉRITO DE APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO ANTERIORMENTE PREJUDICADOS PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO – SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU PELA PARCIALIDADE DOS EMBARGOS DOS DEVEDORES – MANUTENÇÃO PARCIAL DO *DECISUM* – RECURSO DE APELAÇÃO DO BANCO PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO ADESIVO DOS EMBARGANTES DESPROVIDO.

Por definição conjunta, este Órgão Fracionário entende permissível a cobrança de comissão de permanência, desde que pactuada e desacumulada com quaisquer outros encargos.

Os juros remuneratórios quando pactuados abaixo das taxas de mercado, divulgadas pelo Bacen, devem prevalecer.

Na esteira de Súmula do STF, proibida está a capitalização dos juros.

Quando pactuada expressamente, é possível a aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de atualização monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.008365-3, da comarca de Sombrio (1ª Vara), em que é apelante e recorrido adesivo o Banco do Estado de Santa Catarina S. A. – Besc e apelados e recorrentes adesivos José Antônio dos Santos e Antônio Roberto dos Santos:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, dar parcial provimento à ape-

lação do Banco e negar provimento ao recurso adesivo dos embargantes. Impedido o eminente Des. Trindade dos Santos. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

José Antônio dos Santos e Antônio Roberto dos Santos opuseram embargos à execução promovida pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc instruindo-a com contrato de abertura de crédito com reconhecimento e confissão de dívidas e outras avenças, dando à causa o valor de R\$ 4.624,29 atualizado até junho de 2000.

Argumentaram a inexigibilidade do título, a abusividade dos encargos apostos sobre o saldo devedor, e requereram a revisão das cláusulas consideradas ilegais, limitando-as nos parâmetros constitucionais, além da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ao final, ainda pediram o expurgo do excesso da execução, a compensação dos valores já pagos e a condenação do Banco ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (20% sobre o valor da causa).

O Banco impugnou os embargos atacando pontualmente todos os argumentos levantados pelos embargantes. Combateu a alegação de anatocismo; a ilegalidade da limitação dos juros no patamar de 12% ao ano; a inaplicabilidade do CDC aos contratos bancários; o excesso de execução; e a impossibilidade de discussão de cláusulas contratuais firmadas de livre vontade pelas partes. Pediu o julgamento antecipado da lide, reiterou a existência de débito dos embargantes e requereu a improcedência dos embargos com a condenação dos devedores em custas e honorários.

Conclusos os autos, a ilustre Magistrada a quo, Dra. Débora Driwin Rieger Zanini, achou por bem lavrar sentença nos seguintes termos finais:

Ante o exposto, julgo procedentes em parte os embargos à execução aforados por José Antônio dos Santos e Antônio Roberto dos Santos contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A., para determinar a realização de novo cálculo, conforme estabelecido no corpo da sentença.

Com relação ao pedido de compensação de valores pagos, indefiro-o, consoante especificado acima, devendo os embargantes ingressar com ação própria para tal finalidade.

Arcará o embargado com as despesas processuais proporcionais à sua derrota e honorários advocatícios, estes na base de 15% (quinze por cento) sobre o montante do débito diminuído, *ex vi* do art. 20, § 4º, do CPC, eis que o grau de zelo profissional, a complexidade da demanda e o local da prestação do serviço indicam como adequada a verba em tal patamar.

Houve sucumbência recíproca e os embargantes também pagarão despesas proporcionais à sua derrota e honorários advocatícios, equivalentes a 15% (quinze por cento) sobre o débito remanescente (compreendendo execução e embargos).

Em termos de honorários, não há mais falar na compensação do art. 21 do CPC, porquanto tal expressão está derogada pelo art. 23 da Lei n. 8.906/94, pois desde então os honorários pertencem ao advogado e não à parte. Direitos de terceiros não podem ser objeto de compensação entre litigantes. Por isso, cada parte paga honorários ao advogado da outra, sem compensação entre elas (fls. 62 a 67).

De forma tempestiva e preparada, o Banco apresentou suas razões de apelação pedindo a total reforma da sentença de primeiro grau, com a reiteração dos fundamentos apresentados com a impugnação. Pediu: a) o prosseguimento da execução haja vista a presença de todos os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; b) a fixação de correção monetária e TR, comissão de permanência e anatocismo livremente pactuado; c) a permanência da multa moratória em 10%.

Houve contra-razões dos embargantes e, simultaneamente, a interposição de recurso adesivo, no qual foi requerida a concessão do benefício da justiça gratuita. Ainda no referido recurso, pediram a manutenção da sentença e a declaração de inexigibilidade do título uma vez executado.

Também houve contra-razões.

Os autos vieram a este egrégio Tribunal de Justiça e foram distribuídos à Segunda Câmara de Direito Comercial, sob a relatoria do eminente Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Em julgamento colegiado ocorrido em 4 de dezembro de 2003, o Órgão Fracionário decidiu, por unanimidade de votos, de ofício, extinguir o processo e considerar prejudicado o recurso de apelação.

Dessa decisão, o Banco interpôs recurso especial, o qual, após recebido, foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, nos seguintes termos:

Decido: A jurisprudência proclama que o instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial, no rigor do art. 585, II, do CPC. Incide a Súmula 300.

Além disso é de todo desimportante para o desate da questão saber se houve ou não novação da dívida. Novado ou não, o instrumento de confissão de dívida goza de plena liquidez, certeza e exigibilidade. Confira-se, dentre outros, os seguintes julgados: EAG 357.375/Direito; REsp. n. 645.826/Nancy.

Dou provimento ao especial (Art. 557, § 1º-A, CPC) para declarar que o contrato de confissão de dívida é título executivo extrajudicial. Determino o retorno dos autos à primeira instância, para que se prossiga a execução (sic – fl. 191).

Retornando os autos diretamente à origem, despachou o ilustre Magistrado de primeiro grau pela necessidade de remessa dos autos a este egrégio Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da apelação do Banco e seu recurso adesivo, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição (fl. 195).

Tendo esta relatoria assumido a vaga anteriormente ocupada pelo eminente Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, vieram-me os autos em redistribuição.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra a sentença monocrática que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução inicialmente proposta pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc. Após decisão colegiada de extinção do processo por ausência de título considerado executivo, vislumbra-se nos autos a interposição de recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça.

Em sua decisão, o eminente Ministro Relator decidiu, monocraticamente, dar provimento ao recurso declarando que o contrato de confissão de dívida que instrui o processo de execução é título executivo extrajudicial.

Retornando os autos a este Órgão Fracionário, e em submissão à decisão superior, outro não pode ser o entendimento desta Corte senão o de acatar a exequibilidade do título, passando-se à análise do mérito da apelação.

A sentença de primeiro grau prolatada pela ilustre Magistrada Dra. Débora Driwin Rieger Zanini, na mesma esteira, já havia reconhecido o título como exequível e, diante de suas cláusulas abusivas, revisara o contrato. Os termos da referida revisão se coadunam com o entendimento desta Relatoria, e deve ser mantida, então, a r. sentença, em sua inteireza.

Entretanto, dois são os recursos propostos, apelação e recurso adesivo, e separadamente devem ser analisados. Vejamos:

A Do recurso de apelação do Banco

1 Da aplicabilidade do CDC

Já não há mais celeuma acerca do assunto. Em bem lançada decisão lavrada na ADin n. 2591, de 7-6-2006, o egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por nove votos a dois, que as instituições financeiras se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse talante, não mais se justifica a insistente e detalhada fundamentação desta Relatoria para respaldar sua aplicação, e são, destarte, desnecessárias maiores explicações.

2 Da limitação dos juros remuneratórios

Em que pese a sentença apresentar sua justificativa para a impossibilidade de limitação dos juros remuneratórios, reservo-me tecer alguns novos comentários.

A taxação de juros prevista no contrato sub judice é de 2,90% ao mês, cuja somatória simples resulta em 34,8% ao ano, resultado que, segundo nosso entendimento pessoal, deveria ser reduzido ao patamar constitucional estabelecido em 12% ao ano.

Essa espécie de juros – remuneratórios – é traduzida como remuneração de capital com características específicas de uma obrigação de dar *in pecunia*, e não pode se desligar das orientações de ordem pública nacional, que visa a proteger a economia e o setor produtivo brasileiro banindo seus excessos.

A reiterada imposição de teto máximo de 12% ao ano prevista no artigo 192, § 3º, da CF/88 – pois sua existência no país é histórica (vide Decreto n. 22.626/33) –, refere-se a todos aqueles contratos que tenham sido firmados até 29-5-2003, quando suas disposições foram revogadas pela Emenda Constitucional n. 40.

Observa-se que o contrato em foco foi firmado em data anterior à Emenda referida e, dessa forma, dever-se-ia aplicar o dispositivo constitucional acima ventilado, que consideramos auto-aplicável. Contudo, depois de muito se reunir, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste Tribunal Estadual chegou a um consenso acerca de alguns parâmetros de julgamento, incluindo-se especificamente a limitação dos juros remuneratórios nos contratos bancários.

Dessa forma, desde que não ultrapasse a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil, não há considerar abusivas as

taxas acima de 12% ao ano, salvo casos excepcionais. No presente caso, tem-se que 2,90% ao mês não é, de forma alguma, taxa exorbitante, e, portanto, passível de ser mantida.

Todavia, para que se aceite sua imposição, ou seja, a taxa contratada, dela devem ser expurgados todos os demais encargos, dentre eles juros moratórios, comissão de permanência, capitalização de juros ou multa.

3 Da capitalização dos juros

O Banco apelante alega que, estando pactuada a capitalização mensal, esta é devida. Vale frisar nosso entendimento a respeito desse tópico.

A proibição da capitalização de juros é imperiosa pelo nosso ordenamento jurídico, haja vista o ditame da Súmula 121 do STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Somente se admite a prática contratual da capitalização de juros nos casos excepcionais amparados expressamente por leis específicas, ou seja, nas hipóteses previstas nos Decretos-Leis n. 167/1967 e 413/1969 e na Lei n. 6.840/1980, não se enquadrando, contudo, os mútuos bancários. Diante disso, a prática de capitalização é, no caso, ilegal. Permanece inalterada a r. sentença também nesse tópico.

4 Da comissão de permanência

Após discussão colegiada, o tema intitulado “comissão de permanência” também sofreu nova interpretação por esta Relatoria, na esteira dos atuais julgados do Superior Tribunal de Justiça. Assim, desde que pactuada, cabível é a cobrança da comissão de permanência, exceto nos casos de notas e cédulas de crédito rural, comercial e industrial, sempre respeitando-se o limite dos juros remuneratórios pactuados, já limitados à taxa média de mercado. Nesse ponto, reforma-se a sentença monocrática.

5 Do índice de correção monetária

Estando pactuada a Taxa Referencial (TR) como índice de reajuste e correção monetária, esta deve ser respeitada, e permitida a sua aplicação, a teor dos julgados do STJ, merecendo provimento esta parte do recurso do Banco.

Diz a Súmula 295 do Superior Tribunal de Justiça: “A Taxa Referencial (TR) é indexador válido para os contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada”.

B Do recurso adesivo dos embargantes

Os embargantes se insurgem contra a sentença de primeiro grau em dois temas: descaracterização de novação, e portanto descaracterizado o contrato de confissão de dívida como título executivo extrajudicial; e limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, conforme determinação constitucional.

Ambos os argumentos não merecem guarida. No que tange à falta de característica de novação, esta tornou-se irrelevante diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça quando, monocraticamente, considerou o contrato de confissão de dívida exequível, com certeza e liquidez necessárias à sua execução. Já quanto à limitação dos juros em 12% ao ano, pelo patamar estipulado na CF/88, nosso entendimento foi ressaltado no item 2 deste acórdão, o que tornam desnecessários novos comentários.

Diante de todo o exposto, nosso voto é para dar parcial provimento ao recurso de apelação do Besc para permitir a cobrança da comissão de permanência, desde que pactuada, bem como aceitar a TR como índice de atualização monetária, já que prevista expressamente no contrato, tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença. Nos demais pontos, mantém-se íntegra a sentença monocrática. Quanto ao recurso adesivo, nosso voto é para conhecer e negar-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, decidiu dar parcial provimento ao recurso de apelação do Banco e negar provimento ao recurso adesivo dos embargantes.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil. Impedido, o eminente Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 30 de novembro de 2006.

Nelson Schaefer Martins
PRESIDENTE, COM VOTO

Edson Ubaldo
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2005.040245-0, de Itá

Relator designado: Des. Alcides Aguiar

EXECUÇÃO – DEVEDORES PROPRIETÁRIOS DE DOIS LOTES RURAIS CONTÍGUOS – MATRÍCULAS AUTÔNOMAS – POSSIBILIDADE DE PENHORA INDIVIDUAL – DÍVIDA CONTRAÍDA PARA INVESTIMENTO PRODUTIVO – CONSTRIÇÃO DAQUELE DESTINADO À ATIVIDADE DE SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA E DE SEUS FAMILIARES – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – IMPENHORABILIDADE – ART. 5º, XXVI, CF – POSSIBILIDADE DE PENHORA DAQUELE EM QUE SE ENCONTRA A RESIDÊNCIA FAMILIAR, COM OBSERVÂNCIA DO ART. 4º, § 2º, DA LEI N. 8.009/90 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para fins judiciais, não se pode considerar como imóvel único aquele constituído de áreas distintas, com matrículas próprias.

Possuindo o devedor dois imóveis rurais, é impenhorável aquele destinado à atividade de subsistência, desde que seja pequena propriedade rural, nos termos da lei, e que tenha sido contraída a dívida executada para investimento produtivo no bem, em respeito ao art. 5º, XXVI, da Constituição da República, o que torna possível, então, a constrição recair naquele no qual se encontra a residência familiar, por força do art. 649, X, do Código de Processo Civil, em que a impenhorabilidade deste restringir-se-á à sede de moradia e adjacências, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/90.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2005.040245-0, da comarca de Itá (Vara Única), em que são agravantes

Cláudio Anzolin e Ivone Ângela Anzolin, e agravada Cooperativa Regional Alfa Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cláudio Anzolin e Ivone Ângela Anzolin interpuseram agravo de instrumento contra decisão proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da comarca de Itá, às fl. 71 a 75 dos autos da Execução de Sentença n. 068.01.001302-1, movida pela agravada, que indeferiu pedido de declaração de impenhorabilidade do imóvel rural constrictado.

Relatam os recorrentes que possuem dois lotes, e que, no Penhorado de n. 351, estão os chiqueiros, poteiros e aviários, os quais são destinados à atividade de subsistência própria e de seus familiares, e no de n. 352 encontra-se edificada somente a residência familiar; que, por se tratarem de áreas contíguas, embora sob matrículas autônomas, os dois lotes consistem em um único imóvel, e, sendo considerado como pequena propriedade rural, entendem ser a totalidade impenhorável.

Postulam pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao fim, pelo seu provimento.

Em despacho de fls. 57 a 60, foi concedido a suspensividade almejada.

Sem contra-razões.

Em sessão de julgamento ocorrida em 1º-6-2006, o Relator originário, Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa, votou pelo desprovimento do recurso.

A fim de melhor me posicionar acerca da matéria, pedi vista dos autos e proferi voto divergente no sentido de dar provimento parcial ao recurso; seguiu-me o Des. Gastaldi Buzzi.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que não acolheu pedido de impenhorabilidade do imóvel rural constritado.

Conforme o Auto de Penhora e Depósito (fl. 24), o lote objeto de constrição foi o de n. 351.

Quanto à destinação dos lotes – um para atividades de subsistência e outro para residência familiar – não há questionamento.

A possibilidade de penhora sobre apenas um dos lotes também não se discute, haja vista que, para fins judiciais, não se pode considerar como imóvel único aquele constituído de áreas distintas, com matrículas próprias, como bem elucida a doutrina de Rainer Czajkowski, citada pelo Des. Subst. Paulo Roberto Camargo em seu voto, a qual merece transcrição:

Áreas justapostas, com matrículas autônomas, formam um conjunto de imóveis, não uma unidade jurídica. A impenhorabilidade da Lei n. 8.009/90 poderá incidir sobre aquele com destinação residencial e não sobre os demais com destinação diversa.

[...]

Por outro lado, se o imóvel for composto por diversas edificações perfeitamente individualizáveis e cuja divisão seja juridicamente viável, passa a ser plausível que a impenhorabilidade incida só sobre as edificações destinadas à moradia e suas adjacências, e não sobre as outras edificações com finalidade diversa, comercial ou industrial (*A impenhorabilidade do bem de família*, Ed. Juruá. 1998. p. 63).

E, do seguinte julgado de nosso Tribunal de Justiça, subsome-se tal entendimento:

“Prevalece a impenhorabilidade do imóvel se, constando de matrícula única, é destinado primordialmente à residência da família e da prole, mesmo que em casas diversas” (Ap. Cív. n. 1999.001900-4, de Timbó, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Nesses parâmetros, vejamos o que dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

Em analisando o dispositivo, e tendo em vista que o lote n. 352 é destinado à moradia dos agravantes, cogitar-se-ia a validade da penhora do Lote n. 351, como ocorreu, uma vez que, por não ser o único lote pertencente aos recorrentes, realmente possibilitada seria a constrição.

No entanto, tem-se que o débito existente foi contraído para a aplicação em melhorias de sua atividade rural, principalmente na construção de uma pocilga e de uma bioesterqueira, o que também não foi objeto de discussão.

E, sendo o imóvel de n. 351 considerado pequena propriedade rural, conforme já analisado no *decisum* (fl. 29), referido lote se encontra acobertado pela Constituição da República, que, em seu art. 5º, assim estabelece:

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Assim, tendo em vista tratar-se de norma hierarquicamente superior no nosso sistema jurídico, entendo que, primeiramente, deva ser observado o preceito constitucional acima destacado, ou seja, por enquadrar-se a situação em análise em todos os seus requisitos, tem-se por impenhorável o lote de n. 351.

Por outro lado, quanto ao lote de n. 352, poderíamos considerá-lo passível de penhora, também sob o enfoque do art. 649, X, do Código de Processo Civil, não fosse a residência familiar ali situada.

Com efeito, prevê o art. 4º da Lei n. 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família:

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Nesse passo, teríamos, então, que dito lote – de n. 352 – é passível de sofrer constrição judicial, desde que resguardada a impenhorabilidade da área da residência, com suas adjacências, pois possível seu desmembramento, haja vista que a “Fração Mínima de Fracionamento” da região é de 3 hectares, consoante Portaria n. 36/1997 e Instrução Especial INCRA n. 50/97, baixadas com fulcro no art. 8º da Lei n. 5.868/72, que trata do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

Vale lembrar, por oportuno, jurisprudência destacada no voto do Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa:

EXECUÇÃO – Embargos – Arguição de impenhorabilidade do bem construído – Imóvel residencial – Área de 1.680m² – Redução da penhora à área compatível – Sentença correta – Apelo desacolhido.

A impenhorabilidade considerada pela Lei n. 8.009/90 tem sua incidência restringida, em se tratando de imóvel residencial, à área em que está edificada a habitação familiar, as plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os bens que guarnecem a moradia. Não se estende ela, todavia, a áreas de grande extensão e que comportem desmembramento sem prejuízo da parte abrangida pela proteção legal (Ap. Cív. n. 2002.010505-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20-2-03).

Há de observa-se, ainda, que, nesses casos, imprescindível que a área a ser desmembrada não comprometa o aproveitamento adequado de uso, moradia e acesso do imóvel remanescente.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESMEMBRAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – Como residência do casal, para fins de incidência da Lei n. 8.009/90, não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa, mas também suas adjacências, como jardim, horta,

pomar, instalações acessórias etc., dado que a lei, em sua finalidade social, procura preservar o imóvel residencial como um todo.

II – Admite-se a penhora de parte do bem de família quando possível o seu desmembramento sem descaracterizar o imóvel, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades de cada caso (REsp. n. 188.706 – MG, relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

E, deste egrégio Tribunal:

EXECUÇÃO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – ÁREA DE GRANDE EXTENSÃO – CONSTRUÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL – POSSIBILIDADE – DECISÃO ACERTADA – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

Para os fins da Lei n. 8.009/90, o imóvel residencial do casal não se restringe ao espaço físico sobre o qual encontra-se edificado o prédio ou casa, estendendo-se a impenhorabilidade às suas adjacências, como exemplificadamente o jardim, a horta, o pomar, as instalações acessórias e outras congêneres, uma vez que a lei, em razão da finalidade social que a anima, busca a preservação do imóvel residencial como um todo. Entretanto, construído o imóvel sobre área de grande extensão, é admissível a construção de parte dela, desde que não afetada a natureza residencial do bem e quando possível for o seu desmembramento (Agravo de Instrumento n. 2001.006303-4, de São Bento do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

DECISÃO

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para declarar a impenhorabilidade do lote n. 351, cabendo ao Juízo de primeiro grau a análise da viabilidade do desmembramento e penhora de parte do lote de n. 352, até a garantia da execução, com resguardo, ainda, da área residencial e suas adjacências, a teor do art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/90, e de modo que não comprometa o seu aproveitamento adequado para uso, moradia e acesso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 14 de setembro de 2006.

Alcides Aguiar
PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa

Ementa aditiva

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – DEVEDOR PROPRIETÁRIO DE DUAS ÁREAS CONTÍGUAS, COM A MESMA EXTENSÃO, QUE SÃO, QUANDO CONSIDERADAS ISOLADAMENTE, INFERIORES AO MÓDULO RURAL – SOMATÓRIA QUE DESCARACTERIZA A CONDIÇÃO DE PEQUENA PROPRIEDADE – PENHORA SOBRE O LOTE QUE NÃO ABRIGA A RESIDÊNCIA DA ENTIDADE FAMILIAR – IMPENHORABILIDADE TOTAL DE UMA POR DESTINAÇÃO À ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA PELA FAMÍLIA DE NATUREZA AGRÍCOLA E PASTORIL – IMPENHORABILIDADE DA OUTRA NO QUE SE REFERE À SEDE DE MORADIA E ADJACÊNCIAS – INSTITUIÇÃO DE DUAS IMPENHORABILIDADES DE IMÓVEL RURAL – INTENTO NÃO PRETENDIDO PELO LEGISLADOR CONSTITUCIONAL OU ORDINÁRIO.

Para ser impenhorável, é indispensável que o imóvel rural seja o único de que disponha o devedor e que tenha área que não ultrapasse ao módulo da região na qual se situa.

O reconhecimento de impenhorabilidade de uma, em razão da atividade nela exercida, e da outra, nos limites da sede de moradia e adjacências, cria duas hipóteses de impenhorabilidade de imóvel rural.

Tal não foi o intento do Constituinte ou do Legislador Ordinário, porque o inciso X do artigo 649 do CPC é incisivo ao se referir a “imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor [...]”, e o § 2º do art. 4º da Lei n. 8.009/90 exclui a possibilidade daquela interpretação, e deixa claro que, “quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”.

Ou seja, quando o imóvel rural não se enquadrar como pequena propriedade, a impenhorabilidade restringe-se à sede de moradia; quando ferir-se pequena propriedade à área compreendida no módulo.

Fui vencido com o seguinte voto:

Pugnam os agravantes pela impenhorabilidade do imóvel por tratar-se de bem de família, argumentando, para tanto, que, não obstante serem dois imóveis, com matrículas diversas, tratam-se de áreas contíguas, que não podem ser separadas “[...] em razão da unicidade do bem, ou seja, em uma encontra-se edificada a residência familiar e na outra, as instalações que servem para manutenção da atividade econômica exercida pela família de natureza agrícola e pastoril”.

Enfrentando o tema, o Magistrado *a quo* assim se manifestou:

[...] constata-se que a penhora recaiu apenas sobre a segunda área de terras, ou seja, sobre “parte ideal do lote rural de terras de cultura n. 351, com área de 150.000m²”, sito na localidade de Colônia Barra Grande, interior do município de Paial/SC, bem como sobre as edificações nele constantes, quais sejam, “1 (um) chiqueiro de 25x6 metros e 1 (um) chiqueiro de 30x8 metros, ambos de construção mista, alvenaria e madeira, coberto com telhas de barro”, tendo em vista que, conforme certificado pela Oficiala de Justiça, sobre a propriedade de n. 352 está edificada a residência dos devedores, acobertada pela impenhorabilidade, portanto.

Prescreve a Lei n. 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família:

Art. 4º

[...]

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Por sua vez, determina o inc. X do art. 649 do Código de Processo Civil:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

X – o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

No caso em exame, verifica-se que a penhora atingiu imóvel de propriedade dos agravantes, cuja área individual, de 150.000m², não ultrapassa a 20 hectares, sendo que o módulo rural na região do município de Paial/SC, conforme informação colhida na Epagri/SC, é de 20ha (200.000m²).

Todavia, em que pese ser o imóvel pequena propriedade rural, não se encontra acobertado pela legislação pátria, conforme bem observou a MMA. Juíza de Direito, tendo em vista a existência de dois imóveis, com matrículas diversas – conforme faz prova inequívoca cópia do auto de penhora e depósito (fl. 24) –, e, recaíndo a penhora sobre o bem no qual não está edificada a residência da família dos agravantes, afastada a tese de bem de família.

Sobre o assunto, leciona Rainer Czajkowski:

Áreas justapostas, com matrículas autônomas, formam um conjunto de imóveis, não uma unidade jurídica. A impenhorabilidade da Lei n. 8.009/90 poderá incidir sobre aquele com destinação residencial não sobre os demais com destinação diversa.

[...]

Por outro lado, se o imóvel for composto por diversas edificações perfeitamente individualizáveis e cuja divisão seja juridicamente viável, passa a ser plausível que a impenhorabilidade incida só sobre as edificações destinadas à moradia e suas adjacências, e não sobre as outras edificações com finalidade diversa, comercial ou industrial (*A impenhorabilidade do bem de família*, Ed. Juruá. 1998. p. 63).

No mesmo norte, é o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO – Embargos – Arguição de impenhorabilidade do bem construído – Imóvel residencial – Área de 1.680m² – Redução da penhora à área compatível – Sentença correta – Apelo desacolhido.

A impenhorabilidade considerada pela Lei n. 8.009/90 tem sua incidência restringida, em se tratando de imóvel residencial, à área em que está edificada a habitação familiar, as plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os bens que guarnecem a moradia. Não se estende ela, todavia, a áreas de grande extensão e que comportem desmembramento sem prejuízo da parte abrangida pela proteção legal (Ap. Cív. n. 2002.010505-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 20-2-03).

Sustentam os agravantes que “o imóvel rural penhorado nos autos, apesar de não ser o único de propriedade dos agravantes, trata-se de áreas contíguas, que não podem ser divididas em razão da unicidade do bem, ou seja, em uma encontra-se edificada a residência familiar, e na outra as instalações que servem para manutenção da atividade econômica exercida pela família de natureza agrícola e pastoril”, o que implicaria em impenhorabilidade.

Contudo, se assim fosse, ultrapassado estaria o módulo rural, pelo que o imóvel não se caracterizaria como propriedade familiar para os fins do inciso XXVI do art. 5º da Constituição Federal.

E sendo bem sujeito à penhora, perfeitamente passível de incidência a constrição como efetivada no Juízo, posto que, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. LEI N. 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. QUATRO IMÓVEIS CONTÍGUOS. MATRÍCULAS DIFERENTES. POSSIBILIDADE DO DESMEMBRAMENTO (REsp. n. 139.010/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha – Quarta Turma, DJ 20-5-02, p. 143).

E, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO. DOCTRINA. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I – Como residência do casal, para fins de incidência da Lei n. 8.009/90, não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa, mas também suas adjacências. A própria lei afirma que “a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza [...]” .

II – Admite-se, no entanto, a penhora de parte do imóvel quando possível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso (REsp. n. 326.171/GO; rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Quarta Turma, DJ 22-10-01. p. 331).

Observo, finalmente, que o respeitável entendimento da douta maioria cria duas hipóteses de impenhorabilidade de imóvel em área rural, em favor de um mesmo proprietário/devedor: a do imóvel no qual está localizada sua residência, e a de imóvel diverso no qual exerce atividade agrícola.

Não me parece tenha sido esse o intento do Constituinte ou do Legislador Ordinário, tendo em vista que o inciso X do artigo 649 do CPC é incisivo ao se referir a “imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor [...]”, e o § 2º do art. 4º da Lei n. 8.009/90 exclui a possibilidade daquela interpretação, ao deixar claro que, “quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”.

Ou seja, quando o imóvel rural não se enquadrar como pequena propriedade, a impenhorabilidade restringe-se à sede de moradia; quando ferir-se pequena propriedade, à área compreendida no módulo.

Dessa forma, entendo seja tratar-se de imóvel único, ou de duas áreas contíguas, mas distintas; em qualquer das hipóteses, impenhorabilidade incorre, não padecendo de nenhuma nulidade o ato de constrição, razão por que neguei provimento ao recurso, mantendo a impugnada, e revogando, em consequência, a decisão que concedeu o efeito suspensivo ao agravo.

Paulo Roberto Camargo Costa

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2004.008487-0, de Chapecó

Relator: Des. Alcides Aguiar

APELAÇÃO CÍVEL – CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE COTAS SOCIAIS DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTES – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DE TODOS OS HERDEIROS – COMPRA E VENDA NÃO CONFIGURADA – DOAÇÃO – DESNECESSIDADE DA EXIGÊNCIA – ATO VÁLIDO – PRELIMINARES DE SENTENÇA *EXTRA PETITA* E CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AFASTADAS – NULIDADE DA DOAÇÃO POR AUSÊNCIA DE REQUISITOS FORMAIS – CAUSA DE PEDIR NÃO SUSCITADA NO JUÍZO DE ORIGEM – MATÉRIA NÃO APRECIÁVEL DE OFÍCIO – ANÁLISE VEDADA – RECURSO PARCIALMENTE CO-NHECIDO E DESPROVIDO.

Configurando-se o ato de cessão e transmissão de cotas sociais de pai para filhos como doação, e não compra e venda, tem-se por válido o ato, uma vez que, para tanto, é prescindível o consentimento de todos os herdeiros.

Não há falar em sentença *extra petita* quando a própria parte alega na inicial o fundamento jurídico que motivou a decisão do julgador.

Se a prova documental colacionada nos autos fornece ao juiz todos os elementos para a solução da lide, sendo dispensáveis, portanto, demais provas, não há cerceamento de defesa em havendo julgamento antecipado.

Não sendo matéria reconhecível de ofício, é vedado à parte sustentar sua insurgência recursal em causa de pedir não alegada na inicial e não objeto de discussão no juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.008487-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que são apelantes Genoefa Frigeri Marchiori e outros, e apelados Espólio de David Frigeri e Olimpia Dallagnol Frigeri e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, desprover o recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Genoefa Frigeri Marchiori e s. m., Jaqueline Frigeri, Roberto Frigeri, Márcio Frigeri, João David Frigeri e s. m., Silvestre Frigeri e s. m. e Albino Frigeri e s. m. ajuizaram ação declaratória de nulidade de atos jurídicos (transferências irregulares de cotas sociais da empresa David Frigeri & Filhos Ltda., bem como de imóveis a esta), contra David Frigeri e s. m., Wilson Frigeri e s. m., Dulci Frigeri e s. m., Valdecir José Frigeri e s. m. e Juraci Frigeri e s. m.

Relataram que a empresa fora constituída em 27-5-1967 por David Frigeri (pai), Albino Frigeri, João David Frigeri e Silvestre Frigeri (filhos), retirando-se da sociedade, posteriormente, os dois últimos.

Noticiaram, também, que, em 13-7-1972, David Frigeri adquiriu parte considerável das cotas sociais – 99,5% –, vindo a comprar o restante 0,5% em 10-12-1979, por meio da 6ª alteração contratual. Ainda neste ato, transferiu 30% do capital social para Wilson e Dulci Frigeri, divididos em partes iguais.

Em 2-10-1982, pela 7ª alteração contratual, nova distribuição e transferência de cotas foi realizada por David Frigeri, ficando os sócios Wilson, Dulci, Juraci e Valdecir Frigeri com 24% cada, restando 4% para si.

Os autores alegaram, ainda, que, pelas 10ª e 11ª alterações contratuais, houve transferência por David Frigeri de vários imóveis seus à empresa e mais 2% do capital social aos demais sócios, ficando cada um deles com 24,5%.

Em saindo Dulci Frigeri da sociedade em 24-4-1996, com a venda de sua parte aos outros três irmãos/sócios, consolidou-se a atual composição da sociedade, nos seguintes percentuais de cotas: Wilson, Valdecir e Juraci Frigeri com 32,666% cada e David Frigeri com 2%.

Sustentaram os autores, por fim, que as transferências descritas sempre ocorreram sem a concordância dos demais descendentes, apesar da promessa do pai/avô e dos sócios favorecidos de que as cotas sociais seriam devolvidas ao progenitor para se operar a divisão do patrimônio e rendimentos da empresa em igualdade de condições a todos os descendentes.

Porque não tenha ocorrido a reversão das cotas sociais ao citado ancestral, pleitearam a nulidade dos atos jurídicos, sejam eles compra e venda ou doação, com a conseqüente devolução das cotas, dos bens descritos às fls. 7 a 11 e dos que porventura deixaram de enumerar.

Contestando o feito, os réus apresentaram preliminar de prescrição da insurgência contra a 6ª alteração contratual, porque realizada há mais de vinte anos, e, no mérito, aduziram que, sendo o caso de doação, haveria impossibilidade jurídica do pedido, pois tal ato prescinde do consentimento dos herdeiros, e, sendo compra e venda, deveriam ficar comprovados os requisitos exigidos para sua anulação.

Asseveraram, também, que os réus Wilson e Dulci sempre trabalharam na empresa e somente após certo tempo passaram a integrar a sociedade cujo patrimônio, de que agora seus irmãos mais velhos pretendem apoderar-se, conseguiram construir ao longo de 30 anos, com trabalho, esforço conjunto e sofrimento diário.

Aduzem, em relação à 6ª alteração contratual, que a pretensão dos autores revela-se de má-fé, tanto que Albino, João, Silvestre e Armando retiraram-se da sociedade, vendendo suas partes e recebendo o respectivo valor, e consentindo com a nova composição societária; em deixando a empresa, para não correrem riscos, com seus quinhões e lucros, passaram a construir seu capital próprio a partir desses recursos. Os demais irmãos não se insurgiram contra a vontade paterna.

Postulam, por fim, a improcedência da ação.

Replicaram os autores – fls. 295 a 300.

Decidindo antecipadamente a lide, o Magistrado, após afastar a prescrição, extinguiu a ação em relação aos réus Wilson Frigeri e sua mulher Dejamira Estefania Kovaleski, Dulci Frigeri, Valdecir Frigeri e sua mulher Maria Irene Jaques Frigeri e Juraci Frigeri, por ilegitimidade passiva *ad causam*, e julgou improcedente o pedido em relação aos demais.

Apelaram os autores, requerendo, preliminarmente, a suspensão do processo, diante do falecimento de Silvestre Frigeri, até a data do óbito, devendo os atos posteriores, inclusive a sentença, ser declarados nulos, por ausência de substituição do pólo ativo com a habilitação do espólio ou sucessores; suscitam, ainda, o reconhecimento do cerceamento de defesa, pois não foi propiciada a imprescindível dilação probatória.

No mérito, argumentam que o julgamento se revelou *extra petita*, porquanto o Magistrado abordou tema não trazido nem na inicial e tampouco pela defesa – existência de doação.

Ressaltam que ficou plenamente caracterizada a realização de contratos onerosos de compra e venda, e não doação, sendo eles nulos, por falta de consentimento dos demais descendentes.

Defendem, ao fim, que, ainda que fosse caso de doação, esta seria também nula, já que não houve consentimento expresso do cônjuge de David Frigeri e não foi registrado o respectivo instrumento particular, formalidades exigidas pelos arts. 135 e 235, IV, ambos do Código Civil.

Contra-razões às fls. 364 a 369.

Distribuídos os autos a este Relator, sobreveio petição do advogado dos réus requerendo a suspensão do feito ante o falecimento de David e Olimpia Frigeri (fl. 379).

Retirado o processo de pauta, foi deferida a suspensão e determinada a regularização das partes falecidas (despacho de fls. 386 a 388).

Em petição de fl. 392, Sílvio Zesar Frigeri, Marciana Frigeri, Maria Angela Johann Frigeri, Sandro Frigeri, Geovane Astria Zuge, Osvaldir Antônio Statzmann e Márcia Frigeri Statzmann, sucessores de Silvestre Frigeri, informando não ter havido a instauração de inventário, em razão da inexistência de espólio, requereram a habilitação no processo, que foi deferida pelo despacho de fls. 430 e 431, no qual também foi determinada a manifestação da autora Genoeffa Frigeri Marchiori sobre a sucessão dos réus falecidos, tendo em vista haver notícia de que fora nomeada inventariante do espólio destes.

Após os esclarecimentos da autora (fl. 434), o procurador dos réus David Frigeri e Olimpia Dallagnol Frigeri informa que, além de aquela nomeação estar pendente de impugnação, Genoeffa não poderia atuar como representante do espólio dos falecidos, pois figuraria em ambos os pólos da ação (fls. 438 e 439).

O processo foi suspenso até decisão pelo Juízo de primeiro grau sobre a impugnação (despacho de fls. 442 e 443).

Também foi noticiado o falecimento do apelante João David Frigeri, vindo Claodemir Frigeri, na qualidade de inventariante, requerer sua habilitação no processo (fl. 447), pedido deferido pelo despacho de fl. 452.

Apesar da decisão do Juízo *a quo* pela manutenção de Genoeffa Frigeri Marchiori como inventariante do espólio de David Frigeri e Olimpia Dallagnol Frigeri, conforme ofício de fl. 462, foi reconhecida a incompatibilidade de ela atuar neste recurso, tendo sido nomeado curador

especial o Dr. Airton Luiz Zolet (despacho de fls. 470 e 472), que aceitou o encargo (fl. 476).

VOTO

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou improcedente ação de anulação de ato jurídico.

A pretensão versa sobre a nulidade dos atos de cessão/transferência de cotas sociais da empresa David Frigeri & Filhos Ltda. efetuados por David Frigeri aos demais réus – herdeiros – sem a concordância daqueles que figuram no pólo ativo.

A questão central da discussão está na averiguação da natureza jurídica do ato estampado na cláusula 3 da 6ª alteração contratual da empresa (fls. 37 e 38) – se doação ou compra e venda –, tendo em vista as diferentes conseqüências de cada uma na solução da lide.

O Magistrado *a quo*, entendendo tratar-se de ato de doação gratuita, a qual dispensa o consentimento de todos os herdeiros, e, ainda, por não ficar provado ter sido ela inoficiosa, julgou improcedente o pedido.

Afasta-se, desde logo, a nulidade da sentença pelo alegado julgamento *extra petita*, como requerem os recorrentes, pois os próprios, na inicial, postulam a nulidade dos atos jurídicos tanto se considerados compra e venda ou simplesmente doação (fl. 13), desta tendo havido explícita defesa pelos demandados (fl. 129).

Também não há falar em cerceamento de defesa, tendo em vista que, embora haja questões de fato a serem analisadas, a prova essencial, senão exclusiva, para o deslinde da demanda é a documental, que foi amplamente produzida.

O processo encontra-se perfeitamente em condições para julgamento, não havendo necessidade de outras provas para averiguação da almejada nulidade, tanto que os próprios apelantes, quando se manifestaram sobre a contestação, informaram da desnecessidade “em comprovar-se fatos que

levem à conclusão de excesso de quinhão, ou mesmo prova de simulação, valendo por si só o ato nulo praticado” (fl. 296).

Assim já foi decidido por esta Terceira Câmara de Direito Comercial:

“Incorre cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, se o Magistrado colheu dos autos elementos suficientes para formar o seu convencimento” (Ap. Cív. n. 2003.024380-1, de Xanxerê, rel. Des. Fernando Carioni).

Também de nosso Tribunal:

A antecipação do julgamento da causa não incide em cerceamento à defesa do demandado quando a matéria a ser dilucidada é essencialmente jurídica, com as conotações fáticas do litígio estando suficientemente demarcadas através documentos (Ap. Cív. n. 2003.026111-7, de Maravilha, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ou ainda:

“Dispensável a dilação probatória quando os documentos trazidos pelas partes são suficientes para formar a convicção do julgador” (Ap. Cív. n. 1999.010445-1, de Gaspar, rel. Des. Mazoni Ferreira).

Quanto ao mérito, não merece provimento o recurso.

Andou bem o Magistrado *a quo* ao entender, após confrontar os elementos probatórios, que a cessão/transferência de cotas prevista na cláusula 3 da 6ª alteração contratual – apontada pelos apelantes como nula – configurou doação gratuita, e, por não ficar comprovado ter sido esta inoficiosa, deu por válido o ato.

A alteração contratual em questão acha-se assim reduzida:

3 – Cessão de cotas e admissão de cotistas.

O cotista David Frigeri, qualificado no preâmbulo da sua participação no Capital Social da sociedade, já integralizado nos termos da cláusula anterior neste ato cede e transfere, pelo valor nominal, a Wilson Frigeri,

igualmente qualificado no preâmbulo, uma parte no valor nominal de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros); e a Dulci Frigeri, igualmente qualificada, outra parte no valor nominal de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros); dando plena, geral e raza quitação das cotas ora transferidas, ficando os cessionários com as suas cotas totalmente integralizadas na sociedade.

Sustentam os apelantes que tal ato configura-se compra e venda, conclusão que se pode extrair, conforme alegam, da peça contestatória e porque o preço da venda está descrito sob o título “valor nominal”.

O simples fato de os réus direcionarem sua defesa para a tese de compra e venda não significa que concordem que ela tenha havido, uma vez que, tendo os autores levantado ambas as hipóteses – doação e compra e venda –, cabia-lhes arrolar toda a matéria de defesa naquela oportunidade, sob pena de preclusão.

Com efeito, não há clareza na redação da cláusula 3 da referida alteração, a respeito de ser o ato doação ou compra e venda de cotas.

Mas, como salientado pelo Sentenciante, o conjunto probatório fornece elementos e circunstância que indicam ter sido aquele ato doação, e não compra e venda.

Observa-se que, desde a constituição da sociedade até a referida 6ª alteração, David Frigeri vinha sempre adquirindo, por compra e venda, cotas sociais.

As 1ª e 2ª alterações contratuais (fls. 31 e 32) não deixam dúvidas a respeito de ter havido alienação onerosa, pois expressamente assinalaram Silvestre Frigeri (1ª) e João David Frigeri (2ª) que, retirando-se da sociedade, receberam integralmente dos demais sócios o valor de suas cotas e lucros (cláusula I).

Também na 4ª alteração (fl. 34) há expressa menção de que Albino Frigeri vendeu parte de suas cotas a David Frigeri, recebendo o respectivo valor (cláusula II).

Da mesma forma, nas 8ª (fls. 43 a 45), 10ª (fls. 50 a 2) e 13ª (fls. 57 a 58) alterações contratuais, em que foram realizadas compra e venda, houve expressa declaração de que cedentes receberam o valor das cotas.

Frise-se que as 3ª e 5ª alterações tratam apenas de integralização do capital pelos sócios com o lucros do exercício anterior, nada interferindo em tal perquirição.

A partir da 6ª alteração (fl. 37 e 38), então, David Frigeri passou a realizar cessões e transferências de suas cotas a alguns de seus filhos, sendo que somente nesta não foi expressamente mencionado ser doação, como se vê pelas 7ª, 10ª e 11ª alterações (fls. 39 a 42, 50 a 52 e 53 a 54, respectivamente).

Neste ponto, é pertinente a observação do Magistrado, a qual se transcreve:

“E, ainda, pergunta-se, por que razão o Sr. David discriminaria seus filhos, efetuando a venda das quotas para alguns e para outros doação?” (fl. 324).

Ainda pela 6ª alteração, Albino Frigeri cede e transfere suas cotas a David Frigeri, havendo declaração expressa, do mesmo modo que nas 1ª, 2ª, 4ª, 8ª, 10ª e 13ª alterações, de que o alienante nada mais teria a receber pelo ato (cláusula 1).

Já na cláusula 3, 6ª alteração (fl. 38), em que houve a cessão e transferência de cotas de David Frigeri aos filhos Wilson e Dulci Frigeri, nenhuma menção de igual teor foi incluída.

A mencionada cláusula simplesmente não se refere a nenhum recebimento de valores pelo cedente, ou seja, nada indica ter havido compra e venda.

Não haveria motivo, desse modo, para que a cláusula 3 dessa alteração, que é questionada pelas partes, deixasse de conter os indicativos de

que o cedente teria recebido o valor das cotas cedidas, como em todos os outros casos de compra e venda.

O fato de estar expresso que a cessão/transferência foi feita pelo valor nominal de Cr\$ 300.000,00 revela o numerário de cotas, e não, pelo menos como redigido, que houve pagamento por esse valor.

Em que pese estar consignado ter sido dada “plena, geral e raza quitação das cotas” ali transferidas, de tal observação também não se pode concluir que houve recebimento de valores, visto que na 7ª (fls. 39 a 42), que se tratou expressamente de doação, fora também consignada a mesma menção.

Por oportuno, vale questionar, por exemplo, que, se o próprio Albino Frigeri, autor da ação, participou da referida 6ª alteração contratual e assinou-a, como sustentar que o ato não teve expressa concordância sua?

Outra questão que corrobora esse entendimento é que os próprios autores, na inicial, alegam que tal cessão/transferência fora precedida de promessa do cedente e cessionário de que as cotas seriam posteriormente devolvidas a David Frigeri para que fosse feita a correta divisão do patrimônio aos seus descendentes.

Ora, embora não haja nenhuma prova a respeito, vê-se que o fato amoldar-se-ia perfeitamente ao disposto no art. 1.174 do Código Civil de 1916, vigente à época, que diz:

“O doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário”.

Isso demonstra, portanto, que os autores tinham ciência do ato, e de que este vinha a ser doação.

Convém, novamente, transcrever trecho da sentença:

Não bastasse isso, outros elementos se extraem dos autos que levam à conclusão de que a sexta alteração contratual não configurou uma compra e venda e sim uma doação, pois observa-se pelos documen-

tos acostados aos autos que o Sr. David Frigeri e sua esposa Olimpia Dallagnol Frigeri em outros atos intencionaram a divisão de seus bens com os filhos ainda em vida, antecipando a herança aos seus descendentes.

[...]

Outras declarações foram firmadas pelos filhos do Sr. David Frigeri e da Sra. Olimpia, em que declararam ter recebido a parte que lhes cabia da herança (fl. 322).

Assim, diante de todo o conjunto probatório, revela-se caracterizado o ato como doação.

Nesse passo, resta analisar a insurgência dos apelantes quanto à validade formal do ato, sob enfoque nos arts. 135 e 235, IV, do Código Civil de 1916.

Rezam os respetivos artigos:

Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por 2 (duas) testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1.067), antes de transcrito no Registro Público.

Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

[...]

IV – fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns (art. 178, § 9º, I, *b*).

Os recorrentes sustentam que, mesmo sendo considerado o ato como doação – como o foi –, este não seria válido, pois, conforme os dispositivos acima referidos, deveria ser precedido de expresse consentimento do cônjuge de David Frigeri, além da necessidade de o instrumento particular ser levado a registro público.

No entanto, observando a peça inicial, vê-se que tais fundamentos em nenhum momento foram suscitados pelos autores/apelantes, uma vez que o pedido de nulidade do ato, tanto sendo compra e venda ou

doação, seria em razão tão-somente da ausência de consentimento de todos os herdeiros.

Ou seja, em seu recurso, os recorrentes trazem nova causa de pedir para invalidar o ato: a ausência de requisitos formais.

Segundo a lição de Vicente Greco Filho:

A causa da ação é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda. É o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou a relação jurídica da qual aquele direito deriva, com todas as circunstâncias e indicações que sejam necessárias para individuar exatamente a ação que está sendo proposta e que variam segundo as diversas categorias de direitos e de ações (*Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 90 e 91. v. 1).

E o Código de Processo Civil é claro:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Consoante esse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

“Apelação. Efeito devolutivo. Questão não suscitada. A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação” (REsp. n. 29.873-1-PR, relator Min. Nilson Naves).

E desta Terceira Câmara de Direito Comercial:

De regra, é a petição inicial quem fixa o objeto e os limites do litígio, sendo defeso ao postulante, após a citação da parte adversa, modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu, assim como proscrito ao demandado, segundo o princípio da eventualidade, aduzir qualquer matéria de defesa ulterior à apresentação da contestação, porquanto precluso seu direito de suscitar em instância seguinte aquilo que não o fez oportunamente. Logo, cabe ao Órgão revisor decidir segundo o balizamento cognitivo exposto na exordial e resposta, sob pena de o exame da inovação trazida pelo recorrente incorrer em julgamento

extra petita (art. 2º; art. 128; art. 264, § único; art. 300 e art. 460, todos do CPC) (Ap. Cív. n. 1998.013387-4, da Capital, rel. designado Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

É vedado à parte inovar os pedidos em sede de apelação, porquanto a análise recursal restringe-se às questões discutidas ou aventadas na instância de primeiro grau, mesmo àquelas não decididas (Ap. Cív. n. 1998.007884-9, de São José, rel. Des. Fernando Carioni).

No mesmo sentido, ainda de nosso Tribunal:

“Na apelação não é autorizada mudança da matéria discutida e decidida em primeiro grau, ainda mais com alegação de novo fundamento aditivo à própria inicial” (Ap. Cív. n. 1999.008955-0, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“É defeso ao recorrente inovar, impugnando em seu recurso, aquilo que não submeteu ao Juízo de primeiro grau” (Ap. Cív. n. 2003.015446-9, de Timbó, rel. Des. Volnei Carlin).

“É defeso ao juiz prolatar sentença com base em fundamento jurídico não invocado pelo autor, pois, neste caso, decide causa diferente da que foi posta em juízo” (ACMS n. 2002.008583-4, de Joinville, rel. Juiz Newton Janke).

Há que frisar que não são matérias de ordem pública, pois a análise da ausência de ambos os requisitos depende de iniciativa da parte, uma vez que possível a doação ser realizada por instrumento particular, conforme expressa permissão prevista no art. 1.168 do Código Civil de 1916, bem como a posterior ratificação da ausência de consentimento no ato pelo cônjuge.

Em caso semelhante, mas que também se encontra no rol do art. 235 (inc. III) do Código Civil de 1916, tem-se:

“A fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é anulável, porém o vício não pode ser proclamado de ofício, nem demandado pelo fiador e sim pela mulher ou seus herdeiros” (Ap. Cív. n. 1999.019307-1, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Ou, ainda:

“A fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é anulável. Alegado o vício pela mulher, seja em embargos ou em outra ação, só resta ao Tribunal declarar a nulidade” (Ap. Cív. n. 44.187, de Blumenau, rel. Des. Amaral e Silva).

Assim, não há dúvida de que seria vedado a este órgão analisar tais fundamentos, sob pena de estar fugindo aos limites propostos pelos autores na exordial, configurando, aí sim, julgamento *extra petita*.

Isso porque, como dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

E a lição de Luiz Rodrigues Wambier é precisa:

Claro que a limitação da sentença também diz respeito indiretamente à causa de pedir, pois, ao analisar o pedido, necessariamente deverá o julgador ter em vista os fatos e os fundamentos que lhe dão sustentáculo. Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica. Assim, também é vedado ao juiz proferir sentença fundada em outra causa de pedir que não a constante da petição inicial (*Curso avançado de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 306. v. 1).

DECISÃO

Por todo o exposto, conhece-se parcialmente do recurso, mas se lhe nega provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzzi e Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 6 de julho de 2006.

Alcides Aguiar
PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi

Cuida-se de ação anulatória movida por Genoefa Frigeri e outros contra Wilson Frigeri e outros, almejando a desconstituição de transferência de cotas da sociedade empresária David Frigeri & Filhos Ltda., realizada pelo então sócio majoritário David Frigeri, em favor de seus dois filhos Wilson e Dulci Frigeri.

Os acionantes sustentam a irregularidade da transação, porquanto se configura compra e venda, nula de pleno de direito, uma vez que não houve a anuência dos demais herdeiros quanto à operação de transferência das cotas.

A sentença, contudo, julgou improcedente o pedido, assentando o Magistrado *a quo* que as cotas foram cedidas por doação, não se tratando, pois, de negócio oneroso, dispensada, assim, a concordância dos demais herdeiros em potencial, importando o ato somente em adiantamento da legítima dos beneficiados.

O eminente relator, Des. Alcides Aguiar, votou no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelos demandantes, asseverando que, pelo contexto dos autos, o ato jurídico inquinado de nulo cuidou-se de ato gratuito, mantendo, dessa forma, a improcedência do pedido.

Voto

Acompanho o relator, desprovendo o recurso interposto pelos demandantes.

Toda a celeuma instaurada nos autos consiste em definir se a operação de transferência de cotas, ocorrida na sexta alteração do contrato social da empresa David Frigeri & Filhos Ltda., tratou-se de compra e venda ou de doação.

Os termos da cláusula sob discussão estão assim lavrados (fl. 38):

O cotista David Frigeri, qualificado no preâmbulo da sua participação no Capital Social da sociedade, já integralizado nos termos da cláusula anterior, neste ato cede e transfere, pelo valor nominal, a Wilson Frigeri, igualmente qualificado no preâmbulo, uma parte no valor nominal de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros); e a Dulci Frigeri, igualmente qualificada, outra parte no valor nominal de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros), dando plena, geral e raza quitação das cotas ora transferidas, ficando os cessionários com as suas cotas totalmente integralizadas na sociedade.

Na espécie, da simples leitura do texto pertinente à cessão de cotas, não é possível definir com certeza se o ato jurídico se referia a um negócio oneroso ou gratuito.

Todavia, enfrentando os termos utilizados, bem como o contexto das operações posteriormente realizadas no contrato social da pessoa jurídica, pode-se afirmar que, de fato, a operação ali versada consistiu em uma doação, porquanto na operação societária subsequente (7ª) o progenitor promoveu a transferência de mais cotas, agora em favor de seus demais filhos, praticamente nos mesmos termos da operação censurada, acrescentando, apenas, a expressão “*cede e transfere* parte de sua participação na sociedade, *em doação*, aos cotistas [...]” (fl. 41).

Poder-se-ia cogitar que não é viável presumir gratuito o primeiro ato de transferência porque em nenhum momento houve expressa indicação de que se cuidava efetivamente de uma cessão gratuita, mormente tendo em vista que, na alteração subsequente, ocorreram novas transferências, consignando-se expressamente que tal se dava por mera liberalidade.

O argumento, contudo, não pode ser acolhido, pois, se na sétima alteração foi textualmente indicada a doação, em diversas outras modificações do contrato social também se deixou verbalmente certificada a ocorrência de compra e venda, restando bastante claro que, em verdade, a sexta alteração, objeto da discussão, retratou efetivamente um contrato de doação, haja vista o manifesto intuito do progenitor em ceder gratuitamente cotas da empresa aos seus filhos, tal como ocorreu, posteriormente, na sétima alteração societária.

Demais, a despeito da deficiência de redação do ato inquinado de nulo, que não especifica cuidar-se seja de doação ou de uma compra e venda, cabe recordar a disposição contida no art. 85 do CC/1916, reproduzida no art. 122 do CC/2002, segundo a qual: “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

Assim, no contexto dos autos, pode-se concluir que o negócio jurídico hostilizado tratou-se, sim, de uma doação, sendo prescindível, portanto, para sua efetivação, a anuência dos demais herdeiros em potencial, razão pela qual não merece censura a bem-lançada sentença de primeiro grau.

Por essas razões, acompanhei o relator, negando provimento ao recurso.

Florianópolis, 5 de outubro de 2006.

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2005.023125-3, de Criciúma

Relator designado: Des. Cesar Abreu

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO MUNICIPAL. TIPOLOGIA DO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 NÃO CARACTERIZADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2005.023125-3, da comarca de Criciúma, em que é embargante Paulo Roberto Meller e embargado o município de Criciúma:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por unanimidade, afastar a pretensão de suspensão do processo por inocorrência de prejudicialidade externa e, por maioria de votos, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento para julgar improcedente a ação. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos Infringentes opostos por Paulo Roberto Meller contra o acórdão proferido em sede de Apelação Cível n. 2003.008241-7, em que é embargado o município de Criciúma, para fazer prevalecer o voto vencido, nos limites da divergência, observada a regra do art. 530, segunda parte, na redação da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, vale dizer, para afastar as penalidades complementares ao ressarcimento dos danos (art. 12, II, da Lei de Improbidade), a par de ter, por ocasião do julgamento do recurso de sentença condenatória a esse ressarcimento, proferida em ação civil pública por improbidade administrativa, entendido inocentá-lo por completo pelo benefício da dúvida.

Contra-arrazoados os embargos e apresentado pelo embargante pedido de suspensão do feito para aguardar julgamento da Reclamação n. 2.138-6/DF, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, por prejudicialidade externa, sobreveio manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Hercília Regina Lemke, pelo desprovimento dos embargos.

VOTO

Afastada a pretensão de suspensão da causa e conhecido o recurso, dá-se-lhe provimento para julgar improcedente a ação civil pública manejada pelo Município, ao argumento da prática, pelo então alcaide, de ato de improbidade administrativa.

É que a reclamação, no caso a aforada perante o Supremo Tribunal Federal, de n. 2.138-6/DF, não operando efeito geral vinculante mas exclusivamente *inter partes*, não atrela o juízo da ação de improbidade nem gera em relação a esta continência ou conexão capaz de sugerir a prejudicialidade suscitada. Aliás, não se justifica a paralisação da ação civil por ato de improbidade, na medida em que gozam as leis da presunção de legalidade (REsp. n. 704.996/RS e Embargos de Divergência n. 681.174/RS, j. em 26-4-2006).

Quanto ao conhecimento do recurso, é preciso registrar uma particularidade que indica ser esta a melhor solução, pelo menos a que faz justiça ao caso concreto.

No primeiro grau de jurisdição, o ilustre Togado julgou procedente em parte o pedido do Município e condenou o embargante Paulo Roberto Meller, ex-Prefeito, por infração ao art. 10 da Lei n. 8.429, de 2-6-92, ao ressarcimento dos danos aos cofres públicos, primeira das sanções do art. 12, II, do mesmo diploma; julgou improcedente a ação em relação ao corréu Francisco Pescador, à época Tesoureiro da Municipalidade.

Irresignados, apelaram Paulo Roberto Meller e o Município, o primeiro objetivando a absolvição, vale dizer, a improcedência da ação,

e o segundo que a condenação fosse acrescida das sanções de suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o poder público e multa civil.

O acórdão, ora impugnado, agregou à condenação, pelo voto da maioria, essas outras sanções, enquanto a divergência posicionava-se pela absolvição, baseada na dúvida.

Ora, não há dúvida que houve reforma, embora parcial, da sentença, o que por si só leva ao conhecimento dos embargos.

O art. 530, segunda parte, do CPC, consigna que, “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Em princípio, portanto, estaria *sub examen*, com exclusividade, a penalidade acrescida, o que já justifica o conhecimento dos embargos.

Mas não é só. Examinada a prova e caracterizada a situação de perplexidade, ou seja, ao se adentrar no exame dos elementos de convicção vier a certeza ou mesmo a dúvida quanto à existência do dolo, da culpa ou mesmo de qualquer ato de improbidade, não é possível admitir, num julgamento colegiado amplo, no Grupo de Câmaras Isoladas, a prática de arremedo de justiça, retirando-se o excesso, porém mantendo intocada a outra parte da pena também sabidamente injusta.

Pois bem, conhecido o recurso, cumpre que se prossiga no enfrentamento da prova para delinear a solução de mérito.

O ex-Prefeito de Criciúma Paulo Roberto Meller foi acusado e condenado por ato de improbidade administrativa pelo fato de ter supostamente entregue em favor de terceiro, endossado em branco, um cheque encaminhado pela Celesc à Prefeitura, no valor de R\$ 60.000,00, originário de conta por aquela empresa administrada de valores provenientes da Cota de Participação Comunitária (CIP).

Colhe-se da prova, entretanto, que referido cheque chegou às mãos do alcaide, e que este, concluindo pelo equívoco da solicitação do valor, determinou ao Tesoureiro que o restituísse à Celesc.

Consta que o cheque foi devolvido por intermédio de preposto da Celesc, o mesmo que havia levado o título à Prefeitura, e encerrou-se aí o conhecimento do alcaide quanto aos desdobramentos subseqüentes.

E mais, emerge da prova que referido preposto, Sr. Luiz Carlos da Conceição, recebeu o cheque acompanhado do beneficiário do título, Sr. Severino Buss, ex-empregado da Luminar e prestador indireto de serviços à Celesc, e esteve na agência bancária (Besc), instalada nas dependências da própria Celesc, depositando parte do valor e retirando outro tanto em moeda corrente.

Ora, desse relato surge a versão mais verossímil de que o ato do então Prefeito se traduziu em mera irregularidade, qual seja, a devolução de um cheque ao emitente com a aposição de endosso. Não há prova nem juízo de suspeita de que tenha ele conhecimento dos desdobramentos que se seguiram.

Senão vejamos:

Paulo Roberto Meller (fls. 254 e 255):

[...] Havia, realmente, um pedido feito pela Prefeitura para que a Celesc fizesse um adiantamento a título de verbas da TIP [...] Entretanto, internamente, constatou-se que a operação não poderia ser contabilizada. De tal maneira, providenciou-se a restituição do título. Tomou conhecimento que a Celesc, de posse do cheque, resolveu utilizá-lo para pagamento dos serviços prestados por Severino Buss. O cheque foi descontado no próprio posto do Besc na Celesc. Uma parte foi para a conta de tal pessoa, outra foi sacada em dinheiro para que Severino pagasse funcionários. O depoente, para se inteirar desses fatos, conversou com Luiz Carlos da Conceição e também com Severino. Não conhecia Severino. Tomou conhecimento que realiza ele empreitadas para a Luminar, que presta serviços para a Celesc. [...] O depoente não pode confirmar se a assinatura existente no verso do cheque, cuja cópia está no processo, veio do seu punho. [...] Os cheques da Prefeitura, quando eram endossados, tinham sempre as assinaturas do Prefeito e

do Secretário de Finanças, visto que se trata de conta solidária. [...] O depoente esclarece que não recebeu Severino e Luiz Carlos da Conceição no seu gabinete, diversamente do que consta no depoimento de fl. 203, tanto que Severino relatou perante a Câmara de Vereadores que foi direto à Celesc para tratar do pagamento. Inclusive aponta no depoimento de fl. 205 os trechos do depoimento de Severino.

Francisco Pescador (fl. 256):

[...] o depoente foi Tesoureiro do Município de Criciúma por oito anos. [...] Recorda que o Município recebeu um cheque de 60.000 reais vindo da Celesc. Tal aconteceu em um dia e já na data seguinte foi solicitado a devolução. Recebeu tal comunicação do Prefeito Paulo Meller. Naquela mesma data Luiz Carlos da Conceição foi até a Prefeitura para obter de volta o cheque. Todas essas movimentações eram arquivadas mediante recibo. [...] Foi-lhe esclarecido que o cheque seria devolvido pela impossibilidade técnica de seu ingresso nos cofres municipais. [...] entregou pessoalmente o cheque para Luiz Carlos da Conceição. Não recorda se havia endosso ou não. Os cheques emitidos pela Prefeitura reclamavam as assinaturas do Prefeito e do Secretário de Finanças, o que entende também se estender para os casos de endosso. [...] também houve recibo na entrega do cheque para a Prefeitura. [...] O cheque foi devolvido na tesouraria da Prefeitura.[...].

Priscila Joseli Barzan (fl. 261):

[...] a depoente trabalhava na tesouraria da Prefeitura. [...] Lembra que o tal cheque foi guardado, logo após recebido, no cofre da Prefeitura. Em um outro dia, Francisco pediu para que a depoente digitasse um comprovante de devolução do cheque para a Celesc. Não acompanhou a entrega do título. Viu Luiz Carlos da Conceição na tesouraria conversando com Chico. Não viu o cheque sendo entregue para tal pessoa. [...].

Severino Buss (fls. 265 e 266):

[...] Prestou serviços para a Celesc quanto à iluminação pública. [...] Fez vários serviços para a Celesc sempre em rede de distribuição, também envolvendo iluminação pública. [...] Em razão desses serviços que prestou diretamente para a Celesc, ficou com um crédito e tentou por diversas vezes cobrá-lo.[...] Conhecia o ex-Prefeito Paulo Meller apenas como figura pública, mas não pessoalmente. Numa dessas tentativas de cobrança, telefonou para Luiz Carlos da Conceição, que era Chefe de Construção da Celesc, o qual disse que havia um cheque para o seu pagamento. [...] Foi com Luiz Carlos até o posto bancário. Não havia

60.000 reais para serem entregues. Foi sacada uma parte em dinheiro e outra foi transferida para a conta corrente pessoal do depoente. Tal conta também era no Besc. Não pegou o cheque nas mãos. Não viu se estava nominal. “Sabia que o cheque tinha que ser da Prefeitura”. [...] Foi uma vez na Prefeitura com Luiz Carlos da Conceição, mas foram atendidos apenas por uma moça. O total do seu crédito para a Celesc era exatamente de 60.000 reais. Nada tem mais a receber daquela empresa. Acredita que tenha assinado um recibo. [...] conversou com o ex-Prefeito, mais recentemente, em Tubarão. Antes, recebera um telefonema, pois o ex-Prefeito estava de passagem por Tubarão. [...] Nunca teve reunião com o ex-Prefeito para tratar de iluminação pública. [...] “Luiz Carlos não recebeu nenhuma parte dos tais 60.000 reais” [...].

Para corroborar as afirmações de Severino Buss, tem-se, ainda:

- a) o depósito bancário de parte do cheque (fls. 285 e 286);
- b) os seguintes depoimentos, em complemento:

Célio Bolan (fl. 259):

[...] Foi assinado um cheque de 60.000 reais pelo depoente e por Luiz Carlos da Conceição. Os cheques deveriam sempre ser assinados por dois procuradores. O título foi enviado à Prefeitura. [...] Não sabe se Severino Buss o recebeu. Conhecia tal pessoa pois ele prestava serviços para a Luminar, a qual era contratada da Celesc. [...] Nada sabe sobre o comparecimento de Luiz Carlos da Conceição na Prefeitura para tratar de tais assuntos. [...] “o cheque foi emitido nominalmente à Prefeitura. O Município tinha um saldo de 63.000 reais na conta da TIP. Por tal conta foi feito o repasse. Cabia à Prefeitura fazer a solicitação de serviços de iluminação pública, que eram contratados e pagos pela Celesc com base em tais recursos. [...]”.

Zulnei Casagrande (fl. 260):

[...] o depoente é Gerente Regional da Celesc de maio de 1999. A Celesc arrecada o dinheiro da TIP e administra uma conta vinculada. Usualmente as prefeituras solicitam determinadas obras, as quais são realizadas pela Celesc com mão-de-obra própria ou terceirizada, ocorrendo os pagamentos por conta do saldo daquela conta. É possível também repassar o dinheiro para a municipalidade. Apenas o município de Sombrio vem assim fazendo. Não conhece Severino Buss. É funcionário da Celesc desde 1988. [...]

O depoimento que parece castigar ou incriminar o embargante é exatamente o de Luiz Carlos da Conceição, então preposto da Celesc, que não se sustenta diante do depoimento de Severino Buss nem de Francisco Pescador, senão vejamos:

Luiz Carlos Conceição:

[...] Era filiado ao PMDB, atualmente estando vinculado ao PFL. Foi mais recentemente candidato a Vereador pelo PFL, mas desistiu da candidatura. [...] Severino sub-empregava para a empresa Luminar, esta a contratada da Celesc. Severino não tinha contrato com a Celesc. Reuniu-se no gabinete do Prefeito com Paulo Meller e Severino. [...] Ficou acertado que o pagamento do cheque que fora encaminhado pela Prefeitura seria feito para Severino, por conta de serviços já realizados. Acha que tais serviços diziam respeito à iluminação pública. O cheque foi dado para Severino, que o descontou por conta própria. Não recorda se o acompanhou até a empresa. [...] Não houve desavenças quando da sua saída do PMDB, tanto que seu irmão era presidente municipal da agremiação. Não tinha amizade com Severino. Ele fazia muitos trabalhos para a Luminar, por meio dos contratos que esta tinha com a Celesc. Não recorda de ter sido dado algum recibo quando da entrega do cheque para Severino ou do seu endosso. [...]. Sabe que o desconto foi feito no posto do Besc na Celesc. [...]. Não recebeu o cheque para devolvê-lo à Celesc. [...] que, Severino Buss, tinha uma empreiteira que prestava serviços à Celesc e outras empresas em geral [...] (fls. 257 e 258).

Aliás, quando depôs perante uma Comissão de Inquérito, Luiz Carlos da Conceição foi contraditório (fl. 203):

“[...] *que Severino Buss tinha uma empreiteira que prestava serviço à Celesc e outras [...]*”(grifo nosso).

É no mínimo de se estranhar, também, não só a sindicância realizada pela Celesc que busca apenas a própria isenção de responsabilidade (fl. 76), não apurando detalhadamente os fatos, com ouvidas de seus prepostos, bem assim a alegação nua e crua de que, “analisando nossos registros, constatamos que não existe contrato de prestação de serviços com Severino Buss na nossa Agência Regional de Criciúma, conforme cadastro de fornecedores que estamos encaminhando” (fl.148), o que demonstra a má vontade em investigar ou de checar com

seus funcionários, que dizem, abertamente, que Severino Buss prestava serviços à Celesc por intermédio da Luminar.

Ora, não há enquadrar o embargante na figura do art. 10 ou em qualquer outra da Lei de Improbidade Administrativa.

Não pode ser ele responsável pela utilização indevida, a sua revelia, do cheque da Celesc. O endosso, se a assinatura confere, foi feito em devolução à Celesc e não a Severino Buss ou a qualquer outro. Se assim é, e está demonstrado, pois o cheque foi entregue nas mãos de Luiz Carlos da Conceição, quem fez a tradição foi a Celesc, por seu preposto.

Aliás, aparecendo o beneficiário que não nega o recebimento e bem esclarece a forma como o numerário veio às suas mãos, não há insistir em envolver o ex-Prefeito quanto aos fatos que lhe são completamente estranhos.

Se a conta TIP foi desfalcada, cumpre à Prefeitura resolver com a Celesc e esta com o beneficiário, que se diz credor dos R\$ 60.000,00 recebidos, que decorreriam de serviços prestados a esta última. O dinheiro está em mãos conhecidas, não sendo fruto de desvios ou devaneio da administração municipal de então, o que justifica a improcedência da ação, invertidos os ônus da sucumbência, fixados os honorários em R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

DECISÃO

Diante do exposto, afasta-se o pedido de suspensão da ação, conhece-se dos embargos e dá-se-lhes provimento para julgar improcedente a ação.

Presidiu o julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Sérgio Roberto Baasch Luz, Rui Fortes e Cid Goulart, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Jaime Ramos (em substituição). Designado para o acórdão

o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE, PARA O ACÓRDÃO

Cesar Abreu
RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues

A certidão de fl. 681 dos autos registra que fiquei vencido no julgamento do recurso suso referido.

Nada tenho a declarar, porque de acordo com o disposto no parágrafo 2º do artigo 151 do Regimento Interno do nosso Pretório, os desembargadores só são obrigados a justificar os sufrágios minoritários proferidos em julgamentos que possam ensejar a interposição de embargos infringentes, e isto só ocorre na apreciação de apelações e ações rescisórias.

Orli Rodrigues

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin

A presente lide se limita ao recurso de embargos infringentes aforado pelo ex-Alcaide do município de Criciúma, que busca a reforma do acórdão proferido em apelação cível às fls. 438 a 451, o qual, por maioria,

confirmou a sentença de procedência parcial do pedido com relação a Paulo R. Meller, concedendo provimento ao recurso do Município, e o condenou também na suspensão de direitos políticos.

Inicialmente, cabe frisar que o recurso ora interposto, além de se limitar à divergência, o que significaria restrição efetuada pelo voto vencido, restringe-se à parte que reformou a sentença *a quo*.

Acerca do assunto, leciona Alexandre Freitas Câmara:

Limitam-se, pois, os embargos infringentes pelo que tenha sido objeto da divergência. Assim, por exemplo, numa apelação em que, por maioria, se tenha reformado a sentença de mérito para o fim de condenar o demandado a pagar ao demandante uma quantia determinada, vencido um dos integrantes da Câmara julgadora, que votava no sentido de se “confirmar” a sentença de mérito, declarando a inexistência da obrigação, será possível a interposição de embargos infringentes com o fim de se obter a reforma do acórdão, passando a prevalecer o voto vencido, declarando-se assim a inexistência da dívida. *Se, por outro lado, o voto vencido tivesse sido no sentido de também reformar a sentença de mérito, mas para condenar o demandado a pagar ao demandante um valor diferente daquele declarado nos votos vencedores, os embargos infringentes, também aqui limitados pelo voto vencido, somente permitiriam a reforma da decisão para que – ainda uma vez buscando prevalecer o voto vencido – fosse modificado o valor da condenação para que prevalecesse aquele declarado no voto minoritário.* Não seria possível, nessa última hipótese, em sede de embargos infringentes, declarar a inexistência da dívida, restaurando-se a sentença de primeiro grau, já que teria havido unanimidade quanto ao ponto no julgamento de apelação (*Lições de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Jures*, 2005. p. 112).

In casu, a sentença foi confirmada por maioria, e foi modificada, tão-somente, para agravar a sanção imposta ao ex-Prefeito municipal. Nesse sentido, não havia possibilidade de se conceder o efeito infringente para afastar a condenação, uma vez que o apelo não havia reformado a sentença e sim confirmado.

Pelas razões expostas, fiquei vencido na preliminar, pois votei no sentido de conhecer parcialmente o recurso, limitando-se o voto à parte

que modificou o *decisum a quo*, ou seja, na parte que agravou a sanção imposta ao embargante.

Ultrapassada a questão inicial, passa-se à análise dos enquadramentos legais previstos na Lei de Improbidade Administrativa, bem como dos documentos carreados e das condutas praticadas pelo réu apelante.

Depreende-se dos autos que a Prefeitura Municipal de Criciúma, na gestão do prefeito Paulo Roberto Meller, entre 1996 e 2000, solicitou o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) às Centrais Elétricas de Santa Catarina – Celesc, referente ao saldo da cota de participação comunitária – TIP, mediante Ofício n. 286/98 (fl. 98), e que o cheque foi recebido por Francisco Pescador, tesoureiro da Administração Municipal, em 27-10-1998 (fl. 78).

O dilema se traduz na destinação dada à citada verba pública. São várias as versões apresentadas, dentre elas que o referido título de crédito foi devolvido ao sacador e a outra que o cheque foi utilizado para pagar Severino Buss por supostos serviços de iluminação por ele prestados ao Município. Veja-se:

Paulo Roberto Meller alega que:

[...] foi encaminhado um cheque para a prefeitura. Entretanto, internamente, constatou-se que a operação não poderia ser contabilizada. De tal maneira, *providenciou-se a restituição do título. Tomou conhecimento que a Celesc, de poder do cheque, resolveu utilizá-lo para o pagamento dos serviços prestados por Severino Buss [...]*, como a Prefeitura não podia receber o dinheiro, conforme foi depois apurado, a própria Celesc realizou as obras projetadas e acabou fazendo o pagamento para o empreiteiro (fls. 254 e 255).

Vejamos os outros depoimentos prestados nos autos:

Francisco Pescador:

[...] foi tesoureiro do Município de Criciúma [...] recorda *que o Município recebeu um cheque de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) vindo da Celesc. Tal aconteceu em um dia e já na data seguinte foi solicitado a devolução [...] naquela mesma data Luiz Carlos da Conceição foi até a Prefeitura para obter de volta o cheque. Todas essas movimentações eram arquivadas mediante recibo [...]*

entregou pessoalmente o cheque para Luiz Carlos da Conceição. Não recorda se tinha endosso ou não [...] (fl. 256).

Luiz Carlos da Conceição:

[...] trabalhou muito tempo na Celesc [...] Severino sub-empregava para a empresa Luminar, esta a contrata da Celesc. Severino não tinha contrato com a Celesc [...] ficou acertado que o pagamento do cheque que fora encaminhado pela Prefeitura seria feito para Severino, por conta de serviços já realizados [...] o cheque foi dado para Severino que descontou por conta própria [...] não se recorda de ter sido dado algum recibo quando da entrega do cheque para Severino ou do seu endosso [...] o cheque foi assinado pelo depoente e por Célio Bolan [...] não recebeu o cheque para devolvê-lo à Celesc [...] (fls. 257 e 258).

Célio Bolan:

“[...] foi gerente regional da Celesc [...] foi assinado um cheque de 60.000 reais pelo depoente e por Luiz Carlos da Conceição [...] o título foi enviado à Prefeitura. Não retornou para a Celesc [...]” (fl. 259).

Zulnei Casagrande:

“[...] é gerente regional da Celesc [...] não conhece Severino Buss. É funcionário da Celesc desde 1988 [...]” (fl. 260).

Priscila Joseli Barzan:

a depoente trabalhava na tesouraria da prefeitura. Era subordinada de Francisco Pescador. *Lembra que o tal cheque foi guardado, logo após recebido, no cofre da Prefeitura.* Em um outro dia, Francisco pediu para que a depoente digitasse um comprovante de devolução do cheque para a Celesc. *Não acompanhou a entrega do título [...] não viu o cheque sendo entregue para tal pessoa. Não sabe porque o cheque seria devolvido [...]* (fl. 261).

Severino Buss:

[...] prestou serviços para a Celesc quanto à iluminação pública. Tinha uma pequena empresa SBM Montagens Elétricas Ltda. [...] *não participou da licitação. Em razão desses serviços que prestou diretamente para a Celesc, ficou com um crédito e tentou por diversas vezes cobrá-lo [...]* numa dessas tentativas de cobrança, telefonou para Luiz Carlos da Conceição, que era chefe de construção da Celesc, o qual disse que havia um cheque para o seu pagamento. O depoente alertou que precisava de dinheiro vivo para

fazer o pagamento de seus operários [...] não havia 60.000 reais para serem entregues. *Foi sacado uma parte em dinheiro e outra transferida para a conta corrente pessoal do depoente [...]* o total de seu crédito era exatamente de 60.000 reais [...] acredita que tenha assinado um recibo [...] (fls. 265 e 266).

Os fatos a serem analisados referem-se à suposta devolução do cheque para a Celesc e à efetividade da prestação do serviço por Severino Buss.

Não ficou evidenciado nos autos o recebimento do cheque pela Celesc, muito pelo contrário, o que se percebe é que este foi endossado pelo Prefeito para que pudesse circular.

Ora, qual seria a razão de endossar um cheque que seria devolvido à Celesc?

Embora o tesoureiro do Município, Francisco Pescador, sustente ter feito a devolução mediante recibo a Luiz Carlos da Conceição (fl. 256), nada consta nos autos. Ademais, o material probatório colhido durante a instrução não demonstra o recebimento do título de crédito pela Celesc.

Compulsando os autos, verifica-se, também, que não se encontra nenhum documento que demonstre que Severino Buss tenha prestado serviço à Prefeitura e, então, fizesse jus ao suposto pagamento.

Ainda, não existem nas peças que compõem este processo um contrato ou uma nota fiscal de prestação dos serviços que correlacionem o valor pago com os serviços supostamente desenvolvidos pela empresa de Severino em favor da Municipalidade, o que por si só já constitui ato de improbidade administrativa.

Ademais, caso Severino possuísse um crédito com a Celesc por serviços prestados, deveria esta proceder ao pagamento da importância e não a Municipalidade. Destaca-se, até mesmo, que Severino nem era cadastrado na Celesc como prestador de serviço (fls. 148 a 184).

Logo, é possível reconhecer a prática atentatória à probidade administrativa prevista no art. 10 da Lei, notadamente pelo fato desse dispositivo relacionar-se com atos de improbidade administrativa que acarretem perdas patrimoniais ao Ente Público.

Assim, apesar das alegações de ter sido paga a quantia devida à empresa pelos serviços hipoteticamente prestados, resultou caracterizada a lesão ao patrimônio público, uma vez que não foi demonstrada a destinação dada ao dinheiro, sendo imprescindível o ressarcimento.

No entanto, quanto à sanção de perda dos direitos políticos, apesar de ter votado em sentido diverso anteriormente, posicionei-me pela desproporcionalidade da medida repressiva, em virtude da peculiaridade dos acontecimentos, já que não foi provado que o dinheiro reverteu em seu proveito.

Por essas razões, divergi da douta maioria e fiquei vencido, pois votei no sentido de conhecer parcialmente o recurso e dar-lhe provimento parcial para excluir a perda de direitos políticos.

Volnei Carlin

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos

Ousei discordar da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos membros deste Grupo de Câmaras, pelas mesmas razões expandidas na fundamentação do voto vencido proferido pelo eminente Des. Volnei Carlin (fls. 694 a 699).

Com o máximo respeito!

Jaime Ramos

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2002.021083-3, da Capital

Relator: Des. Cesar Abreu

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB O REGIME CELETISTA, EM CONDIÇÕES INSALUBRES. ACRÉSCIMO DE VINTE POR CENTO PARA EFEITO DE APOSENTADORIA. DIREITO ADQUIRIDO. CERTIDÃO DO INSS. INEXIGÊNCIA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

“A alteração do regime de trabalho, de celetista para estatutário, em razão da instituição do regime jurídico único, não retira os direitos já alcançados e consolidados ao patrimônio jurídico do servidor que laborou em condições perigosas, penosas e insalubres, segundo os ditames da legislação vigente quando da prestação do serviço. Portanto, possui o direito de ser averbado, para fins de aposentadoria, o período em que trabalhou na atividade insalubre, com o acréscimo previsto na norma previdenciária” (ACMS n. 2006.018608-5).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2002.021083-3, da comarca da Capital, em que é impetrante Claudete Olindina Garcia e impetrados o Secretário de Estado da Saúde de Santa Catarina e outro:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, conceder a segurança. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Claudete Olindina Garcia, servidora pública aposentada, contra o Secretário de Estado da Saúde e o Gerente de Recursos Humanos da Secretaria de Estado da

Saúde de Santa Catarina pretendendo, em síntese, a averbação na sua ficha funcional do tempo de serviço prestado em situação nociva à saúde ou à integridade física, com o adicional de 20%, referente ao período em que exerceu a função de enfermeira na extinta Fundação Hospitalar de Santa Catarina.

A liminar foi negada.

Prestadas as informações, a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do parecer do Dr. Narcísio G. Rodrigues, opinou pela concessão da segurança.

VOTO

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por Claudete Olindina Garcia, servidora pública aposentada da Secretaria de Estado da Saúde, objetivando que lhe seja reconhecido o direito de contagem especial do tempo de serviço prestado em atividades insalubres na extinta Fundação Hospitalar de Santa Catarina, com acréscimo de 20% (vinte por cento), relativamente ao período em que laborou como celetista (13-9-1972 a 31-10-1989).

A matéria não é nova nesta Corte.

O saudoso Des. Nicanor da Silveira, nos autos da Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.018608-5, da Capital, em situação que guarda estreita similitude com a que se apresenta, assinalou:

Objetiva a apelante [...] a contagem especial do tempo de serviço prestado em atividades insalubres junto à Fundação Hospitalar de Santa Catarina, com acréscimo de 20% (vinte por cento), relativamente ao período em que laborou como celetista, em face da ausência de certidão do INSS, comprovando o tempo de serviço prestado sob o regime especial.

Com efeito, a alteração do regime de trabalho, de celetista para estatutário, em razão da instituição do regime jurídico único, não retira os direitos já alcançados e consolidados ao patrimônio jurídico do servidor. Ademais, tal modificação ocorreu por força de

lei. Na sistemática do regime estatutário há previsão de pagamento de adicional e não de contagem diferenciada de tempo de serviço. Contudo o tempo de serviço prestado ao tempo do regime da CLT não poderá ser considerado sob a égide do estatuto.

Não procede o argumento da autoridade impetrada de que a falta de Lei Complementar prevendo aposentadoria especial para os serviços insalubres e penosos é óbice intransponível para o deferimento do direito do servidor.

O Desembargador Pedro Abreu, enfrentando tema semelhante, esclarece com precisão:

Não se cuida, aqui, de demanda visante à percepção de benefício dependente de lei complementar, porquanto a contagem diferenciada requerida é atinente apenas a período pretérito ao surgimento do regime jurídico único, valendo ressaltar que, à época da prestação dos serviços, sob a égide da CLT, a lei conferia o direito àquela forma de cálculo. Em respeito a princípio elementar de aplicação das normas, é a legislação vigente naquele tempo que deverá pautar o exame da pretensão mandamental, não a posterior. Por consequência, a falta de lei sobre a matéria, na esfera estadual, na linha do art. 40, § 1º, da Carta Política, não obsta a averbação requerida (Ap. Civ. em Mandado de Segurança n. 1998.013604-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Outra não é a situação que se apresenta. A impetrante juntou os documentos de folhas 34 a 51, que provam que a contagem pretendida refere-se ao período em que, embora trabalhando para o Estado, estava vinculada ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Assinalou, ainda, o eminente Desembargador:

A Constituição Federal, à época, previa a necessidade de lei complementar para regular a matéria no serviço público. Contudo, para a iniciativa privada não existia a exigência de lei complementar, sendo que o direito era garantido pela regulamentação própria da seguridade social.

Assim dispunha a Constituição:

Art. 40 – O servidor será aposentado:

[...]

III – Voluntariamente:

[...]

§ 1º – Lei Complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, *a e c*, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

Já para o trabalhador celetista, previa a Carta Magna:

Art. 202 – É assegurada aposentadoria, [...]

II – após 35 (trinta e cinco) anos de trabalho, ao homem, e, após 30 (trinta), à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei.

Nesse último caso há previsão apenas de lei ordinária, sendo que a matéria era completamente disciplinada pela lei da previdência social. Com base nessa legislação, é que deve ser concedida a certidão do INSS. E, também, com base nessa legislação, o direito ao cômputo de tempo de serviço com acréscimo de vinte por cento incorporou-se ao patrimônio jurídico da impetrante.

Em razão da Lei n. 6.439, de 1º-9-1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, foi editado, posteriormente, o Decreto n. 83.080, de 24-1-1979, que aprovou o novo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, que dispõe em seu art. 60 o seguinte:

Art. 60. A aposentadoria especial é devida ao segurado que, contando no mínimo 60 (sessenta) contribuições mensais, tenha trabalhado em atividades profissionais perigosas, insalubres ou penosas, desde que:

[...]

§ 2º – Quando o segurado trabalhou sucessivamente em duas ou mais atividades perigosas, insalubres ou penosas, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo respectivo, os períodos de trabalho são somados, feita a conversão, quando for o caso, segundo critérios estabelecidos pelo MPAS.

Logo, o direito à averbação estava assegurado no art. 202, § 2º, da Constituição da República, nestes termos:

Art. 202 – [...]

§ 2º – Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição da Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de Previdência Social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Não se pode dizer, também, que o reconhecimento do direito adquirido do cômputo de tempo de serviço com acréscimo de vinte por cento institui vantagem não prevista para os demais servidores do Estado. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado prevê em seu art. 85 a gratificação pela prestação de serviços em locais insalubres e com risco de vida. Há, portanto, compensação financeira percebida pelos servidores estaduais. A impetrante ao tempo de serviço celetista possuía seu direito regulado por lei própria, e, à época da mudança compulsória de regime, passou a receber a gratificação estatutária. Contudo, o direito já adquirido e incorporado ao patrimônio do servidor, na ocasião da alteração de regime, não pode mais ser alterado.

Outrossim, conforme já decidiu esta Corte:

[...] o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.745, de 28-12-1985) não proíbe a contagem do tempo de serviço privado exercido em condições especiais, com a respectiva conversão. Efetivamente, o art. 43, § 2º, dispõe que “para efeito de aposentadoria, em todas as suas modalidades, é computado o tempo de serviço prestado em atividades de natureza privada, desde que o funcionário tenha completado 10 (dez) anos de serviço público estadual”. E o art. 46, § 2º: “A contagem e a comprovação do tempo de serviço na atividade privada, obedecerão às normas estabelecidas na legislação federal própria”. Segue-se que a contagem recíproca, para efeito de aposentadoria no serviço público do Estado de Santa Catarina, [...] obedece ao comando da Lei (federal) n. 5.890/73, com a redação dada ao § 4º do seu art. 9º, dada pela Lei n. 6.887/80, vigentes à época da prestação do serviço em atividade nociva (Ap. Cív. n. 2004.016389-4, da Capital, rel. Des. Subst. Jaime Ramos, j. 9-11-2004).

O documento de fl. 37 – informações sobre atividades exercidas em condições especiais – dá conta de que “as atividades descritas acima foram executadas sob exposição constante a agentes químicos e biológicos

bem como a radiações decorrentes dos constantes raio X aplicados aos pacientes sob intervenção cirúrgica”.

Com efeito, vejamos o que dispunha o art. 73 do Decreto n. 72.771/73, mencionado pelo Estado:

Art. 73. A inclusão ou exclusão de atividades profissionais nos Quadros anexos a este Regulamento far-se-á por decreto do Poder Executivo.

Parágrafo único. As dúvidas no enquadramento das atividades, para efeito do disposto nesta Subseção, serão resolvidas pelo Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho.

O art. 71 da mesma norma citada pelo réu estabelecia:

Art. 71. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 60 (sessenta) contribuições mensais, tenha trabalhado em atividades profissionais penosas, insalubres ou perigosas, na forma das condições abaixo:

I – Que a atividade conste dos Quadros que acompanham este Regulamento, como Anexos I e II;

II – Que o tempo de trabalho, conforme as indicações nos mencionados Quadros, seja, no mínimo, de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

§ 1º Considera-se tempo de trabalho, para os efeitos deste artigo, o período ou períodos correspondentes a trabalho permanente e habitualmente prestado em atividades constantes dos Quadros a que se refere este artigo, computados, também, os períodos em que o segurado tenha estado em gozo de benefício por incapacidade decorrente do exercício daquelas atividades.

§ 2º Quando o segurado houver trabalhado sucessivamente em duas ou mais atividades penosas, insalubres ou perigosas sem ter completado, em qualquer delas, o prazo mínimo que lhe corresponda, os respectivos tempos de trabalho serão somados, feita a respectiva conversão, quando for o caso, segundo critérios de equivalência fixados em ato do Secretário da Previdência Social.

Assim, como o documento emitido pelo órgão público denota em que condições laborais exerceu a impetrante suas atividades e em que período (fl. 33), não há que se olvidar que apesar de ser celetista antes de 1989, trabalhava em uma fundação de direito público estadual, motivo pelo

qual foi desnecessária qualquer inclusão aos assentos funcionais de certidão emitida pelo INSS, pois o tempo foi adicionado naturalmente aos anos de trabalho como servidora pública regida pelo regime jurídico único.

Deslindando litígio análogo, este Tribunal registrou:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INICIALMENTE REGIDO PELA CLT – MUDANÇA PARA O REGIME JURÍDICO ÚNICO – EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CONDIÇÕES INSALUBRES – AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COM ACRÉSCIMO DE 40 % – POSSIBILIDADE – DIREITO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO JURÍDICO – DESNECESSIDADE DE PREVISÃO NO ESTATUTO ATUAL.

O servidor público estadual possui direito a ter averbado, para fins de aposentadoria, o tempo de serviço prestado em atividade insalubre, majorado em 40%, durante o período em que trabalhou sob a égide da CLT, tendo em vista tal direito incorporou-se a seu patrimônio jurídico, não podendo a migração para o Regime Jurídico Único, por imposição constitucional, subtrair dele a averbação (Mandado de Segurança n. 2000.018270-2, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. 12-6-2002).

No mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB REGIME CELETISTA COM ACRÉSCIMO DE 20%. NORMA INSTITUÍDA NAQUELA LEGISLAÇÃO. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO PARA ESTATUTÁRIO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS (ACMS n. 2003.002729-7, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 15-4-2003).

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO QUE INICIOU COMO CELETISTA E DEPOIS PASSOU A ESTATUTÁRIO – PLEITO DE CONTAGEM, COM O ACRÉSCIMO DE 40%, DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE NOCIVA À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA, SOB O REGIME CELETISTA, PARA EFEITO DE APOSENTADORIA – POSSIBILIDADE – DIREITO ADQUIRIDO.

O servidor público estatutário, mas que laborou sob regime celetista em condições atentatórias à sua saúde ou integridade física, tem

direito à averbação do tempo de serviço prestado sob a égide da legislação trabalhista, devendo ser computado o acréscimo de 40% previsto na lei então vigente, para efeito de aposentadoria.

“A mudança do regime celetista para estatutário não interfere na contagem especial do tempo de serviço prestado sob o vínculo regrado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois o servidor público incorporou ao seu ‘patrimônio jurídico-funcional’ o direito àquela averbação, inclusive para efeitos de aposentadoria e cálculo dos respectivos proventos” (Des. Luiz César Medeiros) (Ap. Cív. n. 2004.016389-4, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 9-11-2004).

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AVERBAÇÃO DA CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO – ATIVIDADE INSALUBRE DESENVOLVIDA SOB O REGIME DA CLT – ALTERAÇÃO PARA O REGIME ESTATUTÁRIO – DIREITO ADQUIRIDO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A mudança do regime celetista para estatutário não interfere na contagem especial do tempo de serviço prestado sob o vínculo regrado pela Consolidação das Leis do Trabalho, pois o servidor público incorporou ao seu “patrimônio jurídico-funcional” o direito àquela averbação, inclusive para efeitos de aposentadoria e cálculo dos respectivos proventos (MS n. 2002.019308-4, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12-2-2003).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa desse entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EX-CELETISTAS. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. DIREITO À AVERBAÇÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão de que o servidor público, ex-celetista, tem direito à averbação do tempo de serviço prestado em condições de insalubridade sob o regime anterior.

2. Agravo improvido (AgRg no Ag 457854/PR, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18-9-2003).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE IN-

SALUBRE. REGIME CELETISTA. DIREITO ADQUIRIDO À CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO CONVERTIDO PARA FINS DE APOSENTADORIA. PRECEDENTES.

[...]

3. “1 A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o servidor público ex-celetista faz jus à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, penosas e insalubres na forma da legislação vigente à época da prestação de serviço, ou seja, com o acréscimo previsto na legislação previdenciária de regência. 2 Precedentes das 5ª e 6ª Turmas” (REsp. n. 441.383/PB, da minha Relatoria, *in* DJ 19-12-2002) (REsp. n. 478957/PB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 27-4-2004).

O servidor público que, quando ainda celetista, laborava em condições insalubres, tem o direito de averbar o tempo de serviço com aposentadoria especial, na forma da legislação anterior, posto que já foi incorporado ao seu patrimônio jurídico (REsp. n. 616229/RN, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 28-4-2004).

Ao final, não há pretender a apresentação de certidão por parte do INSS quando o Estado não nega o exercício da prática em atividade insalubre.

Diante do exposto, a concessão da segurança é medida que se impõe, para o fim de reconhecer o direito da impetrante à contagem do tempo de serviço prestado em atividade insalubre (13-9-1972 a 31-10-1989), com a adição de vinte por cento.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Grupo de Câmaras, por maioria de votos, conceder a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer e Rui Fortes e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos (em substituição). Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Sidney B. Barreiros.

Florianópolis, 14 de março de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE, COM VOTO VENCIDO

Cesar Abreu
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

Ementa aditiva

MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO – CONDIÇÕES INSALUBRES – PERÍODO ANTERIOR À INCORPORAÇÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO – DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL – RECONHECIMENTO PELO INSS – DOCUMENTO INDISPENSÁVEL – DESPROVIMENTO – VOTO VENCIDO.

Não obstante a iterativa orientação pretoriana pela aplicação da norma vigente no período trabalhado no tocante ao reconhecimento de insalubridade (RE n. 352322 e REsp. n. 498325/PR) e pela existência de direito do servidor público incorporado ao regime estatutário à contagem especial deste tempo laborado como celetista (REAgR n. 367314/SC, REAgR n. 333244/SC e REsp. n. 441091/SC), cabe ao INSS examinar a presença dos elementos que autorizam este cômputo diferenciado.

É condição *sine qua non* para a consideração pelo Estado de Santa Catarina do período trabalhado pelo celetista em condições insalubres a demonstração inequívoca de que o ente previdenciário federal assegurou este direito, em decorrência da indispensável compensação dos sistemas previdenciários.

Debaixo de todas as vênias, entendo que é indispensável, de imediato, asseverar que não há falar, realmente, em retroatividade da lei para alcançar os fatos ocorridos em período trabalhado anteriormente à sua vigência.

Aliás, os tribunais superiores vêm adotando a orientação segundo a qual a aquisição do tempo de serviço deve ser considerada com base nas leis vigentes na época do trabalho:

SERVIDOR PÚBLICO. ATIVIDADE INSALUBRE. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO. MUDANÇA DE REGIME.

O direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pelo servidor público celetista, à época em que a legislação então vigente permitia tal benesse, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico.

Não obstante, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art. 40, § 4º, da Carta Magna. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido em parte e, nesta parte, provido (RE n. 352322/SC, Min. Ellen Gracie).

Colhe-se semelhante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria de que é instrumental.
2. O tempo de serviço é regido sempre pela lei vigente ao tempo da sua prestação. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado (REsp. n. 498325/PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Outrossim, não se questiona, igualmente, a existência do direito de o servidor se utilizar do tempo de serviço prestado em condições especiais com os acréscimos previstos pela legislação previdenciária. Essa exegese também se encontra consolidada:

Servidor público federal: contagem especial de tempo de serviço prestado enquanto celetista, antes, portanto, de sua transformação em estatutário:

direito adquirido, para todos os efeitos, desde que comprovado o efetivo exercício de atividade considerada insalubre, perigosa ou penosa (REAgR n. 367314/SC).

E, mais:

1. RECURSO. Extraordinário. Não conhecimento. Servidor público estatutário. Ex-celetista. Aposentadoria especial. Tempo de serviço. Contagem para todos os fins. Agravo regimental improvido. O tempo de serviço público federal, prestado sob regime celetista, deve ser contado para todos os efeitos, incorporando-se ao patrimônio dos servidores públicos transformados em estatutários.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado (REAgR n. 333244/SC, rel. Min. Cezar Peluso).

A Corte Superior de Justiça não discrepa: “O servidor público, ex-celetista, tem direito a que seja averbado em sua ficha funcional o tempo de serviço que prestara no regime anterior, em condições nocivas à saúde, com o acréscimo legal decorrente da insalubridade” (REsp. n. 441091/SC, Min. Felix Fischer).

O *punctum saliens* da *quaestio* é, na verdade, a impossibilidade de ser reconhecido este direito senão pelo ente previdenciário, que, na época, detinha as atribuições referentes aos direitos de previdência do servidor.

Com efeito, verificada a realização de trabalho em circunstâncias insalubres no período mencionado, ocorria a aquisição de tempo para a aposentadoria em condições especiais naquele órgão federal, submetendo-se às suas regras e pressupostos. Logo, para atingir o direito ao cômputo daquele lapso temporal com os privilégios da lei perante o Estado de Santa Catarina, é indispensável demonstrar que o INSS considerava o *labore* como prestado em circunstâncias nocivas. Essa é uma condição *sine qua non* para a viabilização do ato administrativo de averbação do período integral (com o acréscimo da insalubridade) prestado como celetista.

Logo, há falta de um documento indispensável que não pode ser obtido em face do Estado de Santa Catarina para a matéria. Isso cabe somente ao INSS, pois é sua a atribuição para admitir ou rejeitar esse direito. À Administração Estadual competiria apenas contabilizar o tempo e as circunstâncias declaradas pelo órgão previdenciário federal. Portanto, inexistiria também a competência da Justiça Estadual para o exame do pleito, pois esta autarquia federal é submetida a esta jurisdição unicamente nos casos de acidente de trabalho (art. 109 da *Lex Mater*).

As eventuais dificuldades apresentadas pela irresignada para obter a necessária certidão não são sustentáveis perante esta egrégia Corte, por prescindir de competência para analisá-las.

Por conseguinte, é constatada a falta de elemento indispensável para a propositura desta ação. É obrigatória a obtenção perante o INSS de certidão que ateste o tempo de serviço prestado em condições insalubres para todos os fins legais. Desse modo, preserva-se também o direito de compensação entre os sistemas previdenciários.

Esses, pois, os fundamentos da divergência.

Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos

Ousei discordar da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos membros deste Grupo de Câmaras, pelas mesmas razões expendidas na fundamentação do voto vencido proferido pelo eminente Des. Francisco Oliveira Filho.

Com o máximo respeito!

Jaime Ramos

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.023674-4, da Capital

Relator: Des. Volnei Carlin

APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – COLOCAÇÃO DE PRÓTESE – ART. 15, II, DO DECRETO N. 2.112/01 – COBERTURA FACULTATIVA – CLÁUSULAS RESTRITIVAS – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Tratando-se de contrato de adesão, no qual as cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pela instituição, sem que o consumidor pudesse discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo, compete ao Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os contratantes.

Nesse viés, conforme dispõe o art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, seja porque coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, seja porque incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

In casu, a cláusula que considera como facultativa a cirurgia para a colocação de próteses e limita o direito da segurada a uma boa qualidade de vida é abusiva e deve ser anulada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.023674-4, da comarca da Capital, em que é apelante Administração Participações e Serviços Médicos de Urgência Ltda. – Unisanta, e apelada Myrna Swoboda Murialdo:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e dar provimento parcial à remessa. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Myrna Swoboda Murialdo ajuizou *actio* de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Ipesc e contra a Administração Participações e Serviços Médicos de Urgência Ltda. – Unisanta, argumentando que é beneficiária do plano de saúde Ipesc/Unimed desde 2000 e que foi constatado que possui a doença “*artrose grave do quadril (CID = M16.9), com atual indicação cirúrgica ortopédica de artroplastia total*” (fl. 63), necessitando urgentemente se submeter a uma intervenção médica para colocação de uma prótese. Afirmou que a moléstia apresentada propicia a degeneração da cartilagem que envolve os ossos e que compõe a articulação do quadril, acarretando muita dor, deformação e limitação dos movimentos, o que pode levá-la à incapacidade total para o exercício das atividades diárias. Pugnou pela concessão da liminar para a implantação da “*prótese total de quadril, importada, com superfície de atrito em cerâmica, da marca Howmédica®*”, e pelo deferimento do pedido para a interpretação mais benéfica das cláusulas abusivas ou omissas (fl. 63).

Ao contestar o feito, o Ipesc sustentou em preliminar a impossibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. No mérito, argumentou que tem o dever de cobrir somente a internação e a cirurgia do implante, uma vez que a colocação de próteses é um procedimento de cobertura facultativa, sendo, portanto, realizada se existir recursos para tanto. Logo, não pode disponibilizar o que não foi contratado entre as partes (fls. 89 a 100). A Unisanta, por sua vez, sustentou, em proemial, a sua ilegitimidade passiva e a impossibilidade de se antecipar os efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade da medida. Quanto à matéria de fundo, ressaltou que a requerente anuiu ao plano

que só cobre a implantação das próteses caso exista disponibilidade de recursos (fls. 109 a 118). A antecipação da tutela foi deferida a fls. 195 a 197. O Ipsc interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento por este Desembargador a fls. 288 a 298.

Sentenciando, o Togado monocrático julgou procedente o pedido, determinando aos réus a autorização e disponibilização da cirurgia de implante de próteses de quadril não cimentada, assim como o custeio de todo o tratamento médico-hospitalar prescrito. Condenou os acionados ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, e determinou que a Unisanta arque com a metade das despesas processuais (fls. 260 a 264).

Irresignada, apelou a Administração, Participações e Serviços Médicos de Urgência – Ltda. – Unisanta, alegando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva. No mérito, suscitou que não pode custear serviços que extrapolem o limite contratual e, como a colocação de próteses só será autorizada se houver recursos para tal procedimento, não pode ser obrigada a liberar a cirurgia. Afirmou, ainda, que o contrato firmado com o Ipsc é do tipo pós-pagamento, ou seja, o usuário não paga mensalmente um valor para a operadora do plano de saúde, mas, sim, somente os gastos com o seu tratamento. Dessa forma, a apelante realiza somente a administração do serviço, cobrando do Ipsc os valores referentes ao contrato de pós-pagamento. Portanto, como é com o Ipsc que a paciente possui o contrato de prestação de serviços, não pode a Unisanta ser obrigada a custear o tratamento (fls. 268 a 281).

Contra-razões da apelada a fls. 299 a 305.

Os autos alçaram a esta Corte, e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso e provimento parcial da remessa, somente para corrigir erro de digitação na parte dispositiva da sentença (fls. 71 a 74).

VOTO

No caso em tela, a autora/apelada ingressou com ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, pugnano pela condenação das requeridas à autorização e disponibilização da cirurgia de implantação de prótese de quadril.

Inicialmente, no que tange à alegada ilegitimidade da Unisanta para figurar no pólo passivo da ação ordinária, razão não assiste à apelante.

Extrai-se, dos documentos de fls. 38 a 47, que a Unisanta possui um contrato de prestação de serviço para dar suporte operacional ao Ipescc no seu plano de assistência à saúde. Assim, a recorrente caracteriza-se como a empresa contratada pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, responsável pela administração do plano de saúde dos servidores públicos estaduais. Logo, as relações jurídicas firmadas entre as empresas não podem ser oponíveis ao direito dos beneficiários.

Ademais, ao solicitar o procedimento em exame, a paciente o fez para a Unisanta e desta recebeu a negativa (fl. 61), sob o argumento de que não possui cobertura para prótese (fls. 61 e 61v.). Portanto, esta é a competente para figurar no pólo passivo da presente *actio*.

É da jurisprudência:

Abstraida tal circunstância, insta gizar que a relação jurídica existente entre a agravante e aquele Instituto não é oponível em relação ao consumidor de seus serviços de assistência médica. O fato de existir um convênio entre as partes não desnatura a relação contratual existente entre o consumidor dos serviços, parte hipossuficiente na relação em voga e a empresa prestadora de assistência médica. *Ipsa facto*, o fornecimento do medicamento da paciente (agravada) foi requerido à Unisanta, tendo sido esta a responsável pela negativa que deu azo ao ajuizamento da ação, de modo que exsurge incontestável a sua legitimidade para figurar no feito.

Rejeita-se, pois, desde logo, a prefacial, passando-se ao exame do mérito, compreendida a questão da cobertura contratual e da irreversibi-

lidade do provimento antecipado (AI n. 2005.008889-6, da Capital, rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, j. em 17-6-05).

Afasta-se a prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam* argüida.

No mérito, é de ser assegurado o direito da recorrida de realizar a cirurgia quando, ao pleitear a concessão de um tratamento, subsistir a negativa do plano de saúde contratado, sob o argumento de que o procedimento é de cobertura facultativa.

É inconcebível que a empresa responsável pela prestação de serviço de saúde negue o direito do segurado a uma boa qualidade de vida simplesmente porque a operação só será realizada se houver disponibilidade de recursos.

O paciente não pode ficar a mercê da seguradora, pois se ele assinou um contrato de prestação de serviços médicos, nestes inclusos os emergenciais, não há aguardar o momento em que a empresa possua o numerário suficiente para a realização da cirurgia.

Segundo extrai-se do documento de fls. 61 e 61v., a Unisanta não realizou nenhuma consulta quanto à disponibilidade orçamentária para a realização do procedimento cirúrgico; ao contrário, limitou-se a carimbar a guia de requisição de serviços com os seguintes dizeres: “*Não autorizamos Órteses – Próteses – Stent – Lente intra ocular*”. Ou seja, a seguradora nunca iria autorizar a cirurgia, porque o pedido é automaticamente negado.

Vislumbra-se, portanto, que a cláusula que determina as coberturas facultativas é abusiva, uma vez que leva a consumidora do serviço a erro.

Ao assinar o contrato com o Ipesc, a servidora acreditava que, diante da imperiosa necessidade de um procedimento dito facultativo, teria a requisição deferida, ao contrário do que ocorreu.

Assim determina o Decreto n. 2.112/01, que regulamenta o Plano de Assistência à Saúde para os Servidores Públicos e pensionistas:

Art. 6º São beneficiários titulares os signatários de Termo de Adesão ao Plano de Assistência à Saúde.

Art. 12. O Plano de Assistência à Saúde do Ipesc será destinado ao atendimento médico com assistência ambulatorial e hospitalar, consultas médicas, serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e internação hospitalar para procedimentos clínicos, cirúrgicos e obstétricos, em acomodação coletiva, tanto preventiva quanto curativa, no Estado de Santa Catarina.

[...]

Art. 15. Atendendo a disponibilidade de recursos, e respeitada a reserva técnica de no mínimo o equivalente a um mês de arrecadação do Plano, o IPESC poderá autorizar as coberturas facultativas abaixo elencadas, observada a seguinte hierarquia de liberação:

[...]

II – Órteses e próteses em geral.

Segundo dispõe o art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, seja porque coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, seja porque incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

In casu, trata-se de contrato de adesão, no qual as cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pela instituição, sem que o consumidor pudesse discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, razão pela qual cabe ao Judiciário manter o equilíbrio entre os contratantes.

Sobre o tema, colhe-se a doutrina de Roberto Senise Lisboa:

O consumidor pode vir a celebrar contrato de plano de saúde, cujo instrumento negocial contém, invariavelmente, cláusulas unilateralmente predispostas, por parte da administradora do convênio médico ou de terceiro por ela indicado.

Por meio desse negócio jurídico, são estabelecidas as hipóteses nas quais o consumidor poderá vir a usufruir dos serviços médico-hospitalares, laboratoriais e ambulatoriais nele consignados, cabendo ao destinatário final dos serviços em questão o pagamento de prestação de manutenção do referido plano.

Ultrapassado o período de carência que eventualmente esteja fixado no contrato, a administradora do convênio assume todos os riscos inerentes ao negócio em questão até a extinção do ajuste.

As cláusulas exonerativas de responsabilidade do fornecedor em contratos de planos de saúde, em função de exclusão genérica de doenças ou técnicas médico-hospitalares, são nulas de pleno direito.

[...]

Convém analisar, ainda que de forma sucinta, as principais cláusulas abusivas limitativas ou exoneratórias de responsabilidade, nos contratos de plano de saúde, além daquelas anteriormente mencionadas, de forma extensiva para todos os negócios jurídicos. São elas: exclusão genérica de cobertura; limitação do direito de internação; exclusão de método experimental; exclusão de cobertura de chapas e exames de manutenção; e a cláusula que fixa período de carência iníquo para o consumidor.

Não se admite a exclusão genérica de responsabilidade, ao utilizar o contrato de expressões sobre características da doença ou o mal de saúde (*Contratos difusos e coletivos: Consumidor – Meio Ambiente – Trabalho – Agrário – Locação – Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 363 a 364, grifo para destaque).

Desta feita, como a apelada anuiu ao contrato de adesão sem poder discutir as cláusulas, e diante da flagrante abusividade do item que limita o procedimento a uma suposta disponibilidade orçamentária (art. 15, II, do Decreto n. 2.112/01), é de ser garantido à paciente o direito à cirurgia necessária à manutenção de uma boa qualidade de vida.

Ademais, determina o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, parágrafo 4º, que as cláusulas que de algum modo implicarem em limitações aos direitos do consumidor devem se apresentar de forma destacada no documento, o que não foi cumprido no caso em tela (fls. 105 e 106).

Este é o caminho perflhado pela jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – PLANO DE SAÚDE – ESCLEROSE MÚLTIPLA – DOENÇA DEGENERATIVA – EXCLUSÃO DE COBERTU-

RA – CLÁUSULAS RESTRITIVAS – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O vínculo jurídico entre a segurada e a seguradora é relação de consumo, aplicando-se, assim, os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor.

Neste viés, conforme dispõe o art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas ou abusivas, seja porque coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, seja porque incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

In casu, trata-se de contrato de adesão, no qual as cláusulas foram estabelecidas unilateralmente pela instituição, sem que o consumidor pudesse discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo, motivo pelo qual compete ao Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os contratantes (Ap. Cív. n. 2002.018452-2, de Blumenau, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 30-9-04).

Nula é a cláusula que limita responsabilidade da seguradora, colocando o consumidor em desvantagem exagerada. Por tratar-se de contrato de adesão, as cláusulas devem ser, na dúvida, interpretadas favoravelmente ao consumidor (Ap. Cív. n. 2000.011656-4, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 15-5-01).

E, acerca da possibilidade de o plano de saúde custear o procedimento dito facultativo, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – AQUISIÇÃO DE MARCA-PASSO E ACESSÓRIOS – PLANO DE SAÚDE – NÃO COBERTURA – DESPESAS PAGAS PELA CONSUMIDORA – CLÁUSULA CONTRATUAL GENÉRICA – NÃO EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA – EXEGESE DO ART. 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COBERTURA DEVIDA – REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não existindo cláusula contratual expressa referente a não cobertura de determinados procedimentos, nos contratos envolvendo relação de consumo, sua interpretação deve ser feita de maneira mais favorável ao consumidor, a teor da norma inserida no art. 47 da Lei Consumerista (Ap. Cív. n. 2004.021097-3, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 24-9-04, grifo para destaque).

DIREITO DO CONSUMIDOR – PLANO DE SAÚDE – COLOCAÇÃO DE PRÓTESE EM CIRURGIA – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO INDEFERIDO NO JUÍZO DE 1º GRAU – INSURGÊNCIA – REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC DEMONSTRADOS – CLÁUSULAS ILEGAIS E ABUSIVAS NO CONTRATO – NULIDADE – ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICO – AFASTAMENTO – FIM SOCIAL DO CONTRATO – DECISUM REFORMADO – RECURSO PROVIDO.

Postulando o consumidor o fornecimento de próteses e acessórios, que não estão excluídos do seu plano de saúde, incumbe à administração deste as providências necessárias para que o usuário tenha suas necessidades satisfeitas por ocasião da cirurgia.

São nulas de pleno direito cláusulas contratuais que estabeleçam regras incompatíveis com a boa-fé ou que infrinjam preceitos legais de proteção ao consumidor.

Porque a saúde é direito fundamental previsto na CF a administração do respectivo plano não pode vê-la exclusivamente como atividade econômica, mormente pelo fato de que a relação contratual deve ter finalidade social (AI n. 2004.028376-1, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 12-5-05, grifo para destaque).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IPESC. PLANO DE SAÚDE. IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE. PREVISÃO NA CLÁUSULA RELATIVA À COBERTURA FACULTATIVA. DIREITO À SAÚDE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGATORIEDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO (AI n. 2005.004695-3, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 4-8-05, grifo para destaque).

Por fim, no que tange ao argumento de que a Unisanta não pode arcar com a metade da cirurgia, percebe-se que a apelante não interpretou devidamente o *decisum* objurgado.

O Togado monocrático determinou que “*arcará a Unisanta com o implemento de metade das despesas processado (sic), sendo incabível tal atribuição ao Ipesc*” (fl. 264).

Todavia, trata-se de mero erro material, uma vez que, segundo se extrai do corpo da decisão, o Magistrado desejava se referir às despesas processuais ao escrever “despesas processado”.

Sendo assim, correta a determinação que condenou as rés (Ipesc e Unisanta) ao custeio da cirurgia, e que especificou que cabe à apelante suportar a metade das custas processuais.

Diante do exposto, é de ser mantidas as cominações da sentença para obrigar os vencidos a autorizar e disponibilizar a cirurgia de implante de quadril requerida, e dá-se provimento parcial à remessa para corrigir o erro material na parte dispositiva da sentença.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por unanimidade, negar provimento ao recurso e dar provimento parcial à remessa.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 19 de outubro de 2006.

Volnei Carlin

PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2006.018591-1, de Concórdia

Relator: Des. Vanderlei Romer

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. REALIZAÇÃO DE ATERRO EM PROPRIEDADE PARTICULAR. SOTERRAMENTO DE ÁRVORES DE ERVA-MATE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO E NEXO CAUSAL DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR OS LUCROS CESSANTES. ADEQUAÇÃO DO MONTANTE AO LAUDO PERICIAL COMPLEMENTAR.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA A CONTAR DO EVENTO DANOSO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

RECURSO DO ENTE PÚBLICO NÃO CONHECIDO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.018591-1, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Libera Toniéllo Cadore e o município de Presidente Castelo Branco:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, não conhecer do recurso do Município, por ser intempestivo, e prover o recurso da autora. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais ajuizada por Libera Toniéllo Cadore contra o município de Presidente Castelo Branco.

Relata a autora que o requerido, ao realizar a terraplanagem para a construção de um centro comunitário na localidade denominada Linha Imigra, invadiu parte de um imóvel de sua propriedade, ocasionando o

soterramento de diversas árvores, dentre elas de erva-mate, frutíferas, silvestres e de araucárias, o que deixou a área improdutiva.

Em razão disso, requereu a condenação do réu ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes, a serem calculados em liquidação de sentença.

Em contestação, o Município pugnou pela denúncia da lide à Capela Nossa Senhora da Salete, ao argumento de que a requerente vendeu para aquela sociedade uma área de terras de 1.378,94m², a fim de que ali fosse edificado um centro comunitário. No mérito, aduziu que os serviços de terraplanagem foram solicitados pela própria demandante, juntamente com a comunidade local, e que a denunciada teria-se comprometido a replantar as árvores que porventura fossem destruídas. Refutou a alegação de que na área de 150m² (cento e cinquenta metros quadrados), onde foi feito o aterro, havia pinheiros, árvores silvestres ou frutíferas. Disse, também, que os pés de erva-mate que existiam no local eram ainda improdutivos, uma vez que tinham sido plantados há menos de 2 (dois) anos e mediam menos de 1 (um) metro de altura. Por isso sustentou que o pedido de indenização pelos danos emergentes e dos lucros cessantes não pode medrar. Ao final, postulou a rejeição do pleito.

Após o deferimento da denúncia da lide, a denunciada apresentou contestação, afirmando que na área adquirida não havia nenhuma árvore plantada e que aquele local não é o objeto do presente litígio, uma vez que a terraplanagem foi realizada do lado direito da via, enquanto que o aterro foi realizado no lado esquerdo, ou seja, em local diverso daquele adquirido.

Todavia, no intuito de esclarecer os fatos, relatou que no local do aterro havia uma pequena quantidade de árvores de erva-mate, as quais eram improdutivas, pelo que a autora não suportou nenhum prejuízo. Ressaltou que não possui nenhuma responsabilidade pelos fatos ocorridos e, ainda, que não assumiu o compromisso de replantio das árvores.

Houve impugnação (fls. 33 a 37 e 62 e 63).

O laudo pericial realizado no local dos fatos segue acostado às fls. 84 a 89, 100 e 101.

Em audiência de instrução e julgamento, prestou depoimento a autora.

Após, as partes apresentaram alegações finais.

Decidindo, o douto Togado julgou improcedente a denúncia da lide à Capela Nossa Senhora da Salete e condenou o Município ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes, ao procurador da denunciada, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais). Condenou o ente público ao pagamento do montante de R\$ 6.284,83 (seis mil duzentos e oitenta e quatro reais e oitenta e três centavos) a título de danos emergentes à autora, atualizado desde a data da elaboração do laudo (22-4-03) e acrescido de juros de mora desde a citação. Sujeitou a Municipalidade, ainda, ao pagamento de R\$ 1.362,24 (mil trezentos e sessenta e dois reais e vinte e quatro centavos) a título de lucros cessantes, igualmente acrescido de juros de mora e correção monetária a contar da citação, além das verbas sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

Inconformados, autora e réu apelaram.

Assinalou a requerente que o cálculo dos lucros cessantes deve ser feito com base no laudo de fls. 100 e 101. Sustentou, ainda, que os juros aplicados sobre o montante devem incidir a contar do ato ilícito praticado, e não da citação, conforme determinado no *decisum*.

O ente público, por sua vez, apontou a inexistência de provas acerca dos fatos alegados pela autora, entre eles a existência das plantas no local em que foi feito o aterro. Disse que o laudo pericial foi realizado com base nas informações prestadas pela própria demandante e seus familiares, motivo pelo qual não possui valor probatório.

Com as contra-razões da postulante, os autos alçaram a este grau de jurisdição e foram distribuídos à Terceira Câmara de Direito Civil,

que, com lastro no art. 3º do Ato Regimental n. 41/00 e suas alterações, determinou a redistribuição.

Após, foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, e o seu nobre representante deixou de opinar por não vislumbrar o necessário interesse público.

VOTO

De início, anoto que o recurso do Município não merece ser conhecido porque serôdio.

Ao que se verifica à fl. 161, o procurador do ente público foi intimado em 9-11-2005 para, querendo, apresentar contra-razões ao recurso de apelação interposto pela parte adversa. Todavia, deixou de contra-arrazoar e apresentou recurso de apelação.

Entretanto, o nobre causídico não observou o conteúdo da certidão de fl. 155, a qual noticia que o termo *ad quem* para a interposição de recurso de apelação era o dia 14-11-2005, uma vez que foi protocolado o apelo somente em 16-11-2005, ou seja, 2 (dois) dias após o término do prazo. Cumpre registrar, ainda, que inexistiu qualquer indicação de causa suspensiva do expediente forense naquele período.

Assim, o apelo municipal não pode ser conhecido, pois é manifesta a sua intempestividade.

Passa-se, então, à análise do recurso da autora, o qual, por ser próprio e tempestivo, deve ser conhecido.

A irresignação da requerente reside no fato de que a sentença guerreada, no tocante ao pedido de indenização pelos lucros cessantes, divergiu dos critérios empregados no laudo de fls. 100 e 101, e que os juros devem fluir a contar do ato ilícito, e não da citação.

No tocante aos lucros cessantes, consignou que a sua apuração não pode limitar-se à data da elaboração do laudo pericial, ao argumento de

que “*se não houvesse ocorrido o ato ilícito por parte do Município, a Autora iria usufruir os lucros decorrentes de sua plantação durante toda a vida útil das plantas*” (fl. 158).

Esses, em síntese, são os pontos de sua irresignação.

Primeiramente, urge dizer que se houve com acerto o Julgador ao apreciar a lide à luz da responsabilidade objetiva, ou seja, nos moldes do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público *responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros*, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (sem grifo no original).

Logo, suficiente para a configuração da responsabilidade do ente público é a comprovação do dano e do nexa causal.

Nesse sentido:

“Por força do acolhimento pela Constituição Federal da teoria objetiva no tocante à responsabilidade civil do Estado, o dever de reparar nasce, para a Administração, com a demonstração do nexa causal entre o fato e o dano” (Ap. Cív. n. 1998.016902-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

A respeito, veja-se a lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexa causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização (Direito administrativo brasileiro. 14. ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 558) (sem grifo no original).

Na hipótese, a realização de terraplanagem pelo Município em terreno lindeiro ao da postulante, bem como a feitura de aterro em parte

de sua propriedade são fatos incontroversos. O dano, do mesmo modo, é patente, já que foi ocasionado pelo soterramento de diversas árvores.

As fotografias e o laudo pericial acostados às fls. 85 a 93 confirmam o ocorrido.

Consta do laudo pericial realizado por engenheiro agrônomo (fl. 86), no item 6 – “avaliação dos danos” –, que foram soterradas 380 (trezentas e oitenta) árvores de erva-mate em produção, 60 (sessenta) pés de araucária, 1 (um) abacateiro em produção, 14 (quatorze) árvores de frutas cítricas em produção, além de 1.450m² (mil quatrocentos e cinquenta metros quadrados) de área danificada.

O nexu causal entre o fato e o dano, do mesmo modo, é evidente.

É nítido que os prejuízos sofridos pela demandante tiveram origem na realização de aterro feito de maneira inadequada pelo Município, o que provocou o soterramento de diversas árvores, entre elas as de erva-mate em idade produtiva.

O acervo probatório demonstra que o Município, para a realização de terraplanagem, removeu grande quantidade de terra do local onde foi construído o Centro Comunitário da localidade denominada Linha Imigra, colocando-a no terreno da autora, soterrando as árvores antes mencionadas. O croqui de fl. 90 descreve exatamente o modo como foi feito o soterramento.

E no intuito de eximir-se da responsabilidade que lhe é atribuída, o ente público, em contestação, sustenta que realizou a obra a pedido da própria postulante e da comunidade do local.

Tal argumento, contudo, não convence.

Do depoimento da ora apelante (fl. 116), colhe-se que aquela não autorizou a colocação de terra sobre a sua propriedade.

Aliás, como bem consignou o douto Togado,

Por se tratar de fato extintivo do direito da autora, cumpria ao requerido demonstrar inequivocamente a efetiva autorização da autora para aterrar parcela de sua propriedade. No entanto, o mesmo não trouxe aos autos nenhum indício de tal fato (fl. 149).

Assim, manifestos o dano e o nexa causal, e incomprovada a causa excludente da responsabilidade objetiva do Município, inarredável é a sua obrigação de indenizar.

No que concerne ao pedido de indenização por lucros cessantes, a fixação desses deve basear-se nos ganhos que a parte deixou de auferir em razão do soterramento das plantas de erva-mate.

O cerne do litígio, todavia, consiste em estabelecer qual o período de produção das erva-mates a ser considerado para fins de cálculo do montante supostamente devido.

Sustenta a apelante que deve ser considerado o tempo estimado de vida das plantas (20 anos), e não o período compreendido entre o 3º ano pós-plantio (época em que atingem a fase produtiva) e a idade que possuíam por acasião da realização do laudo, qual seja, 7 (sete) anos.

E, de fato, assiste-lhe razão.

Explica-se.

Retira-se do laudo pericial que o engenheiro agrônomo responsável pela elaboração da peça técnica considerou, com base nas erva-mates remanescentes, que aquelas haviam sido plantadas há aproximadamente 7 anos (fl. 86). Assim, ao entender que o período produtivo das plantas ocorreu entre o 3º e o 7º ano pós-plantio, concluiu que a indenização deveria incluir as colheitas que a requerente teria deixado de realizar durante aquele período (fls. 86 e 87).

Ocorre que, ao elaborar novo laudo complementar, em resposta aos quesitos formulados pela autora à fl. 97, o perito afirmou que *“A idade produtiva considerada é de 20 (vinte) anos, com início da produção no 3º ano pós-plantio, alcançando a produção plena a partir do 5º ano”* (fl. 100) (grifamos).

Elaborou cálculo, descrevendo a provável quantidade de arrobas a serem colhidas, em que se pode constatar a evolução estimada a cada ano. Já no primeiro laudo que apresentou, atestou que as árvores, à época do soterramento (setembro de 1999), possuíam 2 (dois) anos de vida.

Ora, é evidente que tendo as árvores um tempo de vida útil, ou seja, vida produtiva, de 20 (vinte) anos, deve esse período ser considerado para fins de cálculo dos lucros cessantes.

Assim, mostra-se mais apropriado considerar o contido no laudo complementar de fls. 100 e 101. Logo, deve ser provido o recurso da autora para que perceba o montante de R\$ 6.253,28 (seis mil duzentos e cinqüenta e três reais e vinte e oito centavos) a título de lucros cessantes.

Na hipótese, nenhuma prova trouxe aos autos o ente público que pudesse derruir as afirmações da autora. Ademais, se é certo que ao autor incumbe o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito, não menos certo é que ao réu incumbe o ônus de provar a existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

E não se pode olvidar que, caso não tivesse o Município depositado grande quantidade de terra na propriedade da demandante, ocasionando o soterramento de aproximadamente 380 (trezentos e oitenta) pés de erva-mate, iria ela usufruir dos lucros obtidos com a colheita da plantação durante toda a vida útil daquelas plantas.

Por derradeiro, no que concerne ao termo inicial da incidência dos juros, merece reforma o *decisum*, uma vez que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “em se tratando de responsabilidade extracontratual, que é o caso dos autos, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Enunciado n. 54 da Súmula/STJ)” (REsp. n. 302.178, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 16-4-2001).

Diante de todo o exposto, não conheço do recurso do Município, por ser intempestivo, e dou parcial provimento ao recurso da autora.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso do Município, por ser intempestivo, e prover o recurso da autora.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 14 de setembro de 2006.

Volnei Carlin
PRESIDENTE, COM VOTO

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2003.007276-4, de Tangará

Relator designado: Des. Subst. Newton Janke

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA – BLECAUTE SEGUIDO DE SOBRETENSÃO NA CORRENTE ELÉTRICA – INCÊNDIO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – EXCESSO DE CARGA ELÉTRICA INSTALADA – AUSÊNCIA DE PROVA DE CONTRIBUIÇÃO PARA O EVENTO DANOSO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – INCIDÊNCIA SIMULTÂNEA DO ART. 37, § 6º, DA CF, E ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CODECON.

Responde civilmente a concessionária prestadora de serviço de energia elétrica por danos decorrentes de incêndio irrompido, em hora noturna, em estabelecimento comercial, após blecaute seguido de sobretensão no retorno da corrente elétrica.

Sob o domínio da teoria da responsabilidade objetiva contemplada na Constituição Federal e também no Código de Defesa do Consumidor, não se exige a concessionária do dever de indenizar sob o fundamento de existir excesso de carga ou demanda instalada, caso não ficar provado que este fato possa ter contribuído para o surgimento do sinistro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.007276-4, da comarca de Tangará (Vara Única), em que é apelante Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc e apelada Valesan Materiais para Construção Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc contra sentença que, em ação de indenização ajuí-

zada por Valesan Materiais para Construção Ltda., julgou parcialmente procedente os pedidos de indenização de danos decorrentes de sinistro ocorrido em 11-3-99, condenando a ré ao pagamento da quantia de R\$ 13.854,50 (treze mil oitocentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta centavos), concernente aos prejuízos materiais, e de R\$ 8.294,88 (oito mil duzentos e noventa e quatro reais e oitenta e oito centavos) a título de lucros cessantes.

Buscando reverter o desfecho adverso, sustenta a concessionária do serviço público que a sua responsabilidade foi elidida pela culpa exclusiva da recorrida, que deu causa à eclosão do sinistro por ter instalado em seu estabelecimento carga elétrica superior ao projeto aprovado, porque a sala onde irrompeu o incêndio nem sequer constava do projeto elétrico aprovado pela apelante. Ressalta também que, apesar do blecaute ocorrido, não houve nenhuma outra ocorrência de sinistro na região, o que afastaria o nexo de causalidade.

Alternativamente, no caso de ser mantida a sua responsabilidade civil, reclama que, do montante relativo aos danos materiais, sejam deduzidos os valores ressarcidos pela seguradora da autora, bem como aqueles que foram objeto de impugnação pela apelante. Quanto à condenação em lucros cessantes, insiste que não houve comprovação de que o estabelecimento comercial da autora tenha paralisado suas atividades por dez dias, até porque o incêndio concentrou-se na área do escritório, e não na área de vendas.

Ao responder, a recorrida enalteceu a sentença, propugnando pela sua manutenção por seus próprios fundamentos (fls. 289 a 298).

Nesta instância, redistribuído o feito a esta Câmara de Direito Público, a d. Procuradoria-Geral de Justiça abdicou de pronunciar-se sobre o mérito da matéria por não identificar a existência de interesse suscetível de justificar a intervenção obrigatória do Ministério Público (fl. 313).

VOTO

Valesan Materiais para Construção Ltda. ajuizou ação de indenização contra a Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc, em decorrência de incêndio ocorrido na data de 11-3-99, por volta das 22h30min, sinistro que, segundo a autora, foi provocado por uma sobrecarga de energia elétrica que se seguiu a um blecaute ocorrido em nível nacional.

Em sentido oposto, a concessionária assevera que o infortúnio somente ocorreu em razão do aumento de carga elétrica, instalada à revelia da recorrente e em descumprimento com o projeto originariamente aprovado, bem como da “inexistência de sistema de proteção/aterramento em equipamentos danificados” (fl. 78).

Como ponto de partida, cumpre demarcar que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, enquadrada na moldura da teoria do risco administrativo.

Reza o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A responsabilidade civil indenizatória se materializa quando há, segundo Alexandre de Moraes, a integração dos seguintes elementos: “ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal” (*Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 233).

Ou, na lição de Hely Lopes Meirelles:

Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovado esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização (*Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. p. 634-635).

No caso em exame, há ainda a incidência cumulativa do Código de Defesa do Consumidor que, igualmente, consagra a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços (art. 14), prescrevendo, em caráter específico, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”, sob pena de “reparar os danos causados” (art. 22 e parágrafo único).

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva” (REsp. n. 246.758/AC, Min. Barros Monteiro, DJU 27-11-00). Na mesma linha, pronunciou-se esta Câmara:

As Centrais Elétricas de Santa Catarina – Celesc, por ser uma sociedade de economia mista, concessionária de serviço público, deve ter a sua responsabilidade analisada de acordo com a teoria do risco administrativo, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (Ap. Cív. n. 2005.017499-1, de Jaguaruna, rel. Des. Nicanor da Silveira, DJE 21-6-06).

É incontroverso que, na noite do dia 11 de março de 1999, houve um blecaute ou “apagão” que atingiu todos os estados do Sul do País, que, na região da autora apelada, teve uma duração de cinco minutos, provocando, ao ensejo do restabelecimento do serviço, uma sobretensão de 6% (seis por cento) da corrente de energia elétrica (fl. 109).

E, de acordo com a prova autuada, o incêndio irrompeu ou foi percebido logo após o retorno da energia elétrica.

O sinistro ocorreu na sala em que funcionava o centro de processamento de dados da empresa, área que, conforme também é incontroverso, não figurava no projeto elétrico originariamente apresentado e aprovado pela Celesc, o que significa que a autora operava com sobrecarga elétrica.

A perícia judicial, em virtude de ter sido realizada cerca de um ano após o evento, quando já haviam sido substituídos os equipamentos que funcionavam no local, bem como o material elétrico (disjuntores e condutores), não foi enfaticamente conclusiva sobre as causas do acidente.

Ao ser indagado sobre a possibilidade de a sobretensão no retorno da corrente elétrica ter causado o sinistro, o perito averbou:

Analisando esta variação de 6% de oscilação de tensão e do tempo de sua duração seria pouco provável que houvesse danos nos condutores da instalação e que causasse o sinistro, mas não posso afirmar o mesmo com relação aos equipamentos eletrônicos instalados (fl. 173, grifei).

O incêndio eclodiu num momento em que nenhum equipamento estava em operação; apenas a iluminação interna da loja estava ativada. Questionado se essa reduzida carga poderia provocar uma sobretensão ou impedir o funcionamento dos disjuntores, o experto respondeu nos seguintes termos (fl. 175): “Poderia haver caso o sistema de proteção e condutores de alimentação para este circuito de iluminação não fosse adequado. Nas condições atuais este sistema de proteção está de acordo com as normas. Não posso afirmar se estas condições eram as mesmas na hora do sinistro”.

Posteriormente, em audiência, o experto judicial, quando indagado acerca da possibilidade de o blecaute, seguido da sobrecarga na rede elétrica, ter sido a origem do incêndio, declarou: “Não posso afirmar com precisão, mas há grande probabilidade da sobrecarga na rede ter sido a

responsável pelo incêndio, *fato este que depende da qualidade e correta instalação dos equipamentos*” (fl. 216, grifei).

Bem se vê, então, que a ré apelante não logrou provar que o excesso de carga instalada no local do incêndio tenha sido a causa ou tenha contribuído para a ocorrência do evento em ordem a excluir a sua responsabilidade ou compartilhá-la com a autora.

Em contrapartida, o que ficou provado é que houve a sobretensão na corrente elétrica no momento da eclosão do incêndio e que este fato pode ter sido a causa eficiente do sinistro, sobretudo ante a significativa circunstância de que, naquela hora noturna, havia uma reduzida demanda de energia.

Em tal cenário e sob o domínio da responsabilidade objetiva, é indisputável que se impunha a acolhida do pedido indenizatório, conforme precedente desta Câmara, em situação análoga:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA – CELESC – REDE PÚBLICA DE ENERGIA ELÉTRICA – SOBRETENSÃO – INCÊNDIO – BENS MÓVEIS E IMÓVEIS – PREJUÍZO MATERIAL – DEVER DE INDENIZAÇÃO.

Inquestionável a obrigação de indenizar das empresas concessionárias quando prestam serviço público, uma vez demonstrada a causalidade entre o dano e a sua ação ou omissão, conforme preceitua a Carta Magna em seu art. 37, § 6º (Ap. Cív. n. 2003.016677-7, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 4-11-04).

A pretensão recursal alternativa de reduzir o valor da indenização também não procede, já que, nesse aspecto, a sentença foi extremamente cautelosa e criteriosa.

Com efeito, em relação aos danos materiais, a condenação tem suporte na vistoria técnica realizada, no dia seguinte ao fato, por dois peritos, portadores de diploma de curso superior, designados pela autoridade policial de Tangará, corroborada por fotografias que bem retratam a considerável extensão dos danos havidos (fls. 36 a 39), bem como nos documentos anexados à inicial (fls. 43 a 68), sendo certo que o ressarci-

mento realizado pela seguradora não se destinou à cobertura dos bens e equipamentos que estão sendo reclamados na ação.

No tocante aos lucros cessantes, é inegável que eles ocorreram e que, malgrado a imprecisão da prova testemunhal, o estabelecimento paralisou suas atividades por razoável período de tempo, o que parece ser aceitável levando-se em conta o fato de que o incêndio destruiu todos os arquivos, registros e controles indispensáveis ao regular funcionamento do estabelecimento, tal como relatado, com riqueza de detalhes, pelas testemunhas Roberto Balbinotti e Sérgio Mânica (fls. 206 a 209).

Verdade é que, dentre quatro testemunhas, três afirmaram que o estabelecimento interrompeu suas atividades por um lapso de uma a duas semanas, de tal sorte que a fixação de 10 (dez) dias para balizar a ocorrência dos lucros cessantes não é arbitrária ou aleatória, mas antes sopesada em face do acervo probatório.

Resulta, assim, em conclusão, que a sentença merece ser integralmente mantida.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator designado, a Câmara, por maioria de votos, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Nicanor da Silveira.

Florianópolis, 7 de novembro de 2006.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE, COM VOTO

Newton Janke
RELATOR DESIGNADO

Apelação Cível n. 2005.026068-7, de Santa Rosa do Sul

Relator: Des. Subst. Newton Janke

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ADESIVO – AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – NÃO CONHECIMENTO.

“Não cabe recurso adesivo quando não há mútua sucumbência” (REsp. n. 5.548/RJ).

RESPONSABILIDADE CIVIL – CONCESSIONÁRIA ESTADUAL E COOPERATIVA DE ENERGIA ELÉTRICA – MORTE POR ELETROPLESSÃO – DESCARGA PROVOCADA POR FIOS ROMPIDOS E CAÍDOS NA VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – DANO MORAL – PENSÃO ALIMENTAR AOS PAIS INDEVIDA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

1. Sob a incidência da teoria da responsabilidade objetiva, é indisputável o dever de indenizar de concessionária e de cooperativa adquirente da energia elétrica, por ela fornecida, pela morte, por eletroplessão, de jovem atingido por fios rompidos e caídos na via pública.

2. Na linha de pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, a morte de filho não rende ensejo ao pensionamento dos pais que desfrutam de sólida situação econômica e que nunca necessitaram de recursos da vítima que, no caso concreto, por curto espaço de tempo, trabalhou na empresa de propriedade de seus progenitores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.026068-7, da comarca de Santa Rosa do Sul (Vara Única), em que são apelantes e apelados Cooperativa de Eletricidade Praia Grande Ltda.

– Cerprag, Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, João Carlos Casagrande e Cedenira de Lucena Casagrande:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, não conhecer do recurso adesivo; por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva da CEEE e dar provimento parcial ao recurso dos autores e da ré Cerprag, vencido o Des. Nicanor da Silveira. Custas legais.

RELATÓRIO

1. Na comarca de Sombrio, o casal João Carlos Casagrande e Cedenira de Lucena Casagrande ajuizou ação ordinária contra a Cooperativa de Eletricidade Praia Grande Ltda. (Cerprag) e a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) objetivando compelir as rés ao pagamento de verbas indenizatórias pela morte de seu filho, Filipe de Lucena Casagrande, ocorrida em 22-1-01, na praia Bella Torres, município de Passo de Torres, por eletroplessão provocada por fios de alta tensão caídos em via pública por onde circulava a vítima, juntamente com dois amigos, um dos quais também perdeu a vida pelo mesmo fato.

Segundo a inicial, o infortúnio somente ocorreu porque o dispositivo localizado nos fios de alta tensão que deveria desarmar em caso de rompimento e queda não funcionou, denotando assim a evidente desídia das requeridas o que lhes impõe a responsabilidade civil.

Oferecidas as respostas (fls. 146 a 159 e 202 a 211) e ultimada a instrução, sobreveio a sentença do Juízo da comarca de Santa Rosa do Sul (fls. 439 a 446) que acolheu a pretensão dos autores e condenou solidariamente as rés a pagar, além dos encargos de sucumbência, as seguintes verbas:

- a) indenização por dano moral no valor de 200 salários mínimos (100 para cada autor); b) pensão mensal de 2/3 de um salário mínimo até que Filipe Lucena completasse 25 anos de idade e de 1/3 de um salário mínimo entre a data em que completaria 25 e 65 anos de idade; c) despesas de funeral arbitradas em R\$ 3.345,00 (treis mil trezentos e quarenta e cinco reais) (*sic* – fl. 446).

Em pronunciamento complementar, provocado pela oposição de embargos declaratórios pelos autores, ficou demarcado que

o débito será liquidado tendo em conta o salário mínimo vigente à data do pagamento acrescendo-se às parcelas da pensão correção monetária (INPC) e juros na forma do artigo 406 do Código Civil (Taxa Selic) a partir do vencimento de cada parcela, bem como correção monetária (INPC) incidente sobre as despesas de funeral desde a data do efetivo desembolso (fl. 451).

A Ceprag interpôs apelação (fls. 454 a 471) em que, reiterando a argumentação da contestação, sustenta, em suma, que quem deu causa ao evento danoso foi o próprio filho dos suplicantes e isso porque a situação em que foram encontrados os corpos das duas vítimas estaria a revelar que elas pretendiam arrancar o cabo da rede elétrica ou, no mínimo, de que se conduziram de forma negligente e imprudente ao tocá-lo. A par disso, repele a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva em razão da sua qualidade de pessoa jurídica de direito privado.

Alternativamente, no caso de ser mantida sua responsabilidade pelo evento, considera descabido o pensionamento alimentar, uma vez que a vítima não contribuía para o sustento familiar, e verbera ainda contra os valores arbitrados para os danos morais e para a pensão, que seriam superiores aos que a jurisprudência recomenda em situações análogas.

Propugnou também pela revisão dos índices fixados a título de correção monetária.

Os autores também recorreram buscando elevar o valor de todas as verbas fixadas na sentença, além de ampliar a duração da pensão alimentar desde a data do infortúnio até a idade em que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade (fls. 489 a 502).

Os apelos foram regularmente processados e contra-arrazoados (fls. 472 a 488 e 510 a 529).

Nesta instância, a Procuradoria-Geral de Justiça não identificou a existência de interesse a justificar a intervenção do Ministério Público no processo (fl. 536).

A CEEE, por meio de novos procuradores, também veio a responder ao recurso dos autores (fls. 548 a 553) e aviou recurso adesivo, insistindo na sua ilegitimidade passiva nos autos ao argumento de que não é responsável pela distribuição, fornecimento ou cobrança de energia elétrica no Estado de Santa Catarina. Esclareceu que somente repassa a energia elétrica à Ceprag, não possuindo nenhuma ingerência sobre ela. Alternativamente, reclamou a minoração dos honorários advocatícios arbitrados na decisão impugnada (fls. 555 a 561).

VOTO

2. Versam os autos sobre ação de indenização por danos morais e materiais resultantes da morte por eletroplessão do filho do casal requerente, Filipe de Lucena Casagrande, à época com 18 (dezoito) anos de idade.

Antes de tudo, cumpre assentar que o recurso adesivo da CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica não pode ser conhecido, malgrado a sua arguição de ilegitimidade passiva possa ser – como será – examinada de ofício.

Na espécie, a acolhida da pretensão dos autores foi integral e a sucumbência das rés também. Como não houve sucumbência recíproca, a CEEE deveria ter apelado no mesmo prazo dos recursos aviados pelos demais protagonistas processuais.

Com efeito, “se incorre sucumbência recíproca entre as partes, carece o recurso adesivo do seu pressuposto mais característico” (REsp. n. 6.488/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Ademais, a irresignação adesiva não tem nenhuma afinidade com a insurgência dos autores.

Isso demarcado, o evento danoso pode ser resumido com os seguintes contornos fáticos: na madrugada de 22-1-01, o filho dos autores, após ter freqüentado uma festa, na praia de Bella Torres, retornava para casa em companhia de seus amigos Júlio Cesar Bossle e Giovanni Lucena Santi, quando ele e também Júlio Cesar entraram em contato com fios energizados de alta tensão elétrica que, rompidos de poste de iluminação pública, estavam expostos sobre a calçada da via pública, disso resultando a trágica e instantânea morte dos dois jovens.

Na verdade, segundo revelam os autos, Júlio Cesar teria morrido na tentativa de socorrer Filipe.

A instância singular concluiu pela procedência do pedido inaugural condenando solidariamente as empresas réas a indenizar os autores por danos materiais e extrapatrimoniais, além de lhes aquinhoar com uma pensão alimentícia mensal.

Da dicção do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, decorre que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva, enquadrada na moldura da teoria do risco administrativo.

Em tal contexto, a responsabilização estatal se sedimenta com a ocorrência do dano, a ação ou omissão administrativa, a existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Na lição sempre atual de Hely Lopes Meirelles,

para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum*

da indenização (*Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros. p. 634-635).

No caso em exame, os elementos probatórios revelam, fora de qualquer dúvida ou questionamento razoável, que a fatídica tragédia somente ocorreu em razão de a fiação elétrica estar caída ao chão no momento da passagem das vítimas pelo local, fato comum naquela região balneária, a revelar a precariedade do serviço prestado pela cooperativa demandada.

Não há nenhuma prova de que as vítimas tenham, de qualquer modo, contribuído para o sinistro, como alegam as recorrentes, com argumentação desvestida de apoio e consistência lógica. Ao contrário, como bem realçou a sentença, a prova oral, com destaque para a testemunha presencial Giovanni Santi, indica que as vítimas estavam caminhando pela via pública quando o filho dos requerentes pisou no fio energizado, conforme excerto a seguir transcrito:

Bom, nós vínhamos vindo lá do bar, que era do seu Anildo lá da praia, e nós vínhamos caminhando, até passamos em frente à igreja, viemos por aquela rua, eu vinha um pouquinho mais na frente, o Júlio mais pelo meio da rua, e o Felipe, no caso, no acostamento do lado esquerdo então quando ele passava, ele deu um grito, no que eu vi pra trás ele havia pisado em cima num dos cabos; e nisso, o Júlio correu pra cima dele pra socorrer ele, e ele abraçou ele por trás, até chacoalhava bastante e ele tropeçou e caiu, e quando ele caiu eu peguei ele pelo braço pra tentar arrastar ele, sei lá, nem pensei direito na hora e, eu senti uma descarga no braço, fui pra trás, daí eu me toquei do que tinha acontecido e eu corri até minha casa e avisei meu pai (*sic* – fls. 399 e 400).

A testemunha Oscar José Santi, um dos primeiros a chegar no local do sinistro, relatou que a Cooperativa-ré era reiteradamente acionada para atender ocorrências de rompimento de cabos de transmissão de energia elétrica (fl. 394), o que recebe a corroboração da testemunha Elenice Isabel Oliveira, segundo quem, no mesmo local, já morrera eletrocutado um gambá (fl. 390).

Evidente que pela repercussão do evento e pelos laços de amizade que envolveu as testemunhas e as vítimas, estes depoimentos devem ser sopesados com cautela. Mas, por outro lado, remanesce o fato de que

as rés não lograram dar sustentação à alegação da tese de que as vítimas teriam, de qualquer modo, contribuído para a sua desventura.

Em tal contexto, a responsabilidade do prestador do serviço público delegado por concessão é indisputável conforme ilustram os precedentes jurisprudenciais de situações análogas.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE.

– Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. Culpa reconhecida da ré.

– Ademais, segundo a Constituição Federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva (REsp. n. 246.758/AC, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 27-11-00).

A responsabilidade solidária entre as requeridas deve ser mantida, e não prospera a argüição de ilegitimidade ativa suscitada pela CEEE e solidamente refutada pela sentença, nos termos a seguir transcritos:

A energia elétrica, além de essencial, é produto de manuseio extremamente perigoso, razão pela qual a prestação do serviço é conferida através de concessão do Poder Público, o que basta para mostrar que não se está tratando de um bem qualquer.

Por isso, não se pode analisar a comercialização de energia como a venda de um bem ou serviço de menor importância. Gravado o serviço pela marca da essencialidade e pelos riscos na distribuição é que jamais pode-se divorciar a responsabilidade primária daquele que tem a concessão para a distribuição ou transmissão da energia daquele que compra como mero intermediário na cadeia comercial.

Não é dado àquele a quem o Poder Público concede a relevante missão de operacionalizar serviço essencial (energia elétrica) comercializar o bem sem qualquer cautela, vendendo-a a quem queira.

Naturalmente que a capacidade técnica da compradora da energia e os cuidados que deve empregar para boa prestação do serviço é tema que deve ser discutido entre a empresa fornecedora da energia (CEEE) e aquela compradora de energia (Ceprag), mas, não alcança o consumidor que foi atingido em típico acidente de consumo (fls. 440-441).

Se é certo que a CEEE é sociedade de economia mista que, por concessão do Poder Público, atua no serviço de fornecimento de energia elétrica e se é certo que, na época do fato, ela vendia o produto à Ceprag, há, em acréscimo, uma circunstância que, definitivamente, arreda a sua objeção.

Hospeda-se tal circunstância no art. 25 da Lei n. 8.987/95, segundo o qual “incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade”.

Assentada, à luz da teoria da responsabilidade objetiva, a obrigação central de indenizar, impõe-se analisar sobre os demais questionamentos. Dada a multiplicidade de recursos, parece adequado ordenar, destacadamente, a matéria concernente às verbas postuladas, concedidas pela sentença e impugnadas pelos apelantes.

A – Das despesas com funeral

Apenas para constar, no tocante às despesas com o funeral da vítima, a sentença condenou as requeridas ao pagamento da quantia de R\$ 3.345,00 (três mil trezentos e quarenta e cinco reais), com arrimo nos recibos anexados aos autos (fls. 28 a 30). Como não houve nenhuma insurgência nesse ponto, despiciendo externar outras considerações.

B – Dos danos morais

Ninguém ousaria, como ninguém ousou, recusar o dano moral pungente e irremovível da alma e do coração de pais a quem a morte prematura arrebatou a companhia de um filho no fulgor da mocidade.

A insurgência recursal concerne ao valor arbitrado na sentença, 200 (duzentos) salários mínimos, reputado excessivo pelas rés e acanhado pelos autores.

Conquanto a mensuração não seja tarifada, o valor do dano moral, atendidas as condições pessoais, sociais e econômicas das partes, deve guardar sintonia com as indenizações que, ainda hoje, são fixadas e estabelecidas para a hipótese de morte de filho jovem e dentro da concepção de que o ressarcimento do dano moral, atuando como lenitivo psicológico, não deve ser instrumento de enriquecimento dos ofendidos, nem de comprometimento econômico do ofensor.

Já foi enfatizado que o infortúnio somente ocorreu pela grave desídia da requerida Ceprag, que, conforme revela a prova e já foi sublinhado alhures, não se empenhava na manutenção da rede de transmissão. É emblemático e revelador que, logo após a morte das vítimas, a Cooperativa efetuou a substituição de toda a rede elétrica naquela região (depoimento de fl. 391v.).

A morte prematura do filho representa para o casal requerente um trauma praticamente impossível de superar. As fotografias e documentos anexados à inicial são uma amostra do amor que os autores dedicavam à vítima e permitem imaginar a dolorosa lacuna que a sua morte provocou.

É certo que as rés têm sólida estrutura econômica para, isolada ou compartilhadamente, suportar uma indenização um pouco mais elevada que a fixada na sentença, daí que, contornando-se a vedação absoluta inserida na parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição Federal, ela é fixada em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser partilhada entre o casal demandante.

A correção monetária deste valor fluirá desde a data da sentença, na linha da orientação do Superior Tribunal de Justiça:

O termo *a quo* da correção monetária nas hipóteses de indenização por dano moral é a data em que o valor foi fixado, e não do efetivo prejuízo, não incidindo, na espécie, o enunciado da Súmula 43 desta Corte. Precedentes (REsp. n. 611.723/PI, rel. Min. Castro Filho, DJU 24-5-04).

É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes (EDREsp. n. 504.144/SP, rela. Mina. Nancy Andrichi).

Em relação aos juros de mora, cumpre externar breves considerações.

O Código Civil de 1916 definia que “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não o quiser receber no tempo, lugar e forma convenionados” (art. 955), complementando, adiante, o art. 960 que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor”. O Código Civil vigente repete estes enunciados nos arts. 394 e 397, respectivamente.

Ora, a obrigação consubstanciada por indenização de dano moral só se constitui e se torna líquida, assim como exigível, com a decisão judicial transitada em julgado, quando reconhecido o direito do ofendido e estabelecida a quantia a ser efetivamente paga.

É acaciano dizer que ninguém poderá ser considerado inadimplente se: a) não sabe se deve pagar; b) não sabe quanto e quando pagar.

Destarte, os juros moratórios incidentes sobre a indenização do dano extrapatrimonial deverão ser calculados a partir do trânsito em julgado da sentença ou, melhor dizendo, do presente acórdão.

C – Da pensão alimentar

A respeito da pensão alimentícia devida, nos casos de responsabilidade civil, aos dependentes do falecido, calha evocar seqüencialmente o magistério de Rui Stoco e Yussef Said Cahali:

O código prevê a prestação de alimentos, sob a forma de pensão periódica, no caso de homicídio, às pessoas a quem o defunto as devia (art. 1.537, II), ou [...] às pessoas a quem o falecido teria de prestá-los se fosse vivo.

Objetivou o legislador suprir as necessidades daqueles que dependiam da vítima falecida, de modo que se esta já não mais pode fazê-lo, evidenciada a carência que a morte do alimentante provocou no lar e

aos seus dependentes, privados que estejam para uma sobrevivência em condições semelhantes àquela existente antes do evento, caberá ao ofensor, na mesma proporção, fazê-lo (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed., RT, 1995. p. 542).

Na sua literalidade, dispõe o art. 1.537, II, do CC, que a indenização, no caso de homicídio, consiste 'a prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia'. Na aplicação do citado dispositivo, a jurisprudência jamais teve dúvida em conceder indenização, sob a forma de pensão alimentar, aos familiares do falecido (marido, companheiro, genitor, filho maior), a quem este sustentava ou tinha o dever de sustentar (esposa, companheira, filhos menores, genitores).

Sob esse aspecto, coloca-se como pressuposto, em linha de princípio, a existência de uma relação de dependência econômica, efetiva, presumida ou até mesmo eventual, entre os pretensos beneficiários e a falecida vítima (*Dano moral*. 2. ed., RT, 2000. p.105).

A sentença fixou o valor da pensão em 2/3 (dois terços) de um salário mínimo até que a vítima completasse 25 anos de idade e 1/3 (um terço) de um salário mínimo dos 25 anos de idade até que a vítima completasse 65 anos de idade.

No caso dos autos, a vítima contava 18 anos de idade e havia sido emancipada em 9 de janeiro de 2001, pouco antes do infortúnio.

Afirmou-se, na inicial, que a vítima, por ocasião de sua morte, já auferia rendimentos mensais, com os quais auxiliava também os autores.

A cópia da carteira de trabalho da vítima, complementada pelo registro de empregado (fls. 70 e 71), revela que ela trabalhou na Indústria de Couros J & C Ltda. no período compreendido entre 1º-2-98 e 28-11-00. Esta empresa pertencia a seu pai, conforme registram outras peças probatórias (fl. 38). Na inicial, os autores qualificam-se como empresários. Não há nenhuma prova de que o filho contribuisse na manutenção do lar. Sem contar o valor irrisório consignado na CTPS, seria contraditório que o pai lhe pagasse salário como empregado e, na outra ponta, parte dessa remuneração revertisse para a subsistência dos progenitores.

A morte de filho rende ensejo ao pensionamento dos pais quando se tratar de família pobre. Aqui, todas as evidências sinalizam que os requerentes desfrutam de boa situação financeira e que, portanto, não há razão jurídica para serem pensionados por uma insignificante fração do salário mínimo.

Nesse sentido, vejam-se paradigmas do Superior Tribunal de Justiça:

O STJ proclama que em acidentes que envolvam vítimas menores, de famílias de baixa renda, são devidos danos materiais. Presume-se que contribuam para o sustento do lar. É a realidade brasileira.

“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (Súmula 491/STF) (REsp. n. 335.058/PR, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15-12-03, p. 185).

Reconhecendo embora a oscilação da jurisprudência, sendo a vítima menor, de família de baixa renda, deve ser admitida a indenização por dano material. A realidade brasileira inclui nesses casos a contribuição dos filhos para a manutenção do lar. E o Juiz não pode julgar se não estiver em consonância com a realidade social do seu tempo.[...] (REsp. n. 172.335, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de ser devida indenização por dano material *a pais de família de baixa renda, em decorrência de morte de filho menor*, independentemente de a vítima exercer trabalho remunerado (REsp. n. 427.569/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 2-8-06) (grifei).

Nesse particular, deve, portanto, ser acolhida a irresignação da ré Ceprag.

Em suma, o recurso dos autores recebe parcial provimento para elevar a indenização do dano moral, enquanto o da ré Ceprag é provido, também em parte, para excluir a condenação ao pagamento da pensão alimentar.

Com esse desfecho, está agora caracterizada a sucumbência recíproca, em razão da qual as custas processuais deverão ser repartidas entre as

partes, e é ocioso arbitrar os honorários na medida em que estes devem ser compensados consoante o enunciado da Súmula 306 do STJ.

DECISÃO

3. Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, não conhecer do recurso adesivo; por maioria, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva da CEEE e dar provimento parcial ao recurso dos autores e da ré Ceprag, vencido o Des. Nicanor da Silveira.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira.

Florianópolis, 30 de novembro de 2006.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE, COM VOTO

Newton Janke
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.019112-7, de Blumenau

Relator: Des. Vanderlei Romer

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. ADMISSIBILIDADE, APÓS A ÉGIDE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29/00.

MUNICÍPIO DE BLUMENAU. EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 434/03, QUE ESTABELECE A PROGRESSIVIDADE DO IMPOSTO. LEGITIMIDADE, AINDA QUE TENHA HAVIDO A RENOVAÇÃO DOS PERCENTUAIS ESTABELECIDOS PELA TABELA B, PREVIAMENTE EXISTENTE. LEGISLAÇÃO POSTERIOR À EC N. 29/00, QUE AFASTOU O ÓBICE CONSTITUCIONAL DA PROGRESSIVIDADE DO IPTU. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INDEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.019112-7, da comarca de Blumenau (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Bebidas Thomsen Ltda., e apelado o município de Blumenau:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Bebidas Thomsen Ltda. contra ato do Sr. Secretário de Finanças do município de Blumenau, objetivando a suspensão do pagamento do Imposto Territorial Predial Urbano do ano de 2005 e dos demais exercícios subseqüentes até o definitivo trânsito em julgado do *mandamus*. Postulou, ainda, a declaração de

inconstitucionalidade da Tabela B do artigo 139 da Lei n. 1.989/73 e o reconhecimento de que deve ser ressarcida pelos cofres públicos de todos os valores recolhidos a título de IPTU não prescritos, correspondentes aos exercícios de 2000 a 2005.

Após as informações, sobreveio sentença que denegou a ordem ao fundamento de que

com a edição da Lei Complementar Municipal n. 434, de 22 de dezembro de 2003, posterior à Emenda Constitucional n. 29/2000 e que embasou o lançamento do IPTU efetuado no presente ano de 2005, não há falar em inconstitucionalidade das alíquotas progressivas da Tabela B do artigo 139 do Código Tributário do Município.

Seguiu-se o manejo de apelação cível, em que a vencida, em suma, reproduz a argumentação lançada na inicial. Alberga ao ali exposto, todavia, a assertiva de que a nova ordem constitucional trazida pela EC n. 29 não possui efeito repristinatório capaz de reativar a aplicação do artigo 139 do Código Tributário Municipal.

Com as contra-razões, a parte adversa argüiu, em preliminar, decadência do direito do autor. No mais, pugnou pela confirmação da sentença.

Os autos ascenderam a esta instância e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a qual se manifestou pelo provimento do apelo.

VOTO

A preliminar de decadência deve ser afastada.

Constata-se que o último pagamento do IPTU deu-se em junho de 2005 e que a impetração ocorreu em agosto daquele exercício (fls. 48 a 57), o que demonstra, de plano, que o inconformismo da apelante foi demonstrado a tempo.

No mérito, contudo, o apelo não deve ser provido.

A jurisprudência desta Corte de Justiça, em contexto normativo que precedeu à promulgação da EC n. 29/2000, e estando presente a controvérsia pertinente à progressividade das alíquotas em tema de IPTU, firmou orientação de que a Tabela B do artigo 139 da Lei Municipal n. 1.989/73, observadas as alterações posteriores, é inconstitucional.

Nesse sentido: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.006163-3, de Blumenau, rel. Des. Cesar Abreu; Apelação Cível n. 2002.007253-8, de Blumenau, rel. Des. Nicanor da Silveira; e, de minha própria lavra, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.029381-3, de Blumenau.

De efeito, até o advento da emenda *sua*, reputava-se absolutamente inconstitucional a lei municipal que estabelecia alíquotas progressivas de IPTU.

Esse entendimento foi consolidado na Súmula 668 do Supremo Tribunal Federal, que porta o seguinte enunciado: "É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional n. 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana".

Do exposto, depreende-se, sinteticamente, que, no atual sistema constitucional, já não subsiste mais o óbice às alíquotas progressivas.

Contudo, a sua cobrança só se legitima se a lei que assim a prevê for posterior à Emenda Constitucional n. 29/00.

In casu, a impetrante busca afastar a incidência da progressividade com relação ao IPTU do ano de 2005.

Ocorre que, em tal época, já estava em plena vigência a Lei Complementar n. 434/03, que acrescentou ao artigo 139 da Lei n. 1.989/73 o § 2º, *in verbis*:

sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o disposto no artigo 182, § 4º, inciso II, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 10.257, de 10-7-2001 – Estatuto da Cidade, o imposto sobre a

propriedade predial e territorial urbana: I – será progressivo em razão do valor do imóvel; e II – terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Daí a cobrança de forma progressiva do IPTU, com base no novo texto legal, *mas utilizando-se das alíquotas estabelecidas pela Tabela B*.

Sintetizando, há autorização legislativa posterior à Emenda Constitucional n. 29/00. A dificuldade, penso, está na possibilidade de se aplicar tal tabela.

Creio, todavia, que não há nenhum impedimento a tanto.

Consoante afirmado pelo então Procurador de Justiça, Doutor Cid José Goulart Júnior,

embora a nova lei não tenha instituído alíquotas em relação à progressividade do IPTU, entendemos ser perfeitamente lícito ao Poder Público se basear nas alíquotas previstas no art. 139, tabela B, do Código Tributário de Blumenau, contrariamente ao entendimento do apelante, que argumentou que a tabela era inconstitucional antes da Emenda Constitucional n. 29/2000.

E prossegue:

Registre-se que não se trata do fenômeno da repristinação (que, em regra, é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil), haja vista que a Tabela B prevista no art. 139 foi acrescentada pela Lei n. 28/91, instituída posteriormente à Constituição Federal de 1988.

Diversa seria a hipótese se a tabela “B”, do art. 139, do Código Tributário Nacional tivesse sido instituída antes da Constituição Federal de 1988. Nesse caso, poder-se-ia falar que a aludida lei estava revogada tacitamente, ou como preferem alguns constitucionalistas, não recepcionada, fato que impediria o reconhecimento de sua validade, mesmo com o advento da Emenda n. 29/2000.

Todavia, como as normas que acrescentaram a tabela instituidora das alíquotas progressivas do IPTU foram editadas posteriormente à Carta Constitucional de 1988, esta Procuradoria de Justiça alcança a conclusão de que foram recepcionadas pelo novo texto instituído pelo Poder Constituinte Derivado (Emenda Constitucional n. 29/2000).

A lição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello, citada na ACMS n. 2002.003574-2, na qual foi relator o preclaro Des. Newton Trisotto, tem inteira pertinência na espécie:

A superveniente promulgação de emenda constitucional autorizando a instituição do IPTU com alíquotas progressivas não constitucionaliza a norma inicialmente inválida. Para que venham a irromper validamente no universo jurídico efeitos correspondentes aos supostos na lei originariamente inválida será necessário que, após a Emenda, seja editada nova lei, se o legislador entender de fazê-lo e de atribuir-lhe teor igual, pois, só então, será compatível com o enquadramento constitucional vigente (sem grifo no original).

Compartilho de tal entendimento.

Tivesse o Município pura e simplesmente aplicado a legislação primitiva, aí, sim, seria inadmissível a adoção da multicitada tabela. Mas, não. Editou nova lei, posteriormente à Emenda, adotando apenas as mesmas alíquotas.

E não há óbice a que se reedite o teor do texto legal dito inconstitucional, desde que se o faça em nova legislação promulgada após a modificação da Constituição.

Nesse sentido, decisão recente da Primeira Câmara de Direito Público:

[...]

TRIBUTÁRIO – IPTU – PROGRESSIVIDADE ANTERIOR A EC N. 29/00.

Somente a partir da promulgação da Emenda Constitucional 29/00, tornou-se lícito aos municípios instituir Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo em face do valor do imóvel ou mediante a aplicação de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do bem [...] (Apelação Cível n. 2006.014233-7, de Blumenau, rel. Des. Volnei Carlin, j. 14-9-06).

Correta, assim, a sentença que denegou a ordem pleiteada no mandado de segurança.

Finalmente, com o reconhecimento da constitucionalidade da Tabela B do artigo 139 da Lei Municipal n. 1.989/73, fica prejudicado o pedido de ressarcimento dos valores pagos a título de IPTU no período de 2000 a 2005.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Nicanor da Silveira. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 21 de setembro de 2006.

Volnei Carlin
PRESIDENTE, COM VOTO

Vanderlei Romer
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.011769-5, de Itapema

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR – *FUMUS BONI JURIS* INEXISTENTE – VIABILIDADE – LIBERAÇÃO EM CAUTELAR – DESCABIMENTO – CARÁTER SATISFATIVO DE UM DOS PEDIDOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA RELATIVA – EXTINÇÃO DO FEITO, NESTA PARTE, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RECLAMO DESPROVIDO.

“Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão” (Humberto Theodoro Júnior).

Destarte, o pedido para que seja determinado o cumprimento de cláusula contratual de obrigação de fazer, *in casu*, instalar novo medidor de água, é antecipatório, e é incabível a sua formulação pela via cautelar. Extingue-se o feito, nesta parte, sem resolução do mérito, pela impossibilidade jurídica relativa.

Quanto à suspensão de exigibilidade da dívida que se pretende discutir, embora se possa admitir a existência de *periculum in mora* na espécie, é evidente a falta de *fumus boni juris*, pois é hígido o serviço prestado, como se confirmou no Juízo *a quo* em inspeção judicial acompanhada de perita, e há inadimplência não

refutada pelo agravante, que recebe água sem oferecer nenhuma contraprestação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.011769-5, da comarca de Itapema, em que é agravante a Companhia Águas de Itapema, e agravada a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao reclamo e, *ex officio*, extinguir o feito sem resolução do mérito no tocante ao pedido “a” da peça inaugural da Ação Cautelar n. 125.05.000233-7 por impossibilidade jurídica relativa do pedido, pois é viável sua formulação em oportunidade própria (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. p. 204. v. III). Custas legais.

RELATÓRIO

A Companhia Águas de Itapema, irresignada com o r. *decisum* que revogou medida liminar na ação cautelar inominada proposta contra a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan, interpôs agravo de instrumento com o intuito de obter a sua modificação.

Aduziu que o ato interlocutório impugnado equivocadamente cessou os efeitos da liminar que determinou a instalação de medidor de água na entrada da cidade e que suspendeu a exigibilidade de faturas pendentes de pagamento. Salientou que há descumprimento de obrigação contratual, pois não foi instalado o medidor no ponto de entrega, mas na saída da estação de tratamento, e que o corte do fornecimento de água e o protesto dos títulos de crédito lhe causarão dano irreparável.

Juntou documentos.

O efeito suspensivo foi rejeitado.

Transcorreu *in albis* o prazo para resposta.

VOTO

De plano, é conveniente tecer algumas considerações sobre a natureza dos pedidos formulados na ação cautelar. É imprescindível que se faça a distinção entre as tutelas de urgência no direito brasileiro.

Excluídas desta análise aquelas previstas nos procedimentos especiais codificados e extravagantes, têm-se basicamente os institutos da antecipação dos efeitos da tutela e da medida cautelar. O diferencial entre elas reside no conceito de satisfatividade.

Na medida cautelar, há somente uma tentativa de eliminar o risco que possa inviabilizar futura composição positiva do litígio. Por outro lado, na antecipação dos efeitos da tutela, já é satisfeito, provisoriamente, o interesse material submetido ao Juízo, ainda que parcialmente. Naquela, a satisfatividade é no plano fático; nesta, atua no direito.

É essa a exegese de Humberto Theodoro Júnior:

Tanto a medida cautelar propriamente dita (objeto de ação cautelar) como a medida antecipatória (objeto de liminar na própria ação principal) representam providências, de natureza emergencial, executiva e sumária, adotadas em caráter provisório. O que, todavia, as distingue, em substância, é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão (*Processo cautelar*. 22. ed. São Paulo: Leud, 2005. p. 80).

Embora tal distinção deva ser feita sempre com base nas situações concretas submetidas à apreciação jurisdicional, é possível, *verbi gratia*, declinar algumas situações: na busca da liquidação de direito de crédito (direito material), o bloqueio de valores é cautela e o levantamento é antecipação; na disputa de titularidade de bem infungível, a sua guarda em juízo/posse de terceiro é cautela, e a inversão de posse entre os litigantes é antecipação; e na busca de invalidação de procedimento administrativo, a sua interrupção é cautela e a desconsideração de seus efeitos é antecipação.

O pleito ora apresentado, de fato, possui as duas naturezas. Enquanto se busca a suspensão da exigibilidade das faturas emitidas pela agravada (cautela) para impedir a ocorrência de dano elevado, é almejada determi-

nação para cumprimento de cláusula contratual com instalação de medidor (antecipação). Destarte, sem prejuízo de oportuna análise posterior em pleito de antecipação dos efeitos da tutela, não pode ser apreciado o pedido “a” da peça inaugural da Ação Cautelar n. 125.05.000233-7.

Ademais, as dúvidas que a agravante possui quanto ao pleno cumprimento do contrato no tocante ao local de posicionamento do instrumento de medição não justificam, sem a verificação de verdadeiro prejuízo no fornecimento de água em virtude disto, que ela se recuse a pagar pela mercadoria recebida. Essa conduta é absolutamente contrária, *data venia*, à boa-fé objetiva, segundo a qual as partes devem se comportar-se de modo a facilitar o cumprimento do contrato, observando suas obrigações e não dificultando que o outro contratante cumpra com as suas. O inadimplemento incontroverso não é, evidentemente, compatível com essa postura (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79-87 e 447-461).

Resta o exame do mérito cautelar quanto à suspensão da exigibilidade das duplicatas lançadas pela agravada, que consiste na apreciação do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

A controvérsia se deu em torno do contrato firmado entre as partes no final de 2004 para que a Casan fornecesse água à nova concessionária desse serviço municipal. Sustenta esta que não foi instalado medidor nos termos contratados, o que inviabilizou a averiguação do *quantum* devido pelo serviço.

Foi proposta medida cautelar preparatória (125.05.000233-7), seguida da ação principal n. 125.05.001832-2, na qual se almeja a instalação do mencionado medidor.

Ao realizar inspeção judicial, a digna Magistrada *a quo*, acompanhada de perita, verificou:

A existência de um macro-medidor, de uma marca do mercado, em funcionamento perfeito, segundo a vistoria. [...] o aparelho macro-

medidor marca com segurança a água que é distribuída ao Município de Itapema. O aparelho somente efetua a leitura se realmente houver a passagem de água. Ficou constatado que se houver interrupção do fornecimento, automaticamente não haverá leitura no sensor, dispositivo eletrônico que faz a leitura no referido aparelho. Que após a medição a água entra diretamente na adutora de Itapema, que é separada inteiramente das outras duas adutoras que fazem a distribuição para Porto Belo e Bombinhas. A referida adutora, conforme visto pelos presentes, além de ser separada das outras, tem diâmetro de 250 mm, bem como é a mesma medida das outras adutoras. Conforme visto, as três adutoras seguem de forma paralela à BR 101. Que até a ponte do Perequê pode constatar a Sra. Perita que não existe comunicação entre as três adutoras. Após, a adutora de Itapema se ramifica dentro do município de Itapema. Que pode constatar que as três adutoras seguem paralelas, margeiam para Itapema e logo depois de certa distância da ponte separam-se, indo as duas adutoras para Porto Belo e Bombinhas e a adutora de Itapema adentra o Município. Inexiste qualquer condição de vedar a tubulação de água e o macro-medidor continue marcando. Interrompendo o fluxo de água, interrompe a leitura do medidor (Autos n. 125.05.000233-7, fl. 207).

Busca a agravante, *in casu*, por meio da suspensão dos títulos de crédito, impedir futura cobrança pelo serviço prestado (iniciado em 2004), apesar de nunca ter apresentado a respectiva contraprestação.

Ainda que se possa vislumbrar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, em virtude do considerável número de obrigações e despesas realizadas pela agravada para manter o fornecimento de água, serviço público indispensável, que poderia ser prejudicado por cobrança supostamente indevida e pelos efeitos de eventual protesto, é imprescindível que esteja presente também o outro elemento indispensável para a cautela.

A fumaça do bom direito, que aqui pode ser bem fixada como plausibilidade, é fragilizada essencialmente por dois fundamentos. Primeiro, todos os elementos apresentados indicam que não há nenhuma eiva no fornecimento de água pela Casan e nem na sua medição. A referida inspeção judicial é mais que suficiente para afastar a medida. Ainda que não tenha ocorrido a instalação do medidor no local pretendido pela agravante,

o que será debatido nos autos principais, somente a plausível demonstração de real prejuízo permitiria a cogitação de eiva no débito discutido.

Ademais, embora não negue que o serviço está sendo prestado, a irrisignada também não demonstra o pagamento de nenhum valor como contraprestação. *Concessa venia*, essa conduta não apenas reforça a plausibilidade do direito aduzido como também se mostra altamente reprovável.

Por fim, embora a tutela ora pretendida seja inadequada, deve-se registrar que nos Autos n. 125.06.005317-1 a agravante depositou o valor almejado pela Casan, assegurando a satisfação do crédito, e requereu a liberação da quantia incontroversa. Logo, não apenas reconhece a higidez de parcela considerável da dívida como também viabiliza, naqueles termos, a discussão do débito:

Isto posto, face aos fatos e fundamentos ora consignados, determino: 1 em caráter de urgência e, inclusive, de plantão se necessário, que a autora (Casan) seja intimada para reestabelecer o fornecimento de água tratada, nas condições previstas no Contrato de fls. 38 a 48, imediatamente, sob pena de caracterização do crime de desobediência e reestabelecimento compulsório pelo próprio Oficial de Justiça; 2 que o reestabelecimento seja acompanhado/ ou procedido pelo Sr. Oficial de Justiça desta Comarca, com as prerrogativas do art. 172 do CPC que deverá, no ato, proceder antes a medição do Hidrômetro n. 96FM00515, anotando a numeração encontrada; 3 que seja liberado imediatamente em favor da autora a quantia incontroversa entre as partes, qual seja, de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais); 4 que, uma vez juntada aos autos prova documental da transferência do valor incontroverso em favor da autora, seja oficiado aos bancos e demais órgãos competentes para que se proceda o desbloqueio das contas em nome da ré (Companhia Águas de Itapema).

DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao reclamo e, *ex officio*, extingue-se o feito sem resolução do mérito no tocante ao pedido *a* da peça inaugural da Ação Cautelar n. 125.05.000233-7 por impossibilidade jurídica relativa do pedido, pois é viável sua formulação em oportunidade própria

(PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense. p. 204).

Participaram do julgamento, os Exmos. Srs. Des. Cid Goulart e Jaime Ramos.

Florianópolis, 3 de outubro de 2006.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.017508-2, de Rio do Sul

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – MODIFICAÇÃO DO *QUANTUM* PERCEBIDO – DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAR OS ATOS – ART. 54 DA LEI N. 9.784/99 – ATO COMPLEXO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – ATO DETERMINADO PELO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS – MERO CUMPRIMENTO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO.

Não obstante ser a Lei n. 9.784/99 uma lei federal e não nacional, com o intuito de preservar a segurança jurídica e de impedir que se constitua, pela inércia legislativa, um poder de revisão *ad perpetuum* da Administração Pública, formou-se entendimento pretoriano favorável à aplicação do art. 54 sempre que inexistisse uma regulamentação própria (REsp. n. 628524/RS).

“O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas” (MS n. 25.113-1).

“Em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissivo ou praticado com abuso de poder” (MS n. 9.244/DF, Min. Castro Meira).

Há carência de ação, por ilegitimidade passiva *ad causam*, quando o mandado de segurança é impetrado contra ato praticado pelo prefeito municipal em mero cumprimento de determinação

do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, pois lhe falta poder de rever o ato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.017508-2, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Rio do Sul (3ª Vara Cível), em que é impetrante Eva Cé, e impetrado o Prefeito Municipal de Rio do Sul:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário para extinguir o feito sem resolução do mérito por carência de ação (ilegitimidade passiva *ad causam*). Custas legais.

RELATÓRIO

Eva Cé, irresignada com o ato do Prefeito Municipal de Rio do Sul que determinou a redução de seus proventos em atenção à determinação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, impetrou mandado de segurança com fulcro no art. 54 da Lei n. 9.784/99, que estabelece plano decadencial para a Administração anular seus próprios atos quando apresentem ilegalidade. Aduziu que este prazo, de cinco anos, já estaria esgotado, pois aposentou-se em 1998, o que caracteriza ofensa a direito líquido e certo.

Documentos instruem a exordial, com destaque para a decisão do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas.

A medida *initio litis* foi deferida.

Em informações, a autoridade indigitada coatora aduziu que simplesmente cumpriu determinação do Tribunal de Contas, que atuava no legítimo exercício de suas funções constitucionais.

Após manifestação parcialmente favorável do *Parquet*, sobreveio ato compositivo da lide que concedeu a ordem almejada.

Transcorreu *in albis* o prazo para irresignação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, manifestou-se pela conversão do julgamento em diligência.

Solucionada a eiva material (fls. 78 a 88), os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Indispensável, de plano, asseverar que a Lei n. 9.784/99 é lei federal. Esta, diversamente das nacionais, tem seu âmbito de atuação limitado à União, sem atingir, imediatamente, os demais Entes Federados, como se pretende, na espécie, quanto aos Municípios.

Todavia, com o intuito de preservar a segurança jurídica e de impedir que se constitua, pela inércia legislativa, um poder de revisão *ad perpetuum* da Administração Pública, formou-se entendimento pretoriano favorável a sua aplicação sempre que inexistisse uma regulamentação própria:

1. Não pode o administrado ficar sujeito indefinidamente ao poder de autotutela do Estado, sob pena de desestabilizar um dos pilares mestres do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da segurança das relações jurídicas. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade exceção.
2. Na ausência de lei estadual específica, a Administração Pública Estadual poderá rever seus próprios atos, quando viciados, desde que observado o prazo decadencial de cinco anos. Aplicação analógica da Lei n. 9.784/99 (REsp. n. 628524/RS, MIna. Laurita Vaz).

Há, portanto, possibilidade jurídica.

Por outro lado, é conveniente asseverar que a hipótese *sub judice* é referente a um ato administrativo complexo: a concessão de aposentadoria.

O plenário do Excelso Pretório, aliás, já se manifestou nesse sentido: “O ato de aposentadoria configura ato administrativo com-

plexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido à condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração” (MS n. 25.113-1/DF, Min. Eros Grau, Pleno, unânime, j. em 7-4-05).

Na mesma toada, destaca Celso Agrícola Barbi:

Nos atos complexos em geral, que são aqueles em cuja elaboração atua mais de uma autoridade, o entendimento generalizado é que todos os órgãos participantes são considerados autoridades coatoras, devendo, pois, ser notificados para prestação das informações ao magistrado (*Do Mandado de Segurança*, 8. ed. FORENSE. p. 102, n. 109).

Na espécie, teríamos, *a priori*, a Administração Municipal de Rio do Sul e o Tribunal de Contas do Estado, que atua em auxílio à Câmara Municipal (art. 113 da Constituição Estadual). O ato apenas se aperfeiçoaria com a homologação pelo Tribunal de Contas, conforme exegese dos arts. 59, III, e 113 da Constituição do Estado de Santa Catarina, com simetria ao art. 71, III, da Carta Magna. Durante o prazo entre a concessão da aposentadoria e o devido registro no Tribunal de Contas, ato não demonstrado na espécie, não se inicia o prazo decadencial nem há aquisição de direito adquirido, pois ele não se aperfeiçoou.

Nada obstante, uma particularidade deve ser destacada. Embora não se apresente em nenhum momento a existência do registro da aposentadoria no Tribunal de Contas para que pudesse ser contado o prazo decadencial, é verificada a existência do Processo n. 03/07180310, iniciado em 2003, no qual foi assinado prazo para que a Administração Municipal reduzisse os proventos da impetrante, com fulcro no art. 59, IX, de nossa Constituição Estadual, fixando com exatidão os valores que deveriam ser reduzidos.

Por óbvio, *concessa venia*, não restou nenhuma margem de discricionariedade para o ato praticado pelo Prefeito do Município de Rio do Sul, uma vez que foi até mesmo indicado o *quantum* que deveria ser reduzido.

Constata-se que o ato impugnado neste *mandamus* é, na verdade, a decisão do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas de Santa Catarina, e a suposta autoridade coatora é, por conseguinte, o seu Excelentíssimo Presidente. Tornou-se pacífico na doutrina e na jurisprudência que apenas pode figurar no pólo passivo do mandado de segurança a autoridade administrativa com poder de suspender (ou praticar) o ato considerado ilegal, algo fora do alcance do ora legitimado passivo.

Nesse sentido: “Em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissivo ou praticado com abuso de poder” (MS n. 9244/DF, Min. Castro Meira).

Destarte, há ilegitimidade passiva *ad causam*, pois verifica-se a carência de ação que acarreta a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, IV, do CÂnone Processual), ressalvada oportuna impugnação do tema em apropriada ação cognitiva.

DECISÃO

Ante o exposto, dá-se provimento ao reexame necessário para extinguir o feito sem resolução do mérito por carência de ação (ilegitimidade passiva *ad causam*).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Cid Goulart e Des. Subst. Jaime Ramos. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 24 de outubro de 2006.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE E RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2003.010973-0, de Blumenau

Relator: Des. Luiz César Medeiros

PROCESSO CIVIL – AÇÕES CONEXAS – COMPETÊNCIA
– MATÉRIA DECIDIDA PELO STJ – REMESSA PARA O TRT
– DECISÃO ANULADA.

1. Firmada pelo Superior Tribunal de Justiça a competência da Justiça Estadual para o julgamento de recurso de sentença proferida antes da EC n. 45/2004, mesmo se tratando de matéria atualmente afeta à Justiça do Trabalho, impõe-se a anulação da decisão *declinatoria fori*.

2. Reconhecido que o resultado de um processo interferirá em outro que trata da mesma matéria, torna-se imperativa a simultaneidade dos julgamentos. Assim, deverão os autos ser encaminhados ao magistrado prevento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.010973-0, da comarca de Blumenau, em que é apelante Sindiconde – Sindicato dos Condomínios de Santa Catarina e apelado Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Edifícios Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau – Secovi:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, de ofício, anular o julgamento de fl. 675 e remeter os autos à egrégia Primeira Câmara de Direito Público. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Sindicato dos Condomínios do Estado de Santa Catarina – Sindicato ingressou com ação declaratória de anulação de ato jurídico contra o Sindicato das Empresas de Compra e Venda Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau – Secovi, sustentando, em síntese, que o requerido estabeleceu uma entidade sindical pela criação de um estatuto social para se apresentar como sindicato representativo dos condomínios em sua área de abrangência; entretanto, não detém a representação da classe patronal dos condomínios, e por este motivo não poderia ter formado e registrado o sindicato como o fez.

Acrescentou que o estatuto social do réu não ampara os condomínios, uma vez que convoca tão-somente os seus sócios.

Sustentou que a sua pretensão está apoiada nos preceitos constitucionais (princípio da unicidade sindical), como também em sentenças prolatadas tanto pela Justiça Estadual como pela Justiça do Trabalho.

Concluiu pugnando pela procedência do feito, com a declaração de desconstituição do estatuto social, do registro de sindicato no cadastro de entidades sindicais brasileiras e do registro do estatuto social no Cartório de Títulos, Documentos e Pessoa Jurídica, e pela condenação do réu nas verbas de sucumbência.

Citado, o réu contestou, alegando, preliminarmente, a existência de conexão deste feito com outro já em curso perante a Justiça do Trabalho, além da carência de ação, por considerar que o autor não possui personalidade jurídica em face da ausência de registro perante os órgãos competentes.

No mérito, aduziu que o autor possui representatividade somente na Grande Florianópolis, justo que em Blumenau e região o réu, após o cumprimento das formalidades legais, confirmou a representação da categoria patronal dos condomínios. Destacou que a Constituição impôs a unicidade sindical, efetivada mediante a inscrição do registro sindical

perante o Ministério do Trabalho, pressuposto não observado pelo demandante.

Ao final, pugnou pelo acatamento das preliminares, com a extinção do feito, ou, no mérito, pela improcedência dos pedidos constantes na inicial, bem como pela produção de provas e a condenação do autor nos ônus sucumbenciais.

Após a juntada dos documentos, o Juiz Presidente da 1ª JCJ declinou da competência para processar e julgar o feito, determinando a sua remessa para o Juízo *a quo*.

Adveio, portanto, a sentença proferida pelo Doutor Jorge Luis Costa Beber, cuja parte dispositiva resultou assim redigida:

Ante o exposto, e pelo o que mais dos autos consta, julgo improcedentes os pedidos formulados por Sindiconde – Sindicato dos Condomínios de Santa Catarina nos autos da ação declaratória de anulação de ato jurídico (Processo n. 008.96.012304-3) proposta contra o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau, condenando o demandante ao pagamento das custas finais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.500,00, consoante o art. 20, § 4º, do CPC.

Outrossim, julgo improcedentes os pedidos formulados pela parte autora nos autos da ação declaratória (Processo n. 008.96.016831-4) aforada em desfavor de Secovi – Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau e Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Compra, Venda, Locações e Administração de Imóveis e Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau e Região. Condeno o demandante ao pagamento das custas finais e dos honorários advocatícios, em favor do primeiro réu, em face da revelia do segundo, os quais arbitro em R\$ 1.000,00.

Finalmente, julgo improcedente a medida cautelar inominada (Processo n. 008.98.001723-5) aforada por Sindiconde – Sindicato dos Condomínios de Santa Catarina contra Secovi – Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau. Condeno o autor ao pagamento das custas finais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.000,00.

Diligencie o cartório no traslado desta decisão para os autos em apenso (fls. 452 a 463).

Inconformado, o autor interpôs recurso, postulando a reforma da sentença para

reconhecer o direito do Sindiconde representar a classe Patronal dos Condomínios na região de atuação do Secovi/Blumenau, como sempre estiveram representados por seu sindicato próprio e exclusivo Sindiconde, como já acontece desde o ano de 1988, em detrimento do Secovi/Blumenau que acampa um conglomerado de categorias (fl. 512).

Submetido a julgamento, este Órgão Julgador, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

Por intermédio do despacho de fl. 688, os autos retornaram a este Órgão Julgador sob o argumento de que há conexão do presente feito com os autos da Ação Declaratória n. 008.96.016831-4 e da Medida Cautelar Inominada n. 008.98.001723-5, que, após suscitação de conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, retornaram a esta Corte de Justiça para julgamento.

VOTO

Extrai-se dos autos que efetivamente há conexão do presente feito com a Ação Declaratória n. 008.96.016831.4 e a Medida Cautelar n. 008.98.001723.5, as quais visam à nulidade da Convenção Coletiva de Trabalho, registrada sob o n. 331, em relação à classe patronal dos condomínios (representatividade) e o repasse dos valores recolhidos a título de imposto sindical feitos pelos condôminos em favor do Secovi, respectivamente.

In casu, conforme relatado, o autor ajuizou ação declaratória de anulação de ato jurídico contra o Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais de Blumenau – Secovi, sustentando, em síntese, que o requerido estabeleceu uma entidade sindical pela criação de um Estatuto Social para

se apresentar como Sindicato representativo dos Condomínios em sua área de abrangência; entretanto, não detém a representação da classe patronal dos condomínios, e por esse motivo não poderia ter formado e registrado o sindicato como o fez. Evidente, pois, a conexão entre as ações.

Do sistema de automação do Judiciário de segundo grau colhe-se que naqueles autos foi suscitado conflito negativo de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, tendo sido declarada a competência deste Tribunal para análise e julgamento do feito.

Assim, imperiosa se torna a anulação do julgamento realizado por este Órgão em 3 de outubro do corrente, no qual não foi conhecido o recurso e determinada a remessa dos autos para o Tribunal Regional do Trabalho, conforme consta no acórdão de fls. 676 a 685, e a conseqüente redistribuição dos autos ao Desembargador Relator das Apelações Cíveis n. 2003.010974-9 e 2003.010975-7, rel. Des. Volnei Carlin, haja vista a prevenção.

Ante o exposto, de ofício, anulo o julgamento de fl. 675 e remeto os autos para que seja redistribuído ao eminente relator preventivo.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, anularam o julgamento de fl. 675 e remeteram os autos para a egrégia Primeira Câmara de Direito Público.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2006.

Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2006.033909-5, de Blumenau

Relator: Des. Amaral e Silva

PENAL E PROCESSUAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NA LEI N. 10.409/02 – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – EMBARGOS REJEITADOS.

Não há nulidade quando não demonstrado efetivo prejuízo à defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2006.033909-5, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é embargante Rômulo Renê Vargas e embargada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, rejeitar os embargos infringentes. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Rômulo Renê Vargas contra o venerando acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de nulidade do processo suscitada, de ofício, pelo relator e, no mérito, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso unicamente para assegurar ao apelante a progressão do regime de cumprimento da pena (fl. 243).

O embargante pleiteia, em síntese, a prevalência do douto voto vencido referente à preliminar de nulidade do processo desde o rece-

bimento da denúncia, decorrente da inobservância do rito da Lei n. 10.409/02, mais benéfico ao réu.

Repousa a divergência na análise da preliminar de nulidade.

O douto voto vencido sustentou que, considerando recente posicionamento dos Tribunais Superiores referente à aplicação da Lei n. 10.409/02 nas ações relativas aos crimes de tóxicos, por ser mais benéfica, e necessitando de contraditório prévio, que poderia acarretar a rejeição da denúncia pelo juiz, a inobservância de tal rito causa nulidade absoluta do processo, pelo que a declarava de ofício.

Admitidos os embargos (fl. 262), a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não acolhimento, sob o argumento da ausência de nulidade pela não ocorrência de efetivo prejuízo ao embargante.

VOTO

1 – *Data venia* do bem fundamentado voto vencido, rejeito os embargos.

Inviável reconhecer a pretensão de nulidade do feito por inobservância do procedimento previsto na Lei n. 10.409/02, principalmente quanto à necessidade de defesa preliminar.

Isso porque, conforme se extrai dos autos, o recebimento da denúncia e os demais atos de instrução ocorreram no decorrer dos anos de 2002 e 2003, quando o entendimento jurisprudencial era pela inaplicabilidade da Lei n. 10.409/02 aos crimes previstos na Lei n. 6.368/76.

Além do mais, em nenhum momento a defesa se insurgiu contra a aplicação do rito da Lei n. 6.368/76, motivo pelo qual inadmissível reconhecer possível nulidade, ainda que considerada absoluta, isso por ausência de qualquer prejuízo à defesa.

Destacando a necessidade de comprovar o prejuízo para a declaração de nulidade, tanto relativa como absoluta, colaciono precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROCEDIMENTO. LEI N. 10.409/2002. NULIDADE. PREJUÍZO.

1. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades — *pas de nullité sans grief* — compreende as nulidades absolutas” (HC n. 81.510, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12-4-2002). 2. Ordem indeferida (HC n. 85155/SP – rela. Min. Ellen Gracie – j. 22-3-2005 – DJ 15-4-2005).

Extraio do entendimento dominante desta Corte em casos análogos:

PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR – ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 38 DA LEI N. 10.409/2002 – NULIDADE RELATIVA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – EIVA REPELIDA (Ap. Crim. n. 2006.022333-8, da Capital, rel. Des. Jorge Mussi).

APELAÇÃO CRIMINAL – RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS – ARGÜIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO DISPOSTO NA LEI N. 10.409/02 E DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO – REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO PRELIMINAR EM MOMENTO ANTERIOR À APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR – OBVIIDADE, POR EXPRESSA DICÇÃO LEGAL – MANDADO CITATÓRIO DEVIDAMENTE CUMPRIDO E ANEXADO AOS AUTOS – PRECEITOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS PELO TOGADO *A QUO* AO LONGO DA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL – PRELIMINARES AFASTADAS (Ap. Crim. n. 2006.014067-0, de Araquari, rel. Des. Subst. Tulio Pinheiro).

Em outra oportunidade já decidi:

PENAL E PROCESSUAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – AUSÊNCIA DE DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NA LEI N. 10.409/02, FALTA DE ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS E ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA – NULIDADES AFASTADAS ANTE A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO (Ap. Crim. n. 2005.025642-0, de Lages).

2 – Pelo exposto, acompanho os votos majoritários para manter a rejeição da preliminar de nulidade.

DECISÃO

Por maioria de votos, rejeitaram os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Souza Varella, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Torres Marques e Carstens Köhler, e, vencido, Sérgio Paladino, que votou pelo acolhimento dos embargos. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2007.

Amaral e Silva

PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino

Dissenti da douta maioria pelas mesmas razões expostas no voto vencido acostado à fl. 254.

Sérgio Paladino

REVISÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2007.006532-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Torres Marques

REVISÃO CRIMINAL – ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR EM CONCURSO MATERIAL – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS – MATÉRIA JÁ DISCUTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL – REDISCUSSÃO INVIÁVEL – NÃO CONHECIMENTO.

CRIMES HEDIONDOS – INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI N. 8.072/90 RECONHECIDA PELO STF – ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O INICIAL FECHADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2007.006532-0, da comarca de Balneário Camboriú, em que é requerente Ilzomar Fernandes de Souza:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade de votos, não conhecer da revisão e, de ofício, alterar o regime prisional. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Perante o juízo da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, o representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Ilzomar Fernandes de Souza, dando-o como incurso nas sanções do art. 214, c/c o art. 224, *a*, c/c o art. 225, § 1º, II, c/c o art. 226, II e III (por quatro vezes), todos do Código Penal.

Finda a instrução criminal, o acusado foi condenado por infração ao art. 214, c/c os arts. 224, *a*, 225, § 1º, II, 226, II, e 69, todos do Código Penal, à reprimenda de 23 (vinte e três) anos e 9 (nove)

meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 89 a 104).

O acusado recorreu da decisão, e a Primeira Câmara Criminal desta Corte negou provimento ao apelo e, de ofício, afastou a pena de multa imposta (fls. 125 a 131).

Por meio da presente revisão, o réu alegou que as circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução do ilícito perpetrado autorizam o reconhecimento da continuidade delitiva (fls. 2 a 9).

Foram os autos à Procuradoria Geral de Justiça (fls. 153 a 154) que opinou pelo indeferimento da revisional.

VOTO

Trata-se de revisão criminal impetrada por Ilzomar Fernandes de Souza contra a decisão que o condenou como incurso nas sanções do art. 214, c/c os arts. 224, *a*, 225, § 1º, II, 226, II, e 69, todos do Código Penal.

O requerente ataca o reconhecimento do concurso material entre os delitos, sob o argumento de que as condições de tempo, lugar e maneira de execução autorizam a aplicação da continuidade delitiva.

Todavia, referida matéria foi discutida na Apelação Criminal n. 2004.001147-4, pelo que se extrai do corpo do acórdão:

[...] Por sua vez, a continuidade delitiva, prevista no art. 71, *caput*, do Código Penal, não se faz presente.

[...] No caso vertente, muito embora o primeiro delito tenha ocorrido do mesmo modo que o segundo, contra a mesma vítima, em curto espaço de tempo entre um e outro (uma semana), não está configurado o fator espacial, ou seja, a condição de lugar.

Está provado nos autos, inclusive pelas próprias declarações da vítima, que a primeira vez que o apelante cometeu o crime de atentado violento ao pudor foi na comarca de Imbituba, enquanto

que a segunda vez em que restou constrangida à prática dos atos libidinosos foi na comarca de Balneário Camboriú.

Ora, ainda que a jurisprudência dominante considere a continuidade delitiva entre duas cidades próximas, isto não ocorre na presente hipótese [...] (fls. 129 e 130).

Percebe-se, então, que o revisionando em verdade pretende re-discutir a matéria já suscitada e solucionada na apelação criminal, não apresentando prova nova, o que é vedado. Nesse sentido já decidiu esta Corte:

“Já tendo a matéria sido apreciada e repelida em sede de apelação, então só fica suscetível de uma nova análise caso esteja calcada em novas provas” (Revisão Criminal n. 2002.014153-0, de Lages, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 28-8-02).

“Não deve ser conhecido o pedido de revisão criminal, quando baseado em argumentos já apreciados e rejeitados em grau de recurso, sob pena de transformar a instância revisional em segunda apelação” (Revisão Criminal n. 2003.024057-8, de Brusque, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 25-2-04).

Posto isso, não se conhece da revisional.

Nada obstante, em atenção à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 82.959/SP, que afastou a vedação à progressão de regime estabelecida pelo § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, de ofício, altera-se o regime prisional imposto ao ora requerente para o inicial fechado.

DECISÃO

Ante o exposto, não se conhece da revisão e, de ofício, altera-se o regime prisional.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Sérgio Paladino, Solon d’Eça Neves, Irineu

João da Silva e José Carlos Carstens Köhler (em substituição), tendo exarado parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Torres Marques
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2006.020493-6, de Santa Rosa do Sul

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

APELAÇÕES CRIMINAIS – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL) – PRELIMINAR AFASTADA – INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NA FASE EXTRAJUDICIAL – MERA IRREGULARIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS EM HARMONIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO – RÉU REINCIDENTE – RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA – RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

Nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados às escondidas, a palavra da vítima, quando corroborada por indícios e circunstâncias demonstrados no processo, possui valor probatório, autorizando a prolação do decreto condenatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.020493-6, da comarca de Santa Rosa do Sul (Vara Única), em que são apelantes e apelados João Francisco Filiposki e a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso de João Francisco Filiposki e dar provimento ao recurso ministerial. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Santa Rosa do Sul ofereceu denúncia contra o acusado João Francisco Filiposki, dando-o

como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, em razão dos fatos e fundamentos assim narrados na exordial acusatória:

Segundo consta nos autos o denunciado João Francisco Filiposki e Leandro Melo deliberaram em realizar um roubo no município de Praia Grande/SC.

Firmes no desiderato criminoso traçado adredemente, no dia 3 de julho de 2005, dirigiram-se ambos até a residência da vítima José Oli Pacheco localizada na Rua Abel Esteves Aguiar e, como não havia ninguém em casa, aguardaram às escondidas a chegada da vítima.

Assim é que, por volta das 22 horas, a vítima chegou no local em um veículo na companhia de sua esposa Cecília dos Santos Pacheco e, logo que desembarcaram, foram rendidos pelo denunciado que portava uma machadinha e por Leandro Melo que se encontrava armado com um revólver, os quais anunciaram o assalto e, sob ameaças de morte, exigiram que lhes fossem entregues R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao que respondeu a vítima José Oli Pacheco que não possuía tal quantia em sua casa. Inconformados com a alegação da vítima, o acusado e Leandro insistiram na exigência, quando em certo momento, chegou no local o filho das vítimas, Maurício dos Santos Pacheco, o qual também foi rendido. Diante das ameaças que eram feitas às vítimas, José Oli Pacheco convenceu o acusado e Leandro de que seu irmão, Juventino da Rosa Pacheco, possivelmente teria tal quantia, uma vez que era proprietário de um mercado localizado nas imediações e havia aberto durante o dia.

Ato contínuo, rumaram todos a procura de Juventino que, ao ser encontrado, foi informado pela vítima Cecília acerca do roubo e das ameaças de morte, enquanto José e Maurício ficavam sob a mira das armas. Ciente do que estava ocorrendo, Juventino foi até sua residência, apanhou aproximadamente R\$ 3.000,00 (três mil reais), voltou e entregou a quantia ao acusado e a Leandro.

Não satisfeitos, o acusado e Leandro insistiram na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo as vítimas sob a mira das armas, restringindo a liberdade ameaçando-as de morte.

Desesperadas, as vítimas reagiram e iniciaram uma luta corporal, quando, então, em certo momento, Juventino conseguiu tomar o revólver de Leandro e contra ele disparou dois tiros que o atingiram na cabeça, prostrando-o ao chão, enquanto o acusado João Francisco Filiposki evadiu-se do local levando consigo os R\$ 3.000,00 (três mil reais) subtraídos.

Leandro foi socorrido e levado ao Hospital de Sombrio, mas em razão dos ferimentos sofridos veio a óbito.

O processo seguiu seus trâmites legais, e, ao final, o Magistrado julgou procedente a denúncia para condenar o acusado João Francisco Filiposki à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Inconformados com o teor da decisão do Juiz *a quo*, João Francisco Filiposki e o representante do Ministério Público interpuseram recursos de apelação.

João Francisco Filiposki alegou, preliminarmente, a nulidade do processo, uma vez que não foram obedecidos os requisitos do art. 226 do Código de Processo Penal por ocasião do reconhecimento fotográfico realizado na fase extrajudicial. No mérito, pugna a absolvição, tendo em vista a falta de prova capaz de embasar o decreto condenatório.

O representante do Ministério Público, por sua vez, aduziu o reconhecimento da agravante de reincidência, nos termos do art. 61, I, do Código Penal.

Contra-arrazoados os recursos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo provimento do apelo ministerial e pelo desprovimento do apelo defensivo.

VOTO

Primeiramente, passa-se à análise do recurso da defesa.

Ab initio, cumpre salientar que a preliminar de nulidade do processo por inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal, por ocasião do reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, deve ser afastada de plano.

Com efeito, possíveis irregularidades ocorridas na fase extrajudicial não maculam o processo, porquanto o inquérito policial é fase meramente informativa.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

A jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou já o entendimento no sentido de que, enquanto peça meramente informativa, eventuais nulidades que estejam a gravar o inquérito policial em nada repercutem no processo do réu, notadamente após o trânsito em julgado do *decisum* (HC n. 31385/SP – rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 10-8-2004 – DJ 25-10-2004).

Se isso não bastasse, o referido reconhecimento fotográfico foi posteriormente reiterado na Delegacia, dessa vez por meio de reconhecimento pessoal. Cecília dos Santos Pacheco (fl. 112), José Oli Pacheco (fl. 113) e Juventino da Rosa Pacheco (fl. 114) reconheceram a pessoa de João Francisco Filiposki, dentre as perfilhadas, como sendo quem, no dia 3-7-2005, teria efetuado o assalto e empreendido fuga.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL – ROUBO – CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS – RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO NA POLÍCIA – VALIDADE – DESNECESSÁRIA A OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – NULIDADES REJEITADAS – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – VALIDADE – ÁLIBI NÃO COMPROVADO – MAUS ANTECEDENTES – AUSÊNCIA – DOSIMETRIA – ADEQUAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Corroborado por outros elementos de prova, o reconhecimento fotográfico torna certa a autoria [...] (Ap. Crim. n. 2006.008985-3, de Palhoça, rel. Des. Amaral e Silva).

Assim, rejeita-se a preliminar argüida pela defesa.

No mérito, melhor sorte não socorre a defesa.

O réu apelante foi condenado pelo crime descrito no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, *verbis*:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

[...]

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;

[...]

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

As provas colacionadas aos autos convergem no sentido exato de atribuir ao recorrente o delito de roubo triplamente circunstanciado, conforme classificado na denúncia, formando um seguro juízo de convicção que permite a sua condenação.

A materialidade encontra-se indubitavelmente demonstrada no Boletim de Ocorrência (fls. 6 e 7), no Termo de Exibição e Apreensão (fls. 8 a 10), assim como nas declarações da vítima e das testemunhas.

A autoria, por sua vez, revela-se incontestável. Embora o apelante tenha negado a responsabilidade, afirmando que apenas emprestou uma machadinha e determinada quantia em dinheiro para que Leandro realizasse o assalto, as provas carreadas aos autos não ressoam nesse sentido.

Vale ressaltar que a vítima e as testemunhas reconheceram o réu apelante em duas oportunidades, na fase policial e judicial.

Salienta-se que a vítima José Oli Pacheco conta com minúcias o ocorrido:

Que o declarante foi dar uma volta de carro com sua esposa e quando retornou foi abordado dentro da garagem de sua residência por duas pessoas encapuzadas, tendo uma delas chegado pela janela do caroneiro e o outro pela do motorista; que pelo lado do depoente chegou um homem apontando um revólver e anunciando o assalto e pelo lado de

sua esposa outro portando uma machadinha; que os assaltantes queriam dinheiro e levaram o depoente e sua esposa para dentro da residência e lá tiraram os capuzes; que o filho do depoente chegou um pouco depois e após uma negociação o deixaram entrar na casa sendo que a esposa do depoente desceu e explicou para o filho o que estava acontecendo; que o depoente disse que não tinha dinheiro mas que poderia conseguir com seu irmão e então os assaltantes colocaram todos dentro de um veículo F-250 e foram procurar o irmão do depoente; que encontraram seu irmão em um bar e a esposa do declarante chamou-lhe explicando a situação; que o irmão do depoente foi até o carro e do lado de fora passou a negociar com o assaltante que portava a machadinha; que o depoente e seu filho ficaram dentro da caminhonete com o outro assaltante sob a mira da arma; que em certo momento este assaltante apontou a arma para o filho do depoente e então houve a reação para tentar tomar a arma do assaltante; que o depoente ganhou um chute no peito e caiu para fora do carro e começou a pedir socorro; que logo chegou várias pessoas no local; que os assaltantes queriam R\$ 10.000,00 (dez mil reais) no mínimo e não aceitava o dinheiro que estava sendo ofertado pelo irmão do depoente; que o depoente reconhece e tem certeza absoluta de que o réu, presente na audiência é uma das pessoas que lhe assaltou naquele dia (fl. 140 e 141).

A testemunha Juventino da Rosa Pacheco, a seu turno, corrobora o alegado pela vítima:

Que o depoente estava jogando cartas em um bar ao lado de sua casa; que já havia notado seu irmão passar duas vezes pelo local; que logo depois a sua cunhada chegou no bar chamando-o urgentemente e explicou que o esposo e o filho estavam dentro da caminhonete e estava sendo assaltados; que o depoente foi até o veículo e passou a negociar com o réu; que o depoente ia até sua casa buscar o dinheiro sozinho porque tinha dois filhos e então os assaltantes ficaram esperando com as vítimas dentro da caminhonete; que o depoente trouxe em torno de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e entregou para o réu mas este insistia que queria no mínimo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e então começou a reação por parte de seu irmão; que houve uma briga e o depoente foi atingido por golpes de machadinha na cabeça e próximo ao pescoço; que também lutou contra o outro assaltante segurando o revólver pelo tambor; que em certo momento houve o disparo; que o depoente não lembra ao certo como a arma disparou pois estava meio tonto em razão das agressões praticadas com a machadinha; que os assaltantes não estavam com capuzes; que o depoente não tem nenhuma dúvida

que o réu, presente na audiência, é a pessoa que estava portando a machadinha (fl. 142).

Outra não é a versão das demais testemunhas.

Salienta-se que, nos crimes contra o patrimônio, as declarações da vítima e das testemunhas são de suma importância, tendo em vista a natureza desses delitos, normalmente cometidos na clandestinidade.

Nesse sentido, a jurisprudência tem afirmado:

“Em se tratando de crime de roubo, a palavra da vítima, no que tange ao reconhecimento que fez, de um dos autores do roubo, goza de especial valor probante, principalmente quando harmônica com as demais provas amealhadas nos autos” (Ap. Crim. n. 2002.015127-6, de Mafra, rel. Des. Substit. Jaime Ramos).

E desta Relatoria:

“Nos crimes contra o patrimônio, normalmente praticados às escondidas, as palavras da vítima, corroboradas por indícios e circunstâncias, possuem valor probatório, autorizando a prolação do decreto condenatório” (Ap. Crim. n. 2002.001056-1, da Capital).

Logo, harmonizando o depoimento da vítima com as declarações das testemunhas, pode-se concluir, sem nenhuma dúvida, que o réu apelante em comum acordo com seu comparsa e munidos de arma de fogo e machadinha praticaram o assalto, restringiram a liberdade da vítima e empreenderam fuga.

Assim, caracterizadas a materialidade e a autoria do delito, outra não é a solução senão a condenação, e é inviável falar-se em absolvição por falta de provas.

Por fim, passa-se ao exame do recurso do representante do Ministério Público.

Com efeito, o recurso ministerial deve ser provido.

O MM. Juiz *a quo*, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, considerou como antecedentes a condenação de 20 (vinte) anos, por crime de latrocínio, cujo trânsito em julgado ocorreu em 4-3-1992.

Assim dispõe o Código Penal:

“Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

E prossegue:

Art. 64. Para efeito de reincidência:

“I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...].

Ora, no caso em tela, a reincidência se faz presente, uma vez que o crime de roubo triplamente circunstanciado sob análise ocorreu em 3-7-2005, enquanto o crime anterior, de latrocínio, com pena de 20 (vinte) anos, transitou em julgado em 3-4-1992.

Veja-se, inicialmente, que o crime posterior (roubo triplamente circunstanciado) aconteceu após o trânsito em julgado do primeiro delito (latrocínio). Vale ressaltar que o crime posterior ocorreu dentro do lapso temporal de 5 (cinco) anos, contados a partir do final do cumprimento da pena. Assim, supondo que o réu tenha iniciado o cumprimento da pena do crime de latrocínio no dia imediatamente seguinte ao trânsito em julgado, ou seja, em 4-4-1992, somados 20 (vinte) anos e depois os 5 (cinco) anos, a reincidência somente perderia seus efeitos em 2017.

Ademais, cumpre destacar que o réu não cumpriu a totalidade de sua pena, uma vez que estava foragido.

Dessarte, o réu é reincidente.

Assim, procede-se à dosimetria da pena, mantendo-se o que não foi argüido.

Logo, na primeira fase da dosimetria da pena, tem-se que o réu não possui antecedentes, de forma que, ao se reanalisar as circunstâncias judiciais, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.

Na segunda fase, tem-se que o réu é reincidente (art. 61, I, do Código Penal), razão pela qual se majora a pena em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, totalizando em 8 (oito) anos. Inexistem atenuantes.

A terceira fase permanece inalterada, de forma que se aumenta a pena em 1/2 (metade), tornando-a definitiva em 12 (doze) anos de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

No mais, fica intacta a sentença do Juiz *a quo*.

DECISÃO

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso de João Francisco Filiposki e dá-se provimento ao ministerial.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 8 de agosto de 2006.

Amaral e Silva

PRESIDENTE, COM VOTO

Solon d'Eça Neves

RELATOR

RECURSO DE AGRAVO

Recurso de Agravo n. 2006.023740-9, da Capital

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – CRIME DEFINIDO COMO HEDIONDO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 – POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONTROLE DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – SIMPLES PARECER PSICOLÓGICO NÃO SUBSTITUI A EXIGÊNCIA LEGAL – NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 112 DA LEP COM A EDIÇÃO DA LEI N. 10.792/03 – CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – INTERPRETAÇÃO CONCOMITANTE COM O ART. 83, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PROVIDO.

“A Lei n. 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, parágrafo único, do CP)” (RT 836/535).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2006.023740-9, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, e recorrido Márcio Mariano:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo interposto pelo representante do Ministério Público da comarca da Capital contra a decisão que deferiu pedido de progressão de regime para condenado por crime previsto nos arts. 121, 211 e 213 do Código Penal, bem assim no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.437/97.

Pleiteia o agravante a reforma da decisão para que o benefício de progressão de regime seja precedido de exame criminológico.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 23 a 33), houve despacho de manutenção da decisão (fl. 34).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Com efeito, o recurso deve ser provido.

Primeiramente, cumpre esclarecer, ainda que brevemente, acerca da progressão de regime de penas para os crimes hediondos e os a eles equiparados.

Veja-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada na data de 22-2-2006, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

O julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, em que foi rel. o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, teve o seguinte resultado:

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Srs. Min. Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim (Presidente).

O tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data,

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

Plenário, 23-2-2006.

A ordem impetrada contestava o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que estabelecia que “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Com essa decisão, o regime de cumprimento de pena, nos crimes previstos na Lei n. 8.072/90, passa a ser o fechado.

Superada aludida questão, verifica-se, na hipótese em tela, ser imprescindível a realização de exame criminológico do agravado, tendo em vista a sua periculosidade.

Impende destacar, ao contrário do que sustenta o MM. Juiz *a quo*, que não foi realizado o exame criminológico no apenado. Compulsando os autos, constata-se que à fl. 5 foi acostado um parecer referente ao estado psicológico do agravado, elaborado por uma única psicóloga da Secretaria de Segurança Pública e Defesa do Cidadão.

É cediço que o exame criminológico tem por escopo determinar a adequada classificação do apenado no regime de cumprimento de pena, bem como individualizar a sua execução.

Tal exame deve ser realizado por peritos oficiais do Centro de Observação ou, na falta, pela própria Comissão Técnica de Classificação.

Assim, dispõem os arts. 96 e 98 da Lei n. 7.210/84, *verbis*:

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

Nesse sentido, explica Julio Fabbrini Mirabete:

Ao cuidar da classificação do condenado, a Lei de Execução Penal refere-se também ao exame criminológico, que será efetuado, obrigatoriamente, nos condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 8º, *caput*) e, facultativamente, naqueles destinados ao regime semi-aberto (art. 8º, parágrafo único), com o objetivo de obter os elementos necessários, primeiro, à adequada classificação, e, segundo, à individualização da execução. O exame criminológico é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte “do binômio delito-deliqüente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia”. No exame criminológico, a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a ‘dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminológica)’ e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico).

[...]

O exame criminológico deve ser realizado por peritos oficiais, no Centro de Observação, ou, na falta, pela própria Comissão Técnica de Classificação. Não permite a lei que seja por peritos particulares, já que inaplicável ao caso o art. 43, que se refere apenas a tratamento médico (*Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 50-52).

In casu, nem o Centro de Observação tampouco a Comissão Técnica de Classificação realizaram o exame criminológico no apenado. Apenas foi redigido um parecer acerca da situação psicológica do agravado, que não pode ser substituído pelo referido exame.

Salienta-se que o agravado cometera quatro crimes dolosos mediante violência à pessoa, dois deles alçados à categoria de hediondos. Ora, tal circunstância, efetivamente, demonstra grau maior de periculosidade do agente.

Aludida condição encontra respaldo no art. 112 da Lei n. 7.210/84, com as alterações da Lei n. 10.792/03, retrotranscrito, combinado com o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, *verbis*:

Art. 83 [...]

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará

também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Vale ponderar que a Lei n. 10.792/03, ao trazer nova redação ao art. 112 da Lei n. 7.210/84, não eliminou a possibilidade de realização de exame criminológico, mormente quando se trata de delito cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Para esses delitos, mister se faz a realização de uma análise minuciosa dos dispositivos legais supra-referidos.

Ora, se a concessão do livramento condicional, nos crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, está subordinada à constatação de condições pessoais do agente, aferível, portanto, via exame criminológico, e a norma que trata da progressão de regime de penas, no que tange aos requisitos, manda aplicar a forma estabelecida para aquele benefício, outra não é a solução senão a prévia realização de exame criminológico por ocasião da progressão de regime de penas nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Mais uma vez, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

Tendo sido praticado o crime com grave ameaça ou violência à pessoa, exige-se para a concessão do livramento condicional que as condições pessoais do condenado façam presumir que não voltará a delinquir, vale dizer, que não apresente periculosidade. Essas condições em geral são apuradas pelo exame criminológico ou semelhante, a ser determinado pelo juiz (*Código penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 469).

Verifica-se, pois, que o exame criminológico é indispensável para se avaliar as condições pessoais do agente que façam presumir não volte ele a delinquir.

Julio Fabbrini Mirabete continua:

Entendeu-se que a gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente aconselham a obrigatoriedade do exame criminológico [...], cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, para se apurar se existem as condições pessoais que façam presumir que não voltará ele a delinquir (*Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas. p. 56).

Sobre o tema, a jurisprudência:

A Lei n. 10.792/2003 (que deu nova redação ao art. 112 da Lei de Execução Penal) não revogou o Código Penal; destarte, nos casos de pedido de benefício em que seja mister aferir mérito, poderá o juiz determinar a realização de exame criminológico no sentenciado, se autor de crime doloso cometido mediante violência ou grave ameaça, pela presunção de periculosidade (art. 83, parágrafo único, do CP) (RT 836/535).

Assim, entende-se necessária a realização de exame criminológico tão-somente para os crimes (hediondos ou não) cometidos com violência à pessoa, tais como, estupro, atentado violento ao pudor, latrocínio, homicídio, lesão corporal, roubo etc. Salienta-se que para os demais, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, a realização ou não do exame criminológico fica dentro da discricionariedade do magistrado.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, no dia 4-4-06, o HC n. 88.052/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, assim decidiu:

CRIME HEDIONDO OU DELITO A ESTE EQUIPARADO – IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 – PROGRESSÃO DE RÉGIME – ADMISSIBILIDADE – EXIGÊNCIA, CONTUDO, DE PRÉVIO CONTROLE DOS DEMAIS REQUISITOS, OBJETIVOS E SUBJETIVOS, A SER EXERCIDO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO (LEP, ART. 66, III, B), EXCLUÍDA, DESSE MODO, EM RÉGUA, NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (RTJ 119/668 – RTJ 125/578 – RTJ 158/866 – RT 721/550), A POSSIBILIDADE DE Ó SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EXAMINANDO PRESSUPOSTOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA NA VIA SUMARÍSSIMA DO *HABEAS CORPUS*, DETERMINAR O INGRESSO IMEDIATO DO SENTENCIADO EM RÉGIME PENAL MENOS GRAVO – RECONHECIMENTO, AINDA, DA POSSIBILIDADE DE O JUIZ DA EXECUÇÃO ORDENAR, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – IMPORTÂNCIA DO MENCIONADO EXAME NA AFERIÇÃO DA PERSONALIDADE E DO GRAU DE PERICULOSIDADE DO SENTENCIADO (RT 613/278) – EDIÇÃO DA LEI N. 10.792/2003, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 112

DA LEP – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE, EMBORA OMITINDO QUALQUER REFERÊNCIA AO EXAME CRIMINOLÓGICO, NÃO LHE VEDA A REALIZAÇÃO, SEMPRE QUE JULGADA NECESSÁRIA PELO MAGISTRADO COMPETENTE – CONSEQUENTE LEGITIMIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DO EXAME CRIMINOLÓGICO (RT 832/676 – RT 836/535 – RT 837/568) – PRECEDENTES – HABEAS CORPUS DEFERIDO, EM PARTE.

Dessa forma, por ser o crime pelo qual responde o agravado daqueles praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, verifica-se que o Magistrado, ao analisar os requisitos necessários para o deferimento da benesse, deixou de realizar o exame criminológico, requisito esse imprescindível. Portanto, a reforma da decisão, para que a progressão de regime de penas seja precedida de realização de exame criminológico, é medida que se impõe.

DECISÃO

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 8 de agosto de 2006.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Solon d'Eça Neves
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2006.004628-6, de Lages

Relator: Des. Jorge Mussi

JÚRI – HOMICÍDIO – ADMISSÃO DA OCORRÊNCIA DO CRIME NA SUA FORMA TENTADA – PREJUDICIALIDADE NO TOCANTE À TESE DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – RECONHECIMENTO DA TENTATIVA QUE IMPLICITAMENTE AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 15 DO CP – DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO CONSELHO POPULAR – RECURSO IMPROVIDO.

REGIME PRISIONAL – DELITO CONEXO DE TRÁFICO DE DROGAS – PROGRESSÃO – POSSIBILIDADE, APÓS A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 PELO STF – REQUISITOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – REFORMA DA SENTENÇA PARA FIXAR O REGIME INICIALMENTE FECHADO DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.004628-6, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é apelante Airton Rodrigues da Silva e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, de ofício, modificar a sentença para estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena imposta pelo tráfico de entorpecentes. Custas legais.

RELATÓRIO

1. – Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), Airton Rodrigues da Silva foi denunciado, juntamente com Maria Júlia Rodrigues de Lima, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso V, por duas vezes, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal, e também como infrator do art. 12 da Lei n. 6.368/76, e dos arts. 306 e 311 da Lei n. 9.503/97, porque, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 3-6:

[...] na noite de 8 de abril de 2005, por volta das 21h30min, o denunciado Airton Rodrigues da Silva deslocou-se até a residência de Ubiratan de Lima Reis Chave, situada na Rua dos Cedros, 86, Bairro Habitação, nesta cidade de Lages/SC, local em que se encontrava, além do proprietário, sua esposa Saionara Elalia da Silva e também Maria Júlia Rodrigues de Lima, ex-companheira dele.

Em tal local, o denunciado deu início a uma discussão acirrada com a Maria Júlia, uma vez que pretendia a reconciliação com ela, bem como queria a chave do apartamento no qual ambos moravam, para retirar “drogas” que lá se encontravam e lhe pertenciam.

Ocorre que, ante a recusa de Maria Júlia, o denunciado dirigiu-se até o veículo GM Opala, preto, Placa LZO-1739, que estava próximo e, munindo-se de um revólver cuja descrição completa poderá ser descoberta durante a instrução processual, passou a efetuar vários disparos, sendo que um dos quais atingiu Ubiratan, no braço esquerdo.

Em seguida, Airton, utilizando-se de força física, levou a vítima até o interior do veículo Opala e partiu em alta velocidade por diversas vias públicas da cidade de Lages.

Após várias tentativas de sair do veículo, Maria Júlia foi jogada para fora do mesmo pelo denunciado, entretanto, conseguiu manter-se no capô do veículo. Circunstância que motivou o denunciado a realizar manobras em zig zag, projetando-a, em seguida, ao chão, vindo esta a lesionar gravemente o calcanhar esquerdo em uma placa de trânsito.

Mais adiante, o denunciado colidiu o Opala contra o veículo VW Gol, geração III, 2001, cor cinza, placa MSC 3762, de propriedade do informante Ivan Joaquim Goedert, que se encontrava estacionado (fls. 28 a 31), na Rua Castro Alves, em frente ao número 201, no centro de Lages.

Após a colisão, continuou dirigindo em alta velocidade, até que, por voltas das 23h40min, perdeu o controle do automóvel em uma curva da BR 116 e acabou por colidir frontalmente contra o veículo Citroën, modelo C3,

placa MDV 9691/Lages/SC, de propriedade do informante Jean Carlos Zappellini Becker, que trafegava no sentido contrário (fls. 24 a 27). Na seqüência, o denunciado capotou, sendo então, detido pela polícia.

No mesmo dia, ainda por volta das 24 horas, policiais civis deslocaram-se até o Hospital Nossa Senhora dos Prazeres, onde a Maria Júlia encontrava-se sob cuidados médicos, a qual lhes entregou pequena quantidade de substância entorpecente que estava portando e era para seu consumo próprio. Além disso, autorizou a realização de buscas em sua residência onde, seguindo ela, o denunciado escondia as drogas que ele traficava.

Concluída a fase do *judicium accusationis*, foi admitida a denúncia, e o acusado foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso V, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (por duas vezes), art. 12 da Lei n. 6.368/76, e arts. 306 e 311 da Lei n. 9.503/97, para que fosse submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Apresentado o libelo-crime acusatório e sua contrariedade, Airton Rodrigues da Silva foi submetido a julgamento popular e condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, por violação do art. 121, *caput*, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal; 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76; e a 7 (sete) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, bem como a suspensão para dirigir veículo automotor pelo prazo de 6 (seis) meses, por ofensa aos arts. 306 e 311 da Lei n. 9.503/97; sendo-lhe ainda negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com o teor do decidido, o condenado recorreu, tempestivamente, e, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, requereu a anulação do julgamento para que outro seja proferido, uma vez que o réu desistiu voluntaria e eficazmente da prática delitiva, o que não caracteriza assim a tentativa e sim a figura descrita no art. 15 do Código Penal, devendo ser responsabilizado só pelas lesões corporais produzidas na vítima.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e improvimento.

VOTO

2. Pretende o apelante a anulação do julgamento a que foi submetido, sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto os jurados não acolheram a tese da desclassificação do delito para lesões corporais, ante a sua alegada desistência voluntária.

É cediço que ao Tribunal do Júri é assegurada a soberania de seus veredictos, de modo que seu julgamento só pode ser anulado quando apresentar visível afronta à prova dos autos.

Julio Fabbrini Mirabete disserta sobre o assunto, dizendo que

o art. 593, III, “d”, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (*Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. Atlas, 2003. p. 1.487-1.488).

Na situação dos autos, muito embora os argumentos da defesa, os jurados acolheram por 4 votos contra 3 a tese da acusação, segundo a qual o apelante iniciou a execução do crime de homicídio contra a vítima e deixou de consumá-lo por circunstâncias alheias a sua vontade, e, assim decidindo, veio ao encontro da prova produzida, pelo que não se pode cogitar de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Ora, colhe-se do contexto probatório amealhado que as testemunhas Saionara Elália da Silva (fl. 40) e José Augusto Valente de Oliveira (fls. 48 a 115), bem como dos dizeres do recorrente, que não negou os fatos, em todas as oportunidades em que foram ouvidas afirmaram que o tiro foi desferido contra a vítima Ubiratan, que interveio em defesa da sua genitora, dizendo este que “tentou intervir, no sentido de separar a discussão e nesse momento Airton sacou de um revólver e disparou contra o declarante, tendo lhe atingido no ombro esquerdo” (fl. 43).

Desse modo, a alegada desistência voluntária não encontra nenhum suporte probatório nos autos, uma vez que, conforme já explorado, o apelante disparou um tiro contra a vítima, atingindo-a próximo à região letal, e numa distância curta de espaço; não se consumando o delito porque Ubiratan foi socorrido pela polícia local, e que o agente, após efetuar o disparo e desven-cilhar-se do único obstáculo que o impedia de obter o seu intento, forçou sua ex-companheira a ingressar no seu automóvel.

Há nos autos elementos bastantes a demonstrar a intenção homicida do recorrente, bem como o efetivo perigo da vida para a vítima, de sorte que impossível a acolhida do pleito desclassificatório.

Julio Fabbrini Mirabete, a respeito da desistência voluntária, ensina:

Na desistência voluntária, o agente, embora tenha iniciado a execução, não leva adiante, desistindo da consumação. Evidentemente, não ocorre a desistência, mas a tentativa, quando o agente cessa de praticar os atos executórios por circunstâncias que possam dificultar ou impedir a consumação (*Código Penal interpretado*. 4. ed. Atlas, 2003. p. 158).

Assim, não merece acolhida a assertiva de que a decisão dos jurados, ao reconhecerem a tentativa e, por conseguinte, afastar a tese da desistência voluntária, foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Ora, segundo julgados deste Sodalício, quando os senhores jurados admitem que o agente só não consumou o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, isto é, reconhece a figura do homicídio tentado, prejudicada fica a tese da desistência voluntária, a qual se configura quando o delito não

se consuma porque o agente *sponte propria* cessa a conduta delituosa e deixa de concretizar o crime.

Os institutos da desistência voluntária e da tentativa apresentam características comuns, já que em ambos ocorre uma ação do agente visando à produção de um resultado lesivo que, contudo, não chega a consumir-se; na tentativa, conforme dispõe o art. 14, II, do Código Penal, por circunstâncias alheias à vontade do agente; na desistência voluntária por manifestação de vontade do próprio agente, que necessita portanto estar revestida de voluntariedade.

In casu, se os jurados entendessem pela existência da desistência voluntária, bastaria que respondessem negativamente ao quesito n. 2, da tentativa. Ora, se o Conselho de Jurados entendeu que o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, obviamente que não mais seria possível aquela quesitação, já que a desistência voluntária representa a negação da tentativa punível.

Portanto, contrariamente ao alegado pela defesa do réu, a qual entende que deve ser reconhecida a desistência voluntária, nada há de reformar na decisão do Júri Popular, que afastou a indagação a respeito da hipótese disposta no art. 15 do Código Penal, já que uma vez acolhida a tese da tentativa de homicídio, amparada em versão constante no elenco probatório, impossível configurar-se a excludente invocada.

Nesse diapasão, cita-se:

TRIBUNAL DO JÚRI – TENTATIVA DE HOMICÍDIO [...] – ALEGADA DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM VIRTUDE DO AFASTAMENTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA – ACOLHIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DE UMA DAS VERSÕES CONSTANTES DOS AUTOS – RESPEITO À SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – DECISÃO MANTIDA (Ap. Crim. n. 2006.002850-1, de Ipumirim, rel. Des. Torres Marques, DJSC de 28-4-2006).

Em idêntico norte:

JÚRI – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – [...] – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – DUPLICIDADE DE VERSÕES – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA [...] – VEREDICTO COM SUPORTE NO CONJUNTO PROBATÓRIO – PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO JÚRI POPULAR (Ap. Crim. n. 2005.039677-9, de São Bento do Sul, rel. Des. Irineu João da Silva, DJSC de 29-3-2006).

Nesse passo, afasta-se a pretensão recursal.

3. Por outro lado, há de se adequar o regime de cumprimento da reprimenda imposta pelo delito conexo de tráfico de drogas, fixado pela autoridade judiciária no integralmente fechado, com fundamento no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos.

Isso porquanto o Supremo Tribunal Federal, a quem compete, essencialmente, a guarda da Constituição Federal, pôs fim ao impasse que era objeto de grande discussão na doutrina e jurisprudência pátrias, relativamente à constitucionalidade ou não do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, cuja dicção impõe o resgate integral da pena em regime fechado para as hipóteses de crime hediondo ou equiparado.

Em decisão proferida em 23-2-2006, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, este mudou seu posicionamento anterior ao declarar que o preceito que estabelece o regime de cumprimento de pena integralmente fechado para os agentes que forem condenados por crimes hediondos ou equiparados é incompatível com a atual Constituição Federal.

E, com um total de seis votos a cinco, a colenda Corte Suprema entendeu que a impossibilidade de progressão do regime prisional nos delitos hediondos e equiparados ofende diretamente a garantia constitucional da individualização da pena, porquanto impede que o aplicador do Direito, apreciando os requisitos legais exigíveis, particularize, caso a caso, a reprimenda do condenado na fase da execução penal.

Desse modo, resultando afastada incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, por inconstitucional, a proibição contida no art. 2º, § 1º, da Lei n.

8.072/90, imperioso declarar-se a possibilidade da concessão do benefício da progressão de regime também às hipóteses de crime hediondo e equiparados, como é o caso do comércio de entorpecentes em que foi condenado o apelante, desde que o Juízo da Execução verifique estarem presentes os requisitos legais objetivos e subjetivos arrolados nos arts. 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execução Penal.

E, uma vez reconhecida a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos ou a ele equiparados, apreciando-se o conteúdo da sentença condenatória, verifica-se o descabimento da expressão “integralmente fechado”, já que é inconstitucional, pelo que deve, por isso, ser o pedido reconhecido para fixá-lo no regime inicialmente fechado. Deve, entretanto, a apreciação dos pressupostos objetivo e subjetivo para a fixação no semi-aberto ser realizada pelo Juízo da Execução.

DECISÃO

4. Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo e, de ofício, modifica-se a sentença para estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena imposta pelo tráfico de entorpecentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 3 de outubro de 2006.

Jorge Mussi
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2006.039248-2, de Curitiba

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO, PELO CONSELHO DE SENTENÇA, DE UM DOS CRIMES PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. CONCURSO MATERIAL COM TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL. PENAS-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALMEJADA REDUÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO FAVORECEM O RÉU. INVIABILIDADE.

Se a dosimetria observou rigorosamente os critérios alinhados no art. 59 do Código Penal, atentando o Dr. Juiz *a quo* para a culpabilidade e para as circunstâncias do delito, mostra-se consentâneo o acréscimo de alguns meses ao mínimo previsto para o tipo penal.

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. PRETENDIDA DESCONSIDERAÇÃO DA AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL AO ARGUMENTO DE QUE A RESPECTIVA ANÁLISE FICOU PREJUDICADA NA VOTAÇÃO DOS QUESITOS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAR, TENDO EM VISTA A DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA. AGRAVANTE CORRETAMENTE RECONHECIDA.

Operada a desclassificação pelo Conselho de Sentença de um dos crimes dolosos contra a vida para outro de competência do juiz singular, cabe ao magistrado julgá-lo, cumprindo-lhe decidir de acordo com as provas dos autos, até mesmo no que concerne à existência de atenuantes e agravantes.

AGRAVANTE GENÉRICA. EMBRIAGUEZ PREORDENADA. ANÁLISE DOS AUTOS QUE NÃO FAZ TRANSPARECER

A RESPECTIVA OCORRÊNCIA. DÚVIDA. AFASTAMENTO QUE SE PROCEDE, DE OFÍCIO.

“Para o acolhimento da agravante prevista no n. II, *c*, do art. 44 do CP (atual art. 61, II, I), necessária será prova cabal e inequívoca de haver o réu se embriagado com o fim único de praticar o crime’ (TJMT/AC – Rel. Milton Figueiredo Ferreira Mendes – RT 523/474)” (FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1.176. v. 1).

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL. COMPETÊNCIA DO JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. INCLUSÃO NA SENTENÇA PELO JUIZ PRESIDENTE, DE AGRAVANTE GENÉRICA NÃO SUBMETIDA AO CONSELHO DE SENTENÇA. AFRONTA AOS ARTS. 484, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS II E III, E 492, INCISO I, AMBOS DO CPP. RETIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE, DE OFÍCIO.

É defeso ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri reconhecer, na dosimetria da pena, circunstância agravante não submetida ao Conselho de Sentença, à minguada do respectivo quesito.

SANÇÃO. TENTATIVA. REDUÇÃO APLICADA NA PROPORÇÃO DE 1/3. ALMEJADA DIMINUIÇÃO EM CONFORMIDADE COM O MÁXIMO COMINADO EM LEI. ANÁLISE DA EXTENSÃO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO PELO AGENTE. REALIZAÇÃO QUASE INTEGRAL DA CONDUTA DESCRITA NO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

Existindo prova nos autos de que o réu realizou quase integralmente a conduta descrita no *caput* do art. 121 do Código Penal, inviabiliza-se a aplicação do máximo previsto no parágrafo único do art. 14 do mesmo diploma com vistas à mitigação da pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.039248-2, da comarca de Curitibaanos (Vara Criminal, Infância e Juventude), em que é apelante Hélio de Souza Furtado e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso e, de ofício, afastar da condenação a agravante genérica da embriaguez preordenada no tocante aos dois delitos, adequando-se a pena. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Curitibaanos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Hélio de Souza Furtado, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o art. 14, inciso II, e o art. 121, § 2º, incisos II e IV, todos, por sua vez, combinados com o art. 69, todos do Código Penal, descrevendo assim o evento, *ipsis verbis*:

Narra o incluso procedimento investigatório, que no dia 20 de setembro de 2005, por volta das 23h40min, o denunciado Helio de Souza Furtado, empunhando um revólver calibre 38, marca Taurus (cf. Termo de Apreensão de fl. 14), invadiu a residência de Maria Bernadete dos Santos, também conhecida como “Detinha”, local em que se encontrava Raquel Maria Wardjinski, sua ex-companheira, sendo que ao avistá-la, imbuído de evidente *animus necandi*, desferiu contra esta 4 (quatro) disparos, que resultaram nas lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito acostado aos autos à fl. 44.

Ressalte-se que a vítima Raquel Maria Wardjinski só não veio a óbito por haver sido socorrida por terceiros e posteriormente encaminhada ao hospital desta Cidade e Comarca, fato alheio à vontade do denunciado, que desejava a morte da vítima.

Ato contínuo, ainda com a arma em punho e imbuído do mesmo *animus necandi*, o denunciado Helio de Souza Furtado passou a atirar em Geacir Atalábio Xavier (também conhecido como “Bombril”), tendo-o acertado na região da cabeça, vindo a vítima a óbito no local dos fatos, por traumatismo cranioencefálico (cf. Auto de Exame Cadavérico de fl. 11).

Saliente-se que as intenções homicidas do denunciado Helio de Souza Furtado deram-se por *motivo fútil*, iniciando-se por ciúmes que tinha da vítima Raquel Maria Wardjinski, que não quis a reconciliação, aliado ao fato desta estar namorando com a vítima fatal Geacir Atalíbio Xavier, portanto, revestida de desproporcionalidade, insignificância, banalidade entre o fato e o resultado produzido.

Como se não bastasse, o denunciado Helio de Souza Furtado, em ambos os crimes praticados, agiu mediante *recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa dos ofendidos (surpresa)*, uma vez que a vítima Raquel Maria Wardjinski foi alvejada no momento em que saía do quarto que estava, bem como a vítima fatal Geacir Atalíbio Xavier acabou alvejada na garagem, em frente à porta de acesso à cozinha da residência (cf. Laudo Pericial n. 087/2005 de fls. 30 a 38), o que demonstra que ambas as vítimas não esperavam o ataque do denunciado, além do que, não havia motivo, razão ou suspeita à ocorrência das agressões (fls. 2 a 4).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 61) e recebida a denúncia (fl. 63), o réu pleiteou diversas vezes, sem sucesso, o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória.

Citado (fl. 76) e interrogado (fls. 73 a 75), Hélio apresentou a defesa prévia, em que postulou a produção de prova oral (fls. 81 e 82).

Inquiridas a vítima (fls. 139 e 140), cinco das testemunhas arroladas na exordial (fls. 96 a 103) e as indicadas na peça de resistência (fls. 112 a 115), desistiu o *dominus litis* quanto à remanescente, ofertando as partes, na seqüência, suas derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 145 a 148 e 192 a 203).

O Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença, por meio da qual acolheu a denúncia e pronunciou Hélio pela prática dos delitos definidos no art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o art. 14, inciso II, e no art. 121, § 2º, incisos II e IV, combinados com o art. 69, todos do Código Penal (fls. 204 a 212).

Apresentado o libelo acusatório (fls. 216 a 218), o réu deixou para contrariá-lo em plenário (fl. 233). Cumpridas as demais formalidades legais, o apelante foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri,

tendo o Conselho de Sentença, quanto à vítima Geacir Atalábio Xavier, por unanimidade, reconhecido a materialidade e a autoria; recusado, por maioria de votos, a legítima defesa putativa própria; descartado, por unanimidade, a tese de homicídio culposo; e acolhido, por maioria de votos, a desclassificação para lesões corporais seguidas de morte; ficando prejudicados os demais quesitos. Com relação à vítima Raquel Maria Wardjinski, o Conselho de Sentença, por votação unânime, reconheceu a materialidade e a autoria; por maioria de votos, admitiu o homicídio tentado; por unanimidade, repeliu a legítima defesa da honra; descartou, por decisão unânime, a legítima defesa putativa própria; afastou, por maioria de votos, a tese do homicídio tentado privilegiado; admitiu, com discrepância na votação, a qualificadora do motivo fútil; repeliu, por maioria de votos, a qualificadora da surpresa, ficando prejudicado, por fim, o quesito da atenuante genérica (fls. 254 a 260).

Ato contínuo, o Dr. Juiz Substituto proferiu a sentença, por meio da qual impôs ao réu a pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, pela perpetração do delito capitulado no art. 129, § 3º, do Código Penal, e 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pelo definido no art. 121, § 2º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do estatuto repressivo, os dois em concurso material, o que totaliza a sanção de 13 (treze) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, para cujo cumprimento estabeleceu o regime inicialmente fechado (fls. 261 a 275).

Inconformado, Hélio apelou objetivando a diminuição da pena que lhe foi imposta e sustentou que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis. Requereu, outrossim, o afastamento da agravante do motivo fútil reconhecida no tocante à lesão corporal seguida de morte, alegando que ficou prejudicada por ocasião da votação pelo Conselho de Sentença e que foi acolhida por equívoco pelo magistrado. Quanto ao crime doloso contra a vida, almeja a mitigação resultante da tentativa em dois terços, e persegue, por fim, a modificação do regime de cumprimento para o semi-aberto (fls. 290 a 298).

Com as contra-razões (fls. 300 e 301), ascenderam os autos a este Tribunal, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Antônio Günther, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 307 e 308).

VOTO

Inicialmente, no que tange à vítima Geacir, o Conselho de Sentença desclassificou o homicídio para lesão corporal seguida de morte, razão pela qual a competência para o respectivo julgamento passou ao Dr. Juiz de Direito, que o deve fazer de acordo com a prova dos autos, inclusive no tocante à dosimetria da pena.

Em hipótese assemelhada, pronunciou-se a Suprema Corte

“Na votação dos quesitos, verificando-se que o Conselho de Jurados fez a desclassificação do delito para outro que não é da competência do Tribunal do Júri, cessa a competência deste, cabendo ao Juiz-Presidente proferir a sentença” (RTJ 103/1.263).

Portanto, não procede a insurreição, uma vez que o Magistrado fixou as penas-base, relativamente a ambos os crimes, observando rigorosamente as operadoras contempladas no art. 59 do Código Penal, não havendo exagero no acréscimo de oito meses pela prática da lesão corporal seguida de morte e de cinco meses em consequência da tentativa de homicídio.

Ademais, “o acusado não tem direito subjetivo à fixação da pena-base no mínimo legal. Em sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mantém-se aquela irrogada pelo magistrado, que não é abusiva” (Ap. Crim. n. 2004.006197-8, de Joinville, rel. Des. Jânio Machado).

Igualmente, agiu corretamente o Dr. Juiz *a quo* ao reconhecer a agravante do motivo fútil, quer porque a desclassificação da conduta pelos jurados realmente prejudicou o quesito referente à respectiva qualificadora, cabendo-lhe, então, tomá-la como circunstância de

agravamento da pena, quer porque incide no caso concreto, uma vez que flagrante a desproporção entre o motivo do crime e o disparo que atingiu a cabeça da vítima, que lhe causou o óbito imediato, sendo as razões do apelante, para o ato, indiscutivelmente, insignificantes, desprovidas de respaldo social ou moral.

Entretanto, à míngua de prova, mister que se afaste a agravante da embriaguez preordenada, porquanto a única testemunha que a sustentou durante o inquérito, Wilson Albuquerque, não a confirmou em Juízo.

A propósito, assinala a jurisprudência:

“Para o acolhimento da agravante prevista no n. II, *c*, do art. 44 do CP (atual art. 61, II, *l*), necessária será prova cabal e inequívoca de haver o réu se embriagado com o fim único de praticar o crime’ (TJMT – AC – Rel. Milton Figueiredo Ferreira Mendes – RT 523/474)” (FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte geral. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 1.176. v. 1).

No concernente à tentativa de homicídio, crime cuja competência permaneceu, em sua inteireza, com o Conselho de Sentença, a pena-base, conforme já mencionado, foi criteriosamente dosada pelo Dr. Juiz *a quo*, mostrando-se consentâneo o acréscimo de cinco meses ao mínimo previsto para o tipo.

Entretanto, impõe-se que se promova, de ofício, a retificação da sentença na parte em que reconheceu a agravante da embriaguez preordenada, pois era defeso ao Magistrado o seu reconhecimento, sem que tivesse sido apreciada pelo Conselho de Sentença, em quesito próprio (arts. 484, parágrafo único, incisos II e III, e 492, inciso I, ambos do CPP).

Nesse sentido, decidiu esta Corte:

DOSIMETRIA DA PENA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA
NÃO ARTICULADA NO LIBELO ACUSATÓRIO E TAMPOU-
CO NO QUESTIONÁRIO – IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVA-
MENTO DA PENA – REDUÇÃO DA REPRIMENDA.

A agravante da reincidência que não foi deduzida no libelo acusatório nem questionada torna inviável o seu reconhecimento e o conseqüente agravamento da pena do acusado (Ap. Crim. n. 2003.017351-0, de São Joaquim, rel. Des. Carstens Köhler).

Finalmente, a redução da reprimenda pela tentativa só poderia ser quantificada em um terço, pois, segundo as provas, o réu realizou quase integralmente a conduta descrita no *caput* do art. 121 do Código Penal, o que torna inviável a diminuição na fração pretendida, em conformidade com a orientação ditada por Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, a saber:

Aplica-se à tentativa a pena prevista para o crime consumado, mas diminuída de um a dois terços. Essa *redução* deve ter em vista o caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se o seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor. A quantidade de redução (“diminuída de um a dois terços”) deve ser fixada pelas circunstâncias da própria tentativa e não pelas do crime, pois estas já são consideradas no cálculo da pena-base” (*Código penal comentado*. 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26).

Na espécie, o apelante percorreu todo o *iter criminis* do homicídio, desferindo quatro tiros na vítima Raquel, dos quais apenas um não a atingiu (auto de exame de corpo de delito de fl. 47), e não o consumou, por conseqüente, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Diante disso, resta adequar a pena.

No tocante à lesão corporal seguida de morte, mantém-se a pena-base estipulada no veredicto, visto que a culpabilidade e as circunstâncias do crime não favorecem o apelante; diminuir-se-á, na segunda fase da dosimetria, em seis meses, em conseqüência do afastamento da agravante da embriaguez preordenada. Presente, contudo, a do motivo fútil, mantém-se os seis meses pela respectiva incidência, ficando, definitivamente, quantificada em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

No que pertine à tentativa de homicídio, conserva-se a pena-base arbitrada na sentença. Na etapa seguinte, excluída a agravante da em-

briaguez preordenada, resta a atenuante genérica, que, embora não haja sido submetida aos jurados, foi reconhecida na sentença, mitigando-se a reprimenda, nesta fase, em cinco meses, o que resultou a pena em 12 (doze) anos, que, diminuída em um terço pela tentativa, totaliza 8 (oito) anos de reclusão.

Pelo cúmulo material, acresce-se-a de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses, a fim de obter-se, finalmente, a reprimenda de 13 (treze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente fechado, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea *a*, e § 3º, do estatuto repressivo.

DECISÃO

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso e, de ofício, afastou-se da condenação a agravante da embriaguez preordenada, adequando-se, como corolário, a pena.

Participaram do julgamento, com voto, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Des. Subst. Carstens Köhler. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2006.

Jorge Mussi
PRESIDENTE

Sérgio Paladino
RELATOR

Apelação Criminal n. 2007.001932-3, de Araranguá

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. ART. 157, § 3º, *IN FINE*, DO CÓDIGO PENAL. ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO QUE NÃO SE CONFIGUROU À MÍNGUA DE SUBTRAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA O JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR NESTA INSTÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se os agentes mataram a vítima sem a intenção de subtrair-lhe coisa móvel, impõe-se a desclassificação do latrocínio para homicídio, o que inviabiliza, nesta instância, o pronunciamento acerca da materialidade e da autoria dos delitos, em tese, praticados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.001932-3, da comarca de Araranguá (Vara Criminal, Infância e Juventude), em que são apelantes Alaor Quadros de Oliveira e Gilberto Pereira, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito a partir da fase do art. 406 do Código de Processo Penal, mantidas as custódias dos recorrentes. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Araranguá, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilberto Pereira e Alaor Quadros de Oliveira, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 157, § 3º, *in fine*, e 211, combinados com os arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, todos do Código Penal, descrevendo assim os fatos, *ipsis verbis*:

No dia 29 de abril de 2006, por volta das 4 horas, os denunciados saíram de um baile, quando avistaram o táxi da vítima Oracides Feltrin, em frente ao Supermercado Giassi, no bairro Cidade Alta, em Araranguá, ocasião em que, com a nítida intenção de auferirem vantagem econômica indevida, solicitaram-lhe uma corrida, mesmo sem terem nenhuma quantia em dinheiro para efetuar o respectivo pagamento.

Pretendiam inicialmente ir até o bairro Santa Rosa de Lima, mas durante o trajeto mudaram os planos e decidiram ir até a localidade de Manhoso, na casa de alguns de seus parentes, no que foram prontamente atendidos pela vítima, que estava desempenhando seu mister – taxista.

Desde o início, o delito patrimonial constituiu-se no objetivo dos denunciados, já que pretendiam usar o táxi sem pagar pelo serviço, e, a vítima, ao desconfiar que seria lesada financeiramente, e percebendo que os denunciados não tinham numerário para efetuar o pagamento da corrida, parou o automóvel, pedindo que ambos descessem, ocasião em que foi atingida na cabeça por um golpe de capacete, desferido pelo denunciado Gilberto Pereira. Em seguida, o denunciado Alaor golpeou a vítima na cabeça, com uma garrafa de conhaque, que havia trazido do bailão em que se encontravam.

Ato contínuo, a vítima desceu do carro, implorando para que não a matassem, mas os denunciados passaram a golpeá-la com o capacete, com socos e com uma pedra de aproximadamente cinco quilos, fazendo com que o taxista caísse ao solo, até ficar desacordado.

Na seqüência, com o objetivo de garantir a impunidade do crime com a destruição do cadáver da vítima, os denunciados colocaram Oracides Feltrin dentro do automóvel e atearam fogo, produzindo a carbonização completa de seu corpo e também do veículo (fls. 2 e 3).

Recebida a denúncia (fl. 58), anexados aos autos os laudos periciais de exame em local de delito (fls. 65 a 90) e de reprodução simulada dos fatos (fls. 91 a 111), os réus foram interrogados (fls. 113 a 115 e 116 a 118), juntou-se ao caderno processual o auto de exame cadavérico (fls. 124 e 125) e o laudo resultante do exame toxicológico (fls. 132 e 133), e Alaor apresentou defesa prévia, postulando a produção de prova oral (fl. 143).

Ouvidas quatro das cinco testemunhas arroladas na exordial acusatória (fls. 161 a 164), as partes desistiram quanto à faltante (fl. 160), oportunidade em que Gilberto ofertou sua peça de resistência (fl. 167).

Juntado o auto de exame cadavérico retificado (fls. 176 e 177) e inquiridas três testemunhas indicadas na defesa preliminar (fls. 187 a 189), em razão da dispensa quanto à remanescente (fl. 186), as partes foram intimadas para os fins a que alude o art. 499 do Código de Processo Penal, e o *dominus litis* requereu a atualização dos antecedentes às comarcas de Foz do Iguaçu e Capanema, ambas no Estado do Paraná (fl. 190).

Deduzidas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 199 a 208 e 221 a 226), e acostado aos autos o laudo pericial de pesquisa em sangue humano (fls. 218 a 220), sobreveio a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a denúncia e condenou Gilberto e Alaor às penas de 21 (vinte e um) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pelo cometimento dos delitos definidos nos arts. 157, § 3º, *in fine*, e 211, combinados com o art. 29, *caput*, todos do Código Penal.

Inconformados, os réus apelaram almejando a absolvição, ao argumento de que inexistem provas suficientes para amparar o decreto condenatório. Alternativamente, perseguem a desclassificação do latrocínio para homicídio em virtude da ausência de *animus furandi* na perpetração da conduta.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Instada a pronunciar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Vilmar José Loef, pelo desprovimento do recurso (fls. 282 a 286).

VOTO

A questão referente à competência para o julgamento do feito prefere a qualquer outra e avulta no caso concreto, visto que se impõe a desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio, em virtude da inexistência de prova capaz de evidenciar a intenção dos réus de subtraírem qualquer pertence da vítima.

Emerge do caderno processual que na noite de 29 de abril de 2006, após saírem de um baile, os apelantes avistaram o táxi de Oracides e solicitaram uma corrida mesmo sem disporem de dinheiro para custeá-la. Durante o trajeto, como declararam que não efetuariam o pagamento, a vítima afirmou que não mais os transportaria. Discutiram e, ato contínuo, golpearam-na com um capacete e com uma garrafa de conhaque. Oracides deixou o veículo, tornou a ser agredido pelos apelantes com o capacete e com uma pedra, e caiu. Como parecia desacordado, os réus o colocaram no interior do automóvel, atearam-lhe fogo, e deixaram o local, em seguida, sem levar nenhum pertence da vítima.

O latrocínio é crime complexo, formado pela junção do roubo com o homicídio, e se configura quando o agente emprega violência física contra a vítima com o propósito de subtrair-lhe bem móvel, causando-lhe, como consequência, a morte, em conformidade com o preceito inscrito no § 3º do art. 157 do Código Penal.

No caso em apreço, não há nenhum indício apto a demonstrar a subtração efetuada pelos acusados, e aflora dos autos que, em virtude de não disporem de numerário para a corrida de táxi, travaram discussão com a vítima, agredindo-a e ocasionando-lhe o óbito.

Os apelantes afirmaram que nada retiraram da vítima (fls. 10 a 13 e 113 a 116), e o Delegado de Polícia que investigou os acontecimentos declarou, na fase judicial, que embaixo do corpo de Orides foi encontrada certa quantia em dinheiro (fls. 163 e 164), circunstância

atestada pelo laudo pericial de exame em local de delito, especialmente pela foto de n. 26 (fls. 65 a 90).

Sílvia Maria Melos, por sua vez, declarou, nas duas fases do procedimento, que logo após a ocorrência dos fatos narrados na exordial os réus dirigiram-se à sua residência e pediram-lhe dinheiro para tomar um ônibus, pois não tinham um centavo sequer (fls. 32 e 33 e 162).

Gize-se, mesmo que se considere que os réus pretendiam obter vantagem econômica com o não-pagamento da corrida de táxi, a situação não se enquadra no ato que se constitui no núcleo do fato típico definido como latrocínio, a que alude o *caput* do art. 157 do Código Penal, e se consubstancia no verbo subtrair, o que não se verificou no caso concreto.

Em hipótese assemelhada, proclamou esta Corte:

Para a configuração do crime de latrocínio é mister que a violência característica do roubo tenha sido exercida para o fim de subtração patrimonial ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime contra o patrimônio ou a detenção da coisa subtraída. Quando agem os agentes com *animus necandi*, diante de celeuma decorrente de uma corrida de táxi, mas não se vislumbrando uma única linha dos autos que denote a intenção dos mesmos em roubar a vítima, o crime praticado, em tese, é o de homicídio qualificado pelo motivo fútil (Ap. Crim. n. 1997.009541-4, de Blumenau, rel. Des. Álvaro Wandelli).

No mesmo sentido:

“Embora existam indícios da prática do latrocínio, mas havendo dúvida a respeito do elemento subjetivo *animus furandi* ou da ocorrência do crime contra o patrimônio, deve ser o delito desclassificado para homicídio doloso, pelo princípio do *in dubio pro reo*” (Ap. Crim. n. 1997.015427-5, de Tangará, rel. Des. Amaral e Silva).

Conquanto o Excelso Pretório haja firmado entendimento de que, por força da respectiva reiteração converteu-se na Súmula 610, consoante enunciado “há crime de latrocínio, quando o homicídio se

consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”, tal orientação parte da premissa de que existe *animus furandi*, em que pese o fato de a retirada patrimonial não vir a se concretizar, o que, contudo, não ocorreu no caso concreto, em que não ficou evidenciada a intenção dos réus de subtraírem, buscando, apenas, obter a vantagem econômica.

Portanto, torna-se imperativo que se retifique a definição jurídica do fato narrado na denúncia, atentando-se para que, na hipótese de condenação, a reprimenda não exceda à quantificada no veredicto ora atacado, sob pena de *reformatio in pejus*.

A propósito, assentou a jurisprudência:

A nova definição jurídica pelo Juízo *ad quem*, em recurso exclusivo do réu, no sentido de restabelecer a classificação da denúncia, ainda que importe em reconhecimento de crime mais grave, não constitui *reformatio in pejus*, desde que permaneça inalterada a pena imposta (RT 497/331).

E ainda:

Este novo aspecto revela-se benéfico ao apelante (a soma das penas mínimas dos tipos descritos, em abstrato, é muito inferior ao *quantum* que lhe foi imposto pelo tipo pelo qual se viu condenado), sendo importante deixar registrado que, na eventualidade de condenação integral, a sanção penal não poderá ser superior ao total do objeto da sentença recorrida (Ap. Crim. n. 1996.003637-7, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Por conseguinte, anula-se a sentença para que o feito prossiga a partir da fase do art. 406 do Código de Processo Penal, em razão da competência do Tribunal do Júri para o respectivo julgamento.

DECISÃO

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso para anular a sentença e determinou-se o prosseguimento do feito a partir da fase do art. 406 do Código de Processo Penal, mantida a custódia dos recorrentes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 20 de março de 2007.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2006.023132-8, da Capital

Relator: Des. Irineu João da Silva

DELITOS CONTRA O MEIO AMBIENTE – ARTS. 32 (FARRA DO BOI) E 69 DA LEI N. 9.605/98 – MATERIALIDADE DOS MAUS-TRATOS NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À OBSTRUÇÃO DA ATIVIDADE FISCALIZADORA DOS AGENTES PÚBLICOS – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO.

DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO (EXTORSÃO) (CP, ART. 158, § 1º) – CARÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DA AÇÃO ILÍCITA – INEXISTÊNCIA DE RELATOS QUE INDIVIDUALIZEM A CONDUTA OU QUE ATESTEM A PRÁTICA DA COAÇÃO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

PRESCRIÇÃO – CRIME DE DESACATO – FLUÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PROLAÇÃO DO EDITO, QUE, EM FACE DA PENA COMINADA, *IN CONCRETO*, DETERMINA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELADO EM FACE DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA – DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.023132-8, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelados Ivanor João Masetto, Leonilda Pedra Dutra, Osvaldo Leôncio Duarte, Ivoni da Luz, Sidnei de Lima, Nivaldo Altino Martins, José Marcelino Vieira Júnior, José Antônio Martins, Jean Henrique Pires, João Néelson Becker, Vilmar de Raul Morais, Érico Macário Duarte e “Telinho”:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do apelado Jean Henrique Pires pelo reconhecimento da

prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca da Capital (2ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ivanor João Masetto, Leonilda Pedra Dutra, Osvaldo Leôncio Duarte, Ivoni da Luz, Sidnei de Lima, Nivaldo Altino Martins, José Marcelino Vieira Júnior, José Antônio Martins, Jean Henrique Pires, João Néelson Becker, Vilmar de Raul Morais, Érico Macário Duarte e “Telinho”, imputando, ao primeiro e ao décimo primeiro, a prática dos delitos previstos no art. 32, *caput*, c/c art. 15, *a* e *d*, ambos da Lei n. 9.605/98, c/c o art. 158, § 1º, primeira parte, do Código Penal; aos segundo, terceiro, quarto, quinto, sexto, sétimo, oitavo, décimo, décimo primeiro, as penas do art. 32, *caput*, da Lei n. 9.605/98 e do art. 158, § 1º, primeira parte, do Código Penal, e, ao 9º, as sanções do art. 69 c/c art. 15, *d*, da Lei Ambiental e dos arts. 331 e 158, § 1º, primeira parte, do Código Penal, porque:

No dia 21 de abril de 2000, por volta das 10 horas, na localidade do Pântano do Sul, Ivanor João Masetto, Vilmar de Raul Morais, Érico Macário Duarte, “Telinho”, João Néelson Becker e Leonilda Pedra Dutra decidiram invadir um terreno, situado em frente ao bar do denunciado Ivanor, para a realização da “farra do boi”, visando, Vilmar e Ivanor, obterem lucro com a venda de bebidas.

O boi pertencia ao indiciado Érico, que, com Vilmar, ofereceu o animal para a farra, mediante o pagamento de R\$ 50,00 (cinquenta reais), a alguns membros da comunidade, sendo identificados, entre os “sócios” do boi, “Dita” e Osvaldo Leôncio Duarte.

Pouco tempo depois do início das brincadeiras com o boi, por volta das 11h30min, os farristas foram surpreendidos com a chegada do policial civil Devilson Schusler, que alertou os participantes sobre a irregularidade da brincadeira, razão pela qual Ivanor soltou o boi que se encontrava no manguieirão, sendo insultado por seus colegas e, temendo represálias, retirou-se do local.

No entanto, apesar da repreensão do policial, passados alguns minutos, o indiciado Vilmar trouxe, novamente, um boi para o mangueirão, tendo a farra continuidade.

Fizeram parte das “brincadeiras” com o boi, além dos responsáveis pelo cerco do mangueirão, os indiciados Ivonei da Luz, Sidnei de Lima, Nivaldo Altino Martins, José Marcelino Vieira Júnior e José Antônio Martins.

A farra consistia em soltar um boi dentro de um cercado, com um indivíduo que provocava o animal e o fazia correr até a exaustão.

Ditos maus-tratos foram impostos ao animal até, aproximadamente, às 16 horas, quando foi interrompido por policiais militares que apreenderam o boi, encerrando as atividades e dispersando a população que assistia ao triste espetáculo.

Contudo, após a saída dos militares, vários farristas, entre eles os anteriormente nominados, deram início a um grande tumulto, pois, com o objetivo de adquirir um novo boi, começaram a parar os carros que circulavam na Rodovia SC-406, na altura do Km 14, para exigir dinheiro, cobrando R\$ 1,00 para liberar a passagem, caso contrário, chacoalhavam e atiravam objetos nos veículos, danificando-os. A indiciada Leonilda, em companhia de João Néelson Becker, deu início ao pedágio e era a responsável pela guarda do dinheiro obtido.

Cientificados através de um telefonema anônimo, os policiais civis Joyce Machado e Devilson Schusler compareceram ao local, deparando-se com cerca de 400 pessoas que bloqueavam a via e, de forma desrespeitosa, agrediam os motoristas que passavam pelo local. Então, tentaram orientar os farristas, mas, como não lograram êxito, acionaram a polícia militar, que encaminhou o Batalhão de Choque ao local, conseguindo conter o tumulto.

Entretanto, os policiais Devilson e Joyce, ao retornarem à viatura, observaram que o pneu dianteiro esquerdo havia sido esvaziado pelos farristas.

Também, durante a intervenção do Batalhão de Choque, o indiciado Jean Henrique Pires aproximou-se do policial militar Sinval Santos da Silveira Júnior e começou a desacatá-lo, proferindo as seguintes palavras: “seu cagalhão, tu tais ganhando muito bem pra fazer isso”.

Após a saída do grupo especial da polícia, por volta das 18h30min, os farristas ainda reiniciaram o tumulto na rodovia, colocando fogo em pneus espalhados pela pista, em protesto pela atuação policial na

farra do boi, não tendo os agentes públicos civis e militares retornado ao local (fls. 2 a 9).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar Jean Henrique Pires ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 331 do Código Penal, substituída por uma restritiva de direitos, consistente no pagamento de 1 (um) salário mínimo em favor do Fundo Penitenciário Nacional – Fupen, e absolver os demais acusados, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal.

Com relação ao acusado Osvaldo Leôncio Duarte, o Magistrado, equivocadamente, entendeu não haver pedido de condenação, tanto no pórtico acusatório quanto por ocasião das alegações finais do representante ministerial, julgando, por esse motivo, inviável a apreciação do mérito quanto a ele (fl. 398).

Ocorre que, além de ser sabido que o magistrado não necessita ficar vinculado ao pedido do *Parquet*, pode-se facilmente verificar que a conduta do apelado Osvaldo foi descrita na denúncia e, na consulta dos autos, constata-se que participou ativamente do processo, pois foi citado (fl. 145), interrogado (fl. 161), intentou defesa prévia (fl. 179), foi intimado para audiência de testemunhas de denúncia (fl. 224) e apresentou alegações finais (fl. 316).

Entretanto, como o Togado, na parte dispositiva da sentença, de forma expressa, absolver-o (fl. 426), não há ilegalidade a sanar.

Irresignado com o *decisum*, o representante do Ministério Público apelou, postulando a reforma do edito para condenar Ivanor João Masetto, Ivonei da Luz, Sidnei de Lima, Nivaldo Altino Martins, José Marcelino Vieira Júnior, José Antônio Martins, Érico Macário Duarte, Telinho, João Néelson Becker, Leonilda Pedra Dutra e Vilmar de Raul Morais às penas previstas nos arts. 32 e 69 da Lei Ambiental e no art. 158, § 1º, do Código Penal, em concurso material, incidindo quanto a Ivanor João Masetto e

Vilmar de Raul Morais as agravantes das alíneas *a* e *d* do art. 15 da Lei n. 9.605/98, e em relação aos demais a agravante da alínea *d* do art. 15 da Lei n. 9.605/98 e, ainda, mantida a condenação de Jean Henrique Pires, responsabilizá-lo, também, pelo delito previsto no art. 158, § 1º, primeira parte, do Código Penal, c/c o art. 15, *d*, da Lei n. 9.605/98, em concurso material.

Com as contra-razões, subiram os autos a esta superior instância, na qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

1. Delito preconizado no art. 32 da Lei n. 9.605/98

Postula o representante do *Parquet a quo* a condenação dos denunciados, atribuindo-lhes a conduta prevista no art. 32, *caput*, da Lei Ambiental, por entender estarem demonstradas a materialidade e a autoria do ilícito.

Ocorre que, na senda do que consignou o Magistrado sentenciante, “a materialidade não ficou comprovada nos autos” (fl. 416).

Ainda que a exordial acusatória tenha registrado que “a farra consistia em soltar um boi dentro de um cercado, com um indivíduo que provocava o animal e o fazia correr até a exaustão”, tal fato não se confirmou no curso da instrução.

As peças processuais não se referem, em nenhum momento, ao estado em que o animal foi encontrado, se foram constatados exaustão, ferimentos ou outro indicativo do imputado abuso.

De igual maneira, são silentes os depoimentos, tanto dos réus quanto das testemunhas de acusação.

Nenhuma das pessoas ouvidas nem mesmo os policiais que atenderam à ocorrência fizeram qualquer menção ao estado do boi encontrado no mangueirão, ou, mesmo, à forma com que se desenvolvia a aventada “farra do boi”.

Parece inegável que a “brincadeira”, de fato, ocorreu, porque o animal utilizado foi localizado dentro do cercado. Porém, não se extrai nenhuma referência a possíveis maus-tratos, ferimentos ou mutilações havidas, o que, sem dúvida, teria-se evidenciado nos relatos colhidos.

O policial civil Neuvan Klein de Aguiar, na fase judicial, afirmou que foi acionado pela delegada titular do Pântano do Sul para atender realização da “farra”. Lá chegando, verificou que os denunciados se encontravam, de fato, no local, porém “não observou nenhum deles ‘brincando’ com o boi, pois, quando chegou, as atividades já tinham cessado” e, ainda, que “o animal estava no pasto, não havendo maus-tratos ao referido animal” (fl. 248).

O policial Silval Santos da Silveira Júnior, que, igualmente, atendeu à denúncia sobre o possível abuso contra animal, afirmou que, “ao chegarem à localidade de Pântano do Sul, observaram um animal dentro do cercado, conversaram com os líderes, tendo o caminhão da Prefeitura Municipal de Florianópolis recolhido o animal” (fl. 235).

Os policiais Joyce Machado Vieira e Devilson Schusler, na presença do Magistrado, fizeram menção, tão-somente, à ocorrência de bloqueio da rodovia, realizado por um grupo de pessoas que estaria cobrando “pedágio” para a aquisição de um outro animal, destinado à “farra do boi” (fls. 259 e 260).

Os acusados, além de se esquivarem da conduta ilegal, não se referiram, nem perante o delegado tampouco na fase judiciária, a nenhuma lesão ou abuso impingido ao animal.

Sobre o tipo específico do art. 32 da Lei n. 9.605/98, a doutrina ensina:

A conduta objeto do presente artigo é a de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Praticar ato de abuso significa exagerar nas atividades impostas ao animal, exigindo mais do que o nível suportável pelo espécime. Exemplo de abuso é a utilização de animal de tração, impondo-lhe peso excessivo para arranque e carregamento.

Maus-tratos podem ser definidos a partir da regra do art. 136 do CP que os define em relação à pessoa humana como “expor a perigo a vida ou a saúde da pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho, excessivo ou inadequado, quer abusando de meio de correção ou disciplina”.

Tendo em mente essa concepção, cumpre perceber que maus-tratos em animais podem ser definidos como exposição a perigo de vida ou à saúde, através da sujeição ao trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando dos meios de correção, quer privando-o de alimentação ou cuidados.

Maus-tratos, dessa forma, diferenciam-se do abuso, porque aqueles se caracterizam pelo exagero nos meios utilizados, e este caracteriza-se pela privação da assistência, da alimentação, e pela imposição de perigo à vida e à saúde. O abuso está inserido no conceito de maus-tratos do Código Penal, mas como a lei não possui redundâncias ou palavras inúteis, é correto entender que aqui, do conceito de maus-tratos, são destacados os elementos correspondentes ao abuso. Ferir é ofender fisicamente, quer por meio de instrumento contundente, quer cortante, quer pérfuro-cortante ou pérfuro-contundente. Tal ação representa a correspondente para a fauna do delito de lesão corporal existente para o ser humano.

A mutilação representa a seção de parte do corpo do animal ou perda de um membro ou função.

Quaisquer destas atitudes são consideradas criminosas a partir do fato de virem a ser praticadas contra animais da fauna silvestre, doméstica ou domesticável, seja ela exótica ou nativa.

[...] O objeto material da conduta é o animal, e a norma protege o ambiente como um todo, que é bem de uso comum do povo. Trata-se de crime comissivo de ação múltipla. Consuma-se o delito no momento em que ocorre o ato. A doutrina não tem admitido tentativa em delito de maus-tratos contra pessoa (CP, art. 136) e não há razão para admiti-la quando é praticado contra animais. A consumação ocorre no exato momento em que o ato se realiza (COSTA NETO, Nicolao Dino de; BELLO FILHO, Ney de Barros; CASTRO E COSTA, Flávio Dino de. *Crimes e infrações administrativa ambientais: Comentários à Lei n. 9.605/98*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 208-209).

In casu, além da negativa do comportamento delituoso pelos apelados, não existem vestígios de alusão à prática de crueldade ou excessos no trato do animal encontrado e retirado do cercado, destinado à prática da atividade denominada “farra do boi”.

Nesse ponto, é prudente que se registre que a aludida atividade não pode ser resguardada à guisa de “tradição ou manifestação cultural”, porquanto é de pacífico consenso que a crueldade, quando embutida em predita prática, não somente é repudiada pela ótica do homem que a percebe, como, ainda, vedada pela Constituição Federal, no capítulo destinado ao meio ambiente (art. 225, § 1º, inc. VII).

Entretanto, não é menos verdade que os elementos ameaçados no processado não autorizam afirmar que os denunciados incidiram, com seu comportamento, na conduta descrita no art. 32, *caput*, da Lei n. 9.605/98, razão pela qual, fica prejudicada a análise das qualificadoras derivadas daquele ilícito – art. 15 e suas alíneas. Acertada, portanto, a decisão absolutória do Togado de primeiro grau, não havendo reparos a se fazer.

2. Delito previsto no art. 69 da Lei n. 9.605/98

Prevê o dispositivo epígrafado:

“Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais”.

Em que pese a insurgência do representante ministerial, não somente a conduta imputada não foi descrita no pórtico acusatório, como, de idêntica forma, a análise percuciente dos dados coletados não indica a incidência de nenhum dos acusados na prática descrita. As informações colhidas, ao contrário, não se reportam a atos praticados tendentes a obstruir ou dificultar a atuação dos agentes públicos.

Os policiais ouvidos não registraram nenhum embaraço causado pelos apelados ao intervirem no local.

Sinval Santos da Silveira Júnior limitou-se a afirmar que, ao chegarem ao local, os agentes conversaram com os líderes e, em seguida, a Prefeitura Municipal recolheu o animal, não se referindo à ação tendente a tumultuar ou dificultar a empreitada (fl. 235).

No mesmo veio são as palavras de Neuvan de Aguiar, que dão conta de que, após receberem informações da realização da atividade, envolvendo um animal, foram até o local indicado, “ocorrendo a interferência da PM, cessando a ‘farra do boi’” (fl. 248).

Não destoam os relatos dos policiais Joyce e Devilson que atenderam ao tumulto causado pela obstrução da rodovia e se limitaram a narrar a provável cobrança de “pedágio” realizado por pessoas que visavam ser ressarcidas “de um boi que teriam comprado”. Sobre o esvaziamento dos pneus da viatura policial ou os foguetes disparados na direção do helicóptero da polícia civil, referiram-se a “elementos que lá estavam”, não sendo nenhum deles individualizado, tendo em vista que foi registrada a presença de centenas de pessoas, constando, inclusive, da narrativa do apelado Ivoni da Luz, que “ajudou o policial a trocar o pneu da viatura” (fls. 164, 259 e 260).

Nem se diga que a negativa das práticas ilícitas, por parte dos apelados, ou, ainda, suas evasivas, constituam atos de impedimento

aos atos fiscalizadores, pois, como se sabe, ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a declarar-se culpado.

Ressalte-se, por fim, que nem mesmo a peça recursal fez menção à conduta acoimada, limitando-se, apenas, a fazer referência ao comando legal.

Nesse passo, não seria possível, efetivamente, atribuir aos acusados a execução, *in concreto*, de qualquer ato tendente a obstaculizar a atividade da força pública, sendo de integral acerto a absolvição dos réus.

3. Delito inserto no art. 158, § 1º, do Código Penal

Assim dispõe o comando penal:

Art. 158 Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e, com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.

[...]

§ 1º Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até a metade.

De fato, pontuam nos autos afirmações de que o trânsito local estaria impedido e a liberação da passagem condicionada à cobrança de valores, segundo constou, destinados à reparação dos prejuízos pelo recolhimento do boi pela polícia.

É incontestável que tal fato tenha ocorrido, porquanto os policiais Joyce e Devilson foram acionados para atender à ocorrência e desbloquear o trânsito e confirmaram que havia uma multidão envolvida e que foi necessário solicitar reforço. Ocorre que nem mesmo eles, que se infiltraram no meio das pessoas, tentando desobstruir a rodovia, nomearam ou identificaram qualquer dos participantes.

Por outro lado, nem uma só das pessoas, teoricamente assacadas, tendo-se em mente que se formou um considerável tumulto, foi arrolada para relatar a prática imputada e atestar que foi ameaçada ou compelida, mediante violência, a entregar quantia em dinheiro para algum dos acusados, o que, com efeito, inviabiliza a caracterização da ilicitude e afasta a condenação por ausência de provas.

4. Cominação ao apelado Jean Henrique Pires, da alínea d do art. 15 da Lei Ambiental “concorrendo para danos à propriedade alheia”, combinada com o delito previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal

Não há falar em combinação entre os dois dispositivos. A uma, porque a alínea da lei especial, que dispõe sobre o meio ambiente e se reporta às transgressões previstas naquele ordenamento, não se vincula à cominação da lei geral (Código Penal), que trata de ilícito contra o patrimônio; e, a duas, porque, mesmo que fosse relacionada com a extorsão, ainda assim, como se viu, não ficou comprovada a participação de nenhum dos denunciados na conduta ilegal, não havendo, pois, falar em reforma da reprimenda atribuída ao apelado Jean Henrique.

Contudo, com relação à pena imposta ao apelado, vislumbra-se que o período de tempo transcorrido entre o recebimento da denúncia – 8-8-2003 (fl. 2) – e a publicação da sentença – 24-10-2005 (fl. 428) – adimpliu o lapso prescricional estabelecido pelo art. 109, inc. VI (2 anos, se o máximo da pena é inferior a 1 ano), uma vez que a reprimenda *in concreto* irrogada foi de 6 (seis) meses, sendo imperativa a declaração da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, em relação a ele.

DECISÃO

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do apelado Jean Henrique Pires

pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Des. Subst. Carstens Köhler. Exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de setembro de 2006.

Jorge Mussi

PRESIDENTE

Irineu João da Silva

RELATOR

Apelação Criminal n. 2006.024873-2, de Itapiranga

Relator: Des. Irineu João da Silva

PROCESSUAL PENAL – NULIDADE – FALSIDADE IDEOLÓGICA – INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA IMPUTADA – INOCORRÊNCIA – REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDOS, O QUE PROPORCIONA A AMPLA DEFESA DO ACUSADO.

CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA – FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299 DO CP) – AGENTES QUE FIRMAM CONVÊNIO COM COOPERATIVA E INSEREM INFORMAÇÕES DIVERSAS DAS REAIS COM O OBJETIVO DE CRIAR OBRIGAÇÃO DISTINTA DAQUELA PREVISTA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL – PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL – PREJUÍZO DE TERCEIROS – IRRELEVÂNCIA – CRIME FORMAL – CONDUTA SABIDAMENTE ILÍCITA – CONDENAÇÃO MANTIDA.

PENA CRIMINAL – SANÇÃO CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA – ALTERAÇÃO DESTA ÚLTIMA POR PECUNIÁRIA – RECURSO PARCIAMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.024873-2, da comarca de Itapiranga, em que são apelantes João Batista Schneiders e Egon Grings, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para adequar as reprimendas, nos termos deste acórdão, estendendo-se a decisão ao co-réu não apelante. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Itapiranga, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Batista Schneiders, Noemio Nicolau Reimann e Egon Grings como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal (três vezes), porque:

Segundo consta do incluso inquérito policial requisitado pelo Ministério Público, a Prefeitura Municipal de Itapiranga, então comandada por João Batista Schneiders, firmou com a Cooperita – Cooperativa Agropecuária de Itapiranga, a qual era presidida pelo co-denunciado Egon Grings, convênio de assistência técnica no ano de 2000, no valor de R\$ 6.183,00 (seis mil cento e oitenta e três reais), a serem pagos em quatro parcelas.

Ocorre que tal convênio era destinado tão-somente para cobrir juros de outros negócios firmados com a cooperativa, sendo que os serviços não eram realizados e os empenhos eram efetuados sobre notas frias, devidamente corroboradas pelo chefe do executivo e pelo secretário da agricultura, Noemio Nicolau Reimann, que firmou o convênio fantasma.

Utilizando este *modus operandi*, a cooperativa, sob comando de Egon Grings, emitiu uma nota fiscal sem a respectiva prestação de serviços, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em 28 de janeiro de 2000, uma outra no valor de R\$ 1.530,60 (mil quinhentos e trinta reais e sessenta centavos), em 29 de março de 2000, respectivamente saldadas pelos empenhos referendados por João Batista Schneiders e Noemio Nicolau Reimann, e deixando a última prestação do falso convênio com a futura administração municipal (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, os acusados foram condenados, individualmente, ao cumprimento da pena de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 299 do Código Penal, substituídas as privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Inconformados, os réus João Batista Schneiders e Egon Grings apelaram, alegando, preliminarmente, inépcia da denúncia, ao argumento de que o delito de falsidade ideológica exige que o agente vise a prejudicar

direito, ou procurar criar obrigação, ou objective alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, o que não ocorreu, sob seus pontos de vista. No mérito, pugnaram pela absolvição, com fundamento no art. 386, incs. III e VI, do CPP. Subsidiariamente, postularam a substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por pecuniária.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

VOTO

1. Inicialmente, verifica-se que não procede a nulidade aventada pela defesa, no tocante à inépcia da denúncia, porquanto, de uma detida análise da proemial acusatória, vê-se que a peça atacada preenche todos os requisitos exigidos pelo nosso ordenamento processual penal.

Na espécie, a denúncia descreveu, adequadamente, o delito, em tese, de falsidade ideológica, porquanto o réu João Batista Schneiders, na época prefeito do município de Itapiranga, e Noêmio Nicolau Reimann, secretário de agricultura, subscreveram o convênio para a prestação de serviços de orientação técnica a agricultores pela Cooperita, administrada por Egon Grings, quando, na verdade, o valor a ser pago era destinado à negociação de juros referentes a débitos anteriores com aquela empresa.

Portanto, a conduta supostamente praticada pelos apelantes se encaixa nos verbos contidos no art. 299 do CP, quais sejam, a de “fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

Segue a decisão desta Corte:

NULIDADE – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA
POR NÃO PREENCHER OS REQUISITOS DO ARTIGO 41
DO CPP – EXORDIAL QUE DESCREVE A CONDUTA DO

ACUSADO PROPORCIONANDO A SUA AMPLA DEFESA – EIVA AFASTADA.

Descrevendo a denúncia um fato penalmente típico, de maneira que autorize um juízo de suspeita, não é inepta, por preencher os requisitos legais e permitir que a defesa se exerça na sua plenitude (Ap. Crim. n. 1999.004702-4, de Palmitos, rel. Des. Jorge Mussi, j. 4-5-1999).

Sendo assim, não há acatar a alegação de inépcia.

2. Ultrapassada a questão prévia, verifica-se que, no mérito, melhor sorte não socorre os apelantes João Batista Schneiders e Egon Grings.

A materialidade está consubstanciada nos documentos de fls. 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22 e 23, no Termo de Cooperação Técnica (fls. 28 e 29) e no Ofício n. 165/01 (fl. 26).

A autoria, também, foi comprovada pelas provas documental e testemunhal, que fornecem a certeza exigida para o decreto condenatório.

Com efeito, o prefeito Áurio Vendelino Welter, ratificando os termos contidos na representação, esclareceu como os fatos vieram à tona. Segundo ele, todas as pessoas físicas e jurídicas que possuíam créditos inscritos em restos a pagar com a municipalidade foram notificadas para que informassem sua origem. Em razão disso, descobriu-se que os serviços constantes nas notas fiscais da Cooperita não foram prestados e os valores correspondiam, na verdade, a juros referentes a outros débitos que a prefeitura tinha com aquela empresa. Asseverou, também, que os empenhos pagos não estavam acompanhados do plano de trabalho (relatório), consistente em um documento no qual fica consignado o nome do profissional, o serviço prestado e o produtor rural atendido (fls. 27, 188 e 189).

No mesmo norte, as declarações do contador daquele executivo municipal, Renato Schlickmann, afirmando que realizou o levantamento dos valores a serem pagos pela prefeitura e, como os relatórios de prestação de serviços não estavam anexados aos empenhos, conforme previa o contrato pactuado com a Cooperita, enviou um ofício solicitando informações a

esse respeito, e descobriu que os valores constantes nos empenhos e nas notas fiscais eram resultantes de negociação de juros, alheios ao contrato de assistência técnica a agricultores daquele Município (fls. 38 e 176).

Por sua vez, a testemunha Inácio Vunibaldo Scholz acrescentou que todas as despesas inscritas em restos a pagar foram analisadas quanto à legalidade, comprovação do pagamento e efetivo serviço prestado, com o objetivo de evitar a quitação de despesas sem caráter público (fls. 39 e 175).

Igualmente, Vilson Söthe explicou que solicitou à empresa Cooperita os relatórios de atividades e execução dos serviços previstos no convênio celebrado com a prefeitura, e que, por meio de ofício, Egon Grings informou que aqueles valores foram empenhados a título de negociação de juros, a fim de compensar parte das perdas sobre outros créditos vencidos, alheios ao referido instrumento público. Concluiu-se, então, que os serviços não foram executados e a despesa foi fraudada (fls. 40 e 174).

O acusado Egon Grings, diretor presidente da Cooperita, informou que na gestão do ex-prefeito e ora co-réu, João Batista Schneiders, sua instituição forneceu diversos materiais à prefeitura, o que resultou em um valor expressivo, e que, em diversas oportunidades, tentou cobrá-lo verbalmente, sem sucesso. Em face disso e justificando que queria apenas evitar prejuízos à Cooperita, contactou-o e firmaram um convênio de prestação de orientação técnica a agricultores, cujo valor (R\$ 6.183,00) corresponderia às perdas e juros da dívida existente. Disse, também, que foram efetuados os pagamentos de três parcelas, conforme as notas fiscais juntadas ao feito, estando em débito a última delas. Finalizou aduzindo que os serviços foram prestados e a prefeitura apenas contribuiu por meio do convênio (fl. 43).

Contudo, perante o Magistrado, negou a imputação que lhe foi atribuída na denúncia, afirmando que, ainda que o Município estivesse em dívida com a empresa, a Cooperita não cobrava juros e tampouco foram emitidas notas frias, uma vez que os serviços de assistência foram prestados

aos agricultores. Por outro lado, não soube informar se os relatórios foram entregues à prefeitura – exigência prevista no convênio – e, indagado sobre as declarações prestadas na fase policial, respondeu que “até pode ter sido acertado assinatura de convênio para a cobrança de perdas e juros, porém, os serviços de convênio foram efetivamente prestados” (fl. 152).

No entanto, em atendimento à solicitação de informações feita pela assessoria contábil da Prefeitura, ele informou que

essa despesa, a título de orientação técnica, é resultado de renegociação de juros sobre créditos de valor expressivo, haja vista que já se encontravam vencidos por um tempo considerável. Portanto, tem sido acordado entre as partes o seu pagamento mediante a emissão de notas fiscais de serviços para compensar parte das perdas sobre referidos créditos (fl. 26).

Já o réu Noêmio Nicolau Reimann, secretário municipal de agricultura naquela gestão, na fase administrativa, disse que não tinha conhecimento que os valores constantes no Termo de Cooperação Técnica (fls. 28 e 29) seriam destinados ao pagamento dos juros relativos a outros débitos do executivo municipal. Por outro lado, ressaltou a importância de se firmar aquele tipo de convênio para o crescimento dos agricultores e agropecuaristas, bem como do município, uma vez que a empresa possui corpo técnico especializado em todos os setores rurais (fl. 45).

Em Juízo, acrescentou que o controle dos trabalhos prestados era feito por meio de relatórios fornecidos pela Cooperita, mas não sabia se foram entregues, bem como não conferiu nenhum deles antes de assinar os empenhos e as notas fiscais (fl. 148).

O acusado João Batista Schneiders, alcaide na época dos fatos, durante a fase investigatória, limitou-se a informar que a Lei Municipal n. 1.528, de 10-9-1993 (fls. 55 a 60) autorizava o Município, por intermédio do gestor do Fundeagro, a firmar convênios, acordos, contratos e demais ajustes visando ao bom desenvolvimento do programa de incentivo ao desenvolvimento agropecuário (fl. 49). Na via judicial, negou a celebração de convênio com a Cooperita para o pagamento de perdas e juros, admi-

tindo, no entanto, que foi formalizado apenas para a assistência técnica a produtores rurais. Salientou, também, que era o secretário da agricultura (gestor do Fundeagro) quem ordenava os pagamentos, mediante a apresentação das notas fiscais dos serviços prestados (fl. 150).

Nesse contexto, ficou claro que a conduta ilícita dos apelantes consistiu em simular o convênio de assistência técnica, para a prestação de serviços a agricultores e agropecuaristas, com a real finalidade de restabelecer o equilíbrio financeiro, negociando juros e perdas de valores oriundos de débitos anteriores daquela prefeitura com a Cooperita.

Sobre o tipo penal infringido, Sylvio do Amaral ensina que

no falso ideal, o agente forma um documento até então inexistente, para, através dele, fraudar a verdade. O documento assim elaborado pelo falsificador é extrinsecamente verdadeiro, pois quem escreve é efetivamente quem aparece no texto como autor; o que há nele de inverídico é o conteúdo da realidade que devia consignar (*Falsidade documental*. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2000. p. 52-53).

Guilherme de Souza Nucci, analisando o núcleo do tipo previsto no art. 299 do CP, explica:

"Omitir (deixar de inserir ou não mencionar); inserir (colocar ou introduzir); fazer inserir (proporcionar que se introduza). Os objetos das condutas devem ser declarações relevantes a constar em documentos públicos e particulares" (*Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 757).

Desse modo, a ação de inserir declaração falsa ou diversa da que deviam os recorrentes fazer, com o fim de criar obrigação distinta, configurou o delito do art. 299 do Código Penal, não havendo falar em absolvição.

Registre-se, ainda, que o delito em comento dispensa o efetivo prejuízo, pois se trata de crime de mera conduta, que se consubstanciou com a inserção do falso no documento. Além disso, a objetividade jurídica protegida é a fé pública, e não o patrimônio.

Nesse sentido, colhe-se julgado desta Corte:

FALSIDADE IDEOLÓGICA. REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA, DANDO CONTA DO FURTO DE FOLHAS DE CHEQUE, COM O OBJETIVO DE SUSTAR O SEU PAGAMENTO. POTENCIALIDADE LESIVA. DESNECESSIDADE DE EFETIVO PREJUÍZO DA VÍTIMA. CRIME QUE SE APERFEIÇO A NO MOMENTO DA INSERÇÃO DE INFORMAÇÃO FALSA EM DOCUMENTO PÚBLICO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DA AGENTE CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS. CONDENAÇÃO MANTIDA (Ap. Crim. n. 1999.019571-6, de Tangará, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 7-12-1999).

Ainda:

A alteração da verdade em documentos públicos é suficiente para caracterizar o crime de falsificação de documento público, pouco importando a ocorrência ou não de prejuízo, sendo que este não precisa ser efetivo, nem patrimonial, bastando, portanto, que seja potencial e moral (RT 611/391).

3. Por derradeiro, a pena restritiva de direitos de limitação de final de semana deve ser substituída por uma pecuniária.

Sabe-se que as penas restritivas de direitos têm como fundamento principal a diminuição da liberdade do acusado sem, contudo, tirá-lo da comunidade a que pertence, auxiliando em seu desenvolvimento e ressocialização.

A Lei n. 9.714/98, quando modificou o art. 44 do Código Penal, no § 2º, explicitamente, trouxe a forma de substituição da sanção corporal, no qual dispôs que "se igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma restritiva de direitos".

Julio Fabbrini Mirabete, em artigo publicado na Jurisprudência Catarinense n. 83/84, intitulado As Novas Penas Alternativas e sua Aplicação, assim explícita, na parte que trata das "Opções do Juiz na Substituição por Penas Alternativas":

Deve também ser considerada nova regra inserida no Código Penal, que permite a substituição por uma única pena quando a condenação for igual ou inferior a um ano, e exige a aplicação de duas sanções

quando o decreto condenatório impõe pena superior a esse limite (art. 44, § 2º).

In casu, os apelantes foram condenados, individualmente, às reprimendas de 2 (dois) anos de reclusão, que foram substituídas por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana.

A prestação de serviços à comunidade (art. 43, IV, do CP), que se traduz na atribuição aos condenados de tarefas gratuitas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos, em programas comunitários ou estatais, é, agora, a reprimenda mais condizente com a realidade dos autos, que, observadas as condições pessoais dos apenados, beneficiará a comunidade e, ao mesmo tempo, educará os apelantes, ressocializando-os. Além disso, é suficiente para a repressão e prevenção do crime.

Por sua vez, a pena restritiva de limitação de final de semana se subsume na obrigação de permanecer aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou em outro estabelecimento adequado (art. 48).

Acerca dessa modalidade de pena alternativa, Jorge Henrique Schaffer Martins comenta:

Trata-se de providência que, ante a realidade prisional do país, é praticamente impossível de ser executada. O cumprimento das penas privativas de liberdade no regime aberto, na prática, não tem ocorrido na forma prevista em lei. Isso em razão da inexistência de casas de albergamento, ou outros locais que estejam de acordo com as exigências legais. Então, tem-se optado pela aplicação do “albergue domiciliar”, figura até então contemplada na lei, somente nas hipóteses expressamente previstas no art. 117 e incisos, da Lei de Execução Penal, quando se tratar de condenando maior de 70 (setenta) anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante (incs. I, II, III e IV, respectivamente), mas que, por vezes, apresentava-se como única saída, para que a decisão condenatória não tivesse efeito meramente documental, não obstante o dissenso existente na jurisprudência. Sendo assim, como se pode cogitar de recolher o agente, beneficiado com a pena restritiva de direitos, às cadeias públicas, onde estão presos os

acusados que não atendem aos requisitos para se ver beneficiados com formas mais brandas de punição, ou que se encontram encarcerados pela prática de crimes mais graves?

Poder-se-ia, então, pensar em proceder à execução da medida em outro estabelecimento. Porém, deve-se indagar qual seria o apropriado, não havendo uma resposta efetiva. Enquanto não adotadas medidas que permitam o cumprimento real dessa reprimenda, inquestionável que ela não deve ser escolhida (*Penas alternativas: comentários à nova Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998, que altera dispositivos do Código Penal. Ed. Juruá, 1999, p. 47-49*).

Portanto, mostra-se coerente substituí-la por prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo, por ser mais benéfica aos réus, estendendo-se os efeitos da decisão ao co-réu não apelante, Noêmio Nicolau Reimann.

DECISÃO

4. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para adequar as reprimendas, nos termos deste acórdão, estendendo-se a decisão ao co-réu não apelante.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Des. Subst. Carstens Köhler. Exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de agosto de 2006.

Irineu João da Silva
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2005.041507-9, de Navegantes

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

NARCOTRÁFICO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PRETENSÃO DO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, INCISO III, DA LEI ANTITÓXICOS. MATERIALIDADE EVIDENCIADA. CONJUNTO PROBATÓRIO, CONTUDO, QUE NÃO CONFERE A CERTEZA MORAL NECESSÁRIA À PROLAÇÃO DO EDITO CONDENATÓRIO. *REFORMATIO IN MELIUS*. ABSOLVIÇÃO DE UM DOS ACUSADOS QUE SE IMPÕE.

“Mesmo em se tratando do repugnante tráfico de drogas, a condenação exige certeza moral, lastreada em fatos concretos, no mínimo indícios e circunstâncias coerentes, convergentes e convincentes, não satisfazendo simples suspeitas, inclusive fortes” (Ap. Crim. n. 2004.013712-5, rel. Des. Amaral e Silva).

RECURSO DO *PARQUET* PREJUDICADO.

PROCESSUAL PENAL. RÉU DENUNCIADO COMO INCURSO NO ART. 14 DA LEI N. 6.368/76 E CONDENADO PELO ART. 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. INEXISTÊNCIA, NA EXORDIAL ACUSATÓRIA, DE DESCRIÇÃO FÁTICA PASSÍVEL DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NO ÂMBITO DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NÃO REALIZAÇÃO DE ADITAMENTO. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. ANULAÇÃO PARCIAL DO *DECISUM*. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.041507-9, da comarca de Navegantes, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelados Pedro Teodoro Francisco e Carlos Roberto Francisco:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, absolver, de ofício, Pedro Teodoro Francisco, nos termos do art. 386,

inciso VI, do C  none Processual Penal, julgar prejudicado o recurso do Ministério Público, e conceder *habeas corpus* a Carlos Roberto Francisco. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na comarca de Navegantes ofereceu denúncia contra Pedro Teodoro Francisco, vulgo “Pedro Sujeira”, e Dulcinéia da Silva, dando-os como incurso nas san  es dos arts. 12, *caput*, e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, e Carlos Roberto Francisco, vulgo “Pequeno”, dando-o como incurso nas san  es do art. 14 do mesmo Diploma Legal, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

Os denunciados Pedro Teodoro Francisco e Dulcinéia da Silva, os quais são amasiados e possuem uma de suas residências neste município de Navegantes, no bairro Porto das Balsas, Rua Eduardo Couto, n. 91, bem como seu filho Carlos Roberto Francisco associaram-se, de forma permanente, com o intuito de adquirir e vender a substância entorpecente conhecida por *crack* no referido bairro, tendo utilizado a residência citada para tanto, sendo que todos os denunciados, bem como o filho adolescente do casal, I. L. F., de 17 (dezessete) anos, participavam dos atos de aquisi  o, embalagem e venda de substâncias entorpecentes.

O denunciado Carlos também exerce, dentro da associa  o criminosa acima citada, a fun  o de distribui  o da substância entorpecente conhecida por *crack* nos bairros São Paulo e Areia Branca.

Diante de tal fato ter chegado ao conhecimento do setor de inteligência da Polícia Militar, iniciou-se uma investiga  o na qual se apuraram os elementos acima narrados, tendo sido concedido mandado de busca e apreensão nas casas ocupadas pelos denunciados Pedro Teodoro Francisco, Dulcinéia da Silva e Carlos Roberto Francisco para a venda e guarda de substâncias entorpecentes.

Neste íterim, no dia 8 de outubro de 2004, dando cumprimento ao mandado de busca e apreensão, policiais dirigiram-se até o local apontado pela investiga  o, mais precisamente Rua Eduardo Couto, n. 91, bairro Porto das Balsas, Navegantes, SC, lugar também conhecido como “uma das bocas de pedra do Pedro Sujeira”, e que

era o imóvel utilizado pelos denunciados para a venda de substâncias entorpecentes.

Na referida diligência foi encontrado no quarto utilizado pelo casal, uma peteca contendo a substância entorpecente vulgarmente conhecida por *crack*, isto é, cocaína na sua forma básica, a qual causa dependência química, embalada em plástico branco, bem como mais 50 (cinquenta) petecas da referida substância, as quais estavam acondicionadas no mesmo tipo de plástico branco, e no interior de uma carteira de cigarros, a qual estava escondida em uma fenda no assoalho.

No local, também foi (*in situ*) apreendidos R\$ 872,50 (oitocentos e setenta e dois reais e cinquenta centavos) decorrente da atividade ilícita promovida pela associação criminosa (fls. 3 e 4).

Foi requerida a prisão preventiva de Carlos Roberto Francisco (fls. 58 e 59), que foi deferida (fls. 70 e 72).

Regularmente processado o feito, a Magistrada julgou parcialmente procedente a denúncia (fls. 181 a 199) para:

a) condenar Carlos Roberto Francisco e Pedro Teodoro Francisco à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei Antitóxicos;

b) absolver Carlos Roberto Francisco e Pedro Teodoro Francisco da imputação prevista no art. 14 do mesmo Diploma Legal, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Cânone Processual Penal;

c) absolver Dulcinéia da Silva, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Do *decisum* foram opostos embargos de declaração pelo representante do Ministério Público (fls. 203 e 204), os quais foram parcialmente acolhidos pelo Juízo *a quo* para reconhecer a reincidência em desfavor dos acusados, fixando a pena de Pedro Teodoro Francisco e Carlos Roberto Francisco em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime integralmente fechado,

bem como no pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, por infração ao disposto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o representante do *Parquet* (fls. 209 a 217) requerendo a parcial reforma da sentença a fim de se aplicar aos réus a causa especial de aumento de pena constante no art. 18, inciso III, do mesmo Diploma Legal.

Com as contra-razões (fls. 228 a 231) os autos ascenderam a este grau de jurisdição e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo doutor Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo provimento da apelação (fls. 237 e 238).

VOTO

O inconformismo fica prejudicado.

1) Do acusado Pedro Teodoro Francisco

Embora a materialidade esteja evidenciada – o que se constata pelo boletim de ocorrência (fl. 15), pelo laudo de constatação (fl. 26), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 27) e pelo laudo pericial (fls. 97-100) – não há a certeza moral necessária sobre a autoria em relação a Pedro Teodoro Francisco.

Examinando detidamente a prova reunida no caderno processual e selecionando os elementos de convicção relevantes para o deslinde da atuação imputada a esse réu, tem-se que a droga não foi encontrada na posse de ninguém especificamente, porquanto os policiais acharam as pedras de *crack* embaixo da cama, em um esconderijo no assoalho, dentro de um quarto da casa localizada à Rua 12, n. 91, Loteamento Porto das Balsas, Navegantes/SC.

Além disso, existem elementos a demonstrar que na residência moravam somente Simone e I. L. F. e, embora haja prova documental – termo circunstanciado (fl. 37) – noticiando que em abril de 2004 Pedro morava naquele endereço, tanto ele quanto a esposa afirmaram residir em

Itajaí – Rua Concórdia, n. 909, Rio Bonito, bairro São Vicente – o que foi gizado pelos três filhos do casal e, indiretamente, pelos próprios milicianos que realizaram as investigações e diligências na casa de Simone, além da declaração de residência juntada à fl. 86. É o que consta:

[...] *que não sabe se Pedro e Dulcinéia residiram no local*; que não participou da apreensão na casa dos réus; que trabalha (*sic*) na investigação, junto com Paulo Sérgio de Oliveira; que trabalhou com Paulo Sérgio na investigação do caso; que não sabe precisar quantas vezes ele e Paulo foram até a casa, mas pelo menos, quatro ou cinco vezes, em aproximadamente 3 meses de investigações; *que nunca viu Pedro e Dulcinéia na residência, durante a investigação*; [...] *que não viu Pedro e Dulcinéia venderem drogas* (fl. 104 – Josiel José Pereira – grifou-se).

Que não tem conhecimento a respeito da investigação do caso, pois foi somente cumprir o mandado de busca e apreensão [...] *que não sabe se os três residem na referida residência* [...] (fl. 106 – João Carlos Bratfisch – grifou-se).

[...] *que não se lembra o que Pedro e Simone tenham comentado sobre o fato de residirem ou não no local*; *que não sabe responder se a família morava efetivamente junto* (*sic*) *ou não* [...] (fl. 108 – Henrique Orival da Silva – destacou-se).

[...] *que a droga foi encontrada em sua casa*; *que sua mãe e seu pai não moravam junto com a declarante*; [...] *que seus pais estavam em Itajaí, no Rio Bonito*; que seus pais lhe visitavam de 2 a 3 vezes por mês; [...] *que os pais da declarante moravam há 3 anos em Itajaí* [...] (fl. 140 – Simone Francisco da Silva – sem grifo no original).

[...] *que a droga foi encontrada na residência de sua irmã e seu irmão, L., a quem pertencia o crack* (L.); [...] *que seus pais residem em Itajaí, endereço diferente daquele onde foi encontrada a droga*, sendo que no dia dos fatos, sua mãe estava cuidando do filho de seu [sua] irmã e seu pai estava vendendo peixe, tendo ido até o local buscar sua mãe [...] (fl. 82 – Carlos Roberto Francisco – salientou-se).

[...] *Que, seu pai e sua mãe, conforme acima narrado, não residem naquele endereço e sim somente a sua irmã Simone, lá se encontravam apenas para cuidar e visitar o neto deles* (fls. 30-31 – I. L. F. – grifou-se).

Desse modo, verifica-se que há dúvidas acerca do domicílio de Pedro à época do delito; todavia, inexistiu impedimento de que ele e Dulcinéia tenham-se mudado naquele interregno – entre abril e outubro de 2004.

Também não se pode perder de vista que o policial militar condutor do flagrante, Henrique Orival da Silva, na fase inquisitiva, esclareceu:

Que, nesta tarde de hoje, por volta das 16h40min, o depoente de plantão, juntamente com o soldado João Carlos Bratfisch, de posse de uma *(sic)* Mandado de Busca e Apreensão, para ser executado na Rua Eduardo Couto, nos números 91, 115 e 125, se deslocaram para os devidos imóveis, não localizando nada de anormal nas casas de números 115 e 125, *somente no n. 91, no qual se faziam presentes Pedro Teodoro Francisco, a esposa Dulcinéia da Silva e o filho I. L. F. de 17 anos*, sendo apresentado ao *(sic)* este casal o respectivo Mandado de Busca e Apreensão; que, na revista, mais precisamente no quarto do casal, embaixo da cama, foi encontrado *(sic)* uma buchinha de *crack*, envolta em um plástico de cor branca, bem como numa greta no assoalho, no mesmo local em que se encontrava aquela cama, foi encontrado *(sic)* uma carteira de cigarro da marca Calvert, contendo no seu interior cinquenta bucinhas também de *crack*, envolta com o mesmo material plástico de cor branca; Que, ainda na revista daquele quarto, na gaveta do berçário foi *(sic)* encontrado[s] R\$ 800,00 com notas variadas e na bolsa de Dulcinéia da Silvas *(sic)* R\$ 12,50 em notas variadas; Que, referido casal, no ato recebeu voz de prisão em flagrante, sendo encaminhados para a Delegacia, juntamente com o filho I. L. F. e apresentados ao comissário de plantão (fl. 8 – sem grifo no original).

Identicamente relatou o agente público João Carlos Bratfisch na fase indiciária (fl. 9).

Em declaração judicial (fl. 108), o miliciano Henrique asseverou que havia informações de que Carlos, filho de Pedro, praticava o narcotráfico, apontando até mesmo a residência na qual foi cumprido o mandado de busca e apreensão como um dos pontos de venda de drogas. Afirmou que encontrou aproximadamente 40 buchas de *crack* na fresta do assoalho embaixo da cama, “como se na hora tentassem esconder o entorpecente”. Disse ainda que, além da droga, foram encontrados cerca de R\$ 800,00 (oitocentos reais) – distribuídos em notas variadas – dentro de uma gaveta. Declarou que dentro da casa no momento da apreensão estavam Dulcinéia, I. L. F. e Pedro. Confirmou que as informações eram de que Simone e Carlos estavam comercializando substâncias ilícitas, dizendo também que: “não tem lembrança se Pedro e Dulcinéia já teria[m] sido presos por

tráfico”. Por fim, afirmou que não sabia se a família morava efetivamente no mesmo local ou não.

João Carlos, por sua vez, atestou em Juízo:

que não tem conhecimento a respeito da investigação do caso, pois foi somente cumprir o mandado de busca e apreensão e o Sargento Orival foi quem encontrou drogas na residência; que foram apreendidas pedras de crack; que não sabe precisar a quantidade; *que, na residência, estavam Dulcinéia e Carlos; que Pedro chegou depois que já haviam entrado na residência com o mandado;* que na Delegacia observou que a embalagem da droga configura a situação de venda; que, no momento, foi dado voz de prisão a Dulcinéia e ao Carlos; que após Pedro chegar, foi dado voz de prisão ao mesmo e posteriormente todos foram conduzidos à Delegacia; que não sabe se Pedro e Dulcinéia foram presos pelo tráfico de drogas; que não sabe se os três residem na referida residência; que não sabe dizer como Pedro chegou, de moto ou não, pois estava dentro da residência no momento; que acompanhou os três réus até a Delegacia (fl. 106 – destacou-se).

Como bem se pode observar, as declarações dos dois policiais divergem no que tange às pessoas que se encontravam no interior da residência no momento da apreensão; o primeiro disse que lá estavam Dulcinéia, I. L. F. e Pedro, enquanto o segundo alegou que somente Dulcinéia e Carlos achavam-se dentro da referida casa, tendo Pedro chegado instantes após à entrada dos agentes públicos no local.

E mais, compulsando os autos, verifica-se que Carlos Roberto Francisco foi preso preventivamente, na sua residência, dias após a prisão dos seus pais Pedro e Dulcinéia (fls. 70 a 73) – visto que os fatos ocorreram no dia 8-10-04 e Carlos foi preso somente no dia 25-10-04 – o que infirma as declarações de João Carlos Bratfisch.

Nesse sentido foi a declaração judicial do filho de Pedro, que negou sua participação nos fatos:

que mora de aluguel no endereço declinado acima, tendo contrato de locação e *não possui envolvimento com os fatos da denúncia; que o interrogando foi preso em sua residência; que a droga foi encontrada na residência de sua irmã e seu irmão, I., a quem pertencia o crack (I.); [...]* que não é usuário nem viciado ou dependente em drogas; que da casa onde foi apreendida a droga

até a residência do interrogando dista aproximadamente 400 metros [...] (fl. 82 – grifou-se).

E se tanto não bastasse, pelos depoimentos de Dulcinéia (fls. 10 e 77), de I. L. F. (fls. 30 e 31) e dos policiais João Carlos Bratfish (fl. 106) e Paulo Sérgio de Oliveira (fls. 109 e 110), constata-se que Pedro chegou somente após os milicianos terem adentrado na residência, senão confira-se: “que Pedro chegou depois que já haviam entrado na residência; [...] que não sabe dizer como Pedro chegou, de moto ou não, pois estava dentro da residência no momento” (fl. 106).

Ainda, do agente público Paulo Sérgio: “que não se lembra se o réu Pedro estava no quintal da casa ou dentro da mesma; que não se lembra se havia uma moto fora da casa” (fl. 109).

Também sobre a posterior chegada de Pedro, declarou sua esposa (fl. 77): “que quando a polícia chegou, seu marido ainda estava do lado de fora da casa, foi levado para a sala, juntamente com a interroganda e I”.

A deixar mais turva a prova da participação do increpado *supra* no comércio proscrito, tem-se também a assunção da propriedade da droga pelo menor I. L. F. – que residia com Simone no local à época dos fatos e lá se encontrava por ocasião da chegada da Polícia Militar – que foi confirmada por todos os outros membros da família, quais sejam, Simone (fl. 140), Carlos (fl. 82), Dulcinéia (fls. 10 e 77) e Pedro (fls. 10, 11 e 79), os quais disseram que o infante freqüentemente comprava entorpecentes – *crack* – para sua utilização quando embarcado. E, conforme o próprio adolescente asseverou: “iria se embarcar neste domingo, permanecendo por vinte dias fora, pois é viciado neste entorpecente, chegando a cheirar de duas a três pedras por dia” (fl. 30).

Ademais, no tocante à quantia encontrada na residência *supra*, há dúvida se o numerário provinha de venda de narcotráfico ou se pertencia a Simone, fruto do seu trabalho como diarista no ramo de pescados. Extrai-se do seu depoimento (fl. 140): “que trabalhava com peixe e ganhava R\$ 150,00 por semana; que fazia 2 meses que estava guardando dinheiro;

[...] que os outros R\$ 200,00 era (*sic*) da aposentadoria de seu pai, foi pego com este quando de (*sic*) sua prisão”.

E, da declaração de I. L. F. (fl. 30): “[...] com relação ao[s] R\$ 800,00 em dinheiro, este[s] é (*sic*) da sua irmã Simone, guardado[s] dos recebimentos de fruto do trabalho dela, como diarista no pescado”.

Ainda sobre o numerário apreendido, asseverou Dulcinéia (fl. 77): “que o dinheiro era de sua filha, pois a mesma trabalha no peixe”.

De outra banda, observa-se que foram efetuadas investigações acerca da prática da narcotraficância e, segundo consta do relatório elaborado pelos agentes públicos que participaram das diligências (fls. 60 e 61), os usuários se reportavam ao endereço em que foi encontrado o entorpecente como ponto de venda de drogas, assim como apontavam “Pedro Sujeira” e todos os seus familiares como traficantes. E mais, os policiais dão a entender que várias vezes abordaram I. L. F. na motocicleta que conduzia e com a qual realizava entregas, entretanto, em nenhuma das vezes encontraram estupefacientes em sua posse. Relataram também que quem repassava a substância ilícita a Pedro era seu filho Carlos, mais conhecido pela alcunha “Pequeno”.

Em declaração judicial (fl. 104), o miliciano Josiel José Pereira asseverou:

*[...] que participou das investigações e as mesmas levam à conclusão de que os três réus praticavam a narcotraficância, inclusive, a partir dos depoimentos dos compradores das drogas; que não se recorda quantos foram ouvidos; [...] que Carlos possuía alguns pontos de venda de drogas e um deles era a referida residência; que não participou da apreensão da droga nesta residência, pois direcionou-se (*sic*) a outra; [...] que Carlos já foi preso anteriormente por tráfico; [...] que não participou da apreensão na casa dos réus; que trabalha (*sic*) na investigação, junto com Paulo Sérgio de Oliveira; que trabalhou junto com Paulo Sérgio na investigação do caso; que não sabe precisar quantas vezes ele e Paulo foram até a casa, mas pelo menos, quatro ou cinco vezes, em aproximadamente 3 meses de investigação; que outros policiais também faziam investigação do caso; que não sabe identificar o nome dos compradores (*sic*) que indicaram os réus como vendedores da droga; que, no momento da abordagem, aludidas pessoas estavam portando substâncias entorpecentes; que acompanhavam*

a pessoa ir ao local da casa, adquirirem a droga e, após, faziam a abordagem [...]
(sem grifo no original).

No mesmo vértice atestou Paulo Sérgio de Oliveira em Juízo (fls. 109 e 110):

que havia várias denúncias e havia acompanhamento e investigação dando conta de que os três réus praticavam o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; [...] que acompanhou a diligência que culminou na apreensão da droga; [...] que antes da apreensão, alguns consumidores foram abordados e os mesmos indicavam a residência da apreensão como local da venda da droga [...] (destacou-se).

Dessa forma, observa-se que, apesar de os milicianos alegarem ter ouvido inúmeros usuários, nenhum deles, ressaltou-se, nenhum, prestou declarações nos autos para estear a imputação formulada, tendo Josiel José Pereira mencionado ainda que não saberia identificar o nome de qualquer deles.

De mais a mais, analisando o caderno processual, verifica-se que além das investigações, incriminando a família de Pedro, existe a declaração extrajudicial de Arlindo Vidal Agostinho Júnior (fl. 63), o qual alegou que algumas vezes adquiriu *crack* do “Pequeno”, dizendo que este é filho de “Pedro Sujeira” e irmão de Simone. Além disso, apontou esta última como traficante quando afirmou: “[...] também adquiriu em outros (*sic*) ocasiões, do “Pequeno”, como é conhecido Roberto Carlos Francisco (Carlos Roberto), que é filho do Pedro Sujeira e irmão de Simone, que também vende droga para o irmão [...]” (sublinhou-se). Por fim, disse que não pôde mais adquirir entorpecente de Carlos pois ele estava desconfiado de que a Polícia o vigiava.

A imputar a mercancia odiosa a Simone, ao lado da declaração de Arlindo (fl. 63), tem-se os depoimentos de Josiel José Pereira (fl. 104) e de Henrique Orival da Silva (fl. 108), que disseram:

[...] que Simone, filha de Pedro e Dulcinéia, era investigada e morava na referida casa; que o réu Carlos mora na rua dos fundos; que Carlos possuía alguns pontos de venda de drogas e um deles era a referida residência; [...] que nesta ocasião viu que Simone e Carlos vendiam

droga; que não viu Pedro e Dulcinéia venderem drogas (Josiel José Pereira).

Que tinha informações que Carlos praticava o tráfico ilícito de entorpecentes; [...] que a informação era geralmente que Simone e Carlos Roberto Francisco, estavam comercializando drogas [...] (Henrique Orival da Silva).

Causa extrema estranheza o fato de o policial Josiel ter alegado que presenciou Simone e Carlos comercializando entorpecentes e, mesmo assim, não ter detido o suposto usuário e efetuado a prisão em flagrante dos vendedores, o que é o mais comum acontecer em tais situações, uma vez que uma das atribuições da Polícia Militar é prevenir e reprimir o cometimento de infrações penais no exato momento em que elas ocorrem, exterminando a prática delitativa a que o Estado tanto combate.

Das declarações dos agentes públicos Josiel José Pereira (fl. 104) e Paulo Sérgio de Oliveira (fls. 109-110), conclui-se que:

havia várias denúncias e havia acompanhamento e investigação dando conta de que os três réus praticavam o tráfico ilícito de entorpecentes; todos os três atuavam no tráfico; [...] que já acompanhou e teve por várias vezes no local, podendo dizer com certeza que os três réus residem no local da apreensão (Paulo Sérgio de Oliveira).

Conforme se constata, os nomes daqueles que realizavam o comércio proscrito não foram indicados – já que os policiais limitaram-se a dizer que os três praticavam a narcotraficância – o que era necessário no caso, uma vez que residiam no local Simone e I. L. F., este que assumiu a propriedade do *crack* e afirmou ser viciado.

Outrossim, percebe-se dos autos que foram denunciados Pedro, Dulcinéia e Carlos, embora na casa onde a droga foi encontrada morassem, sem sombra de dúvidas, a filha e o filho menor do casal, e que, apesar de haver sérios indícios da sua participação na conduta delituosa, a primeira nem sequer foi denunciada.

Sendo assim, ainda que o Ministério Público tenha requerido o agravamento da pena dos réus pelo reconhecimento da causa especial

de aumento constante no art. 18, inciso III, da Lei Antitóxicos, o fato é que a doutrina aceita a *reformatio in melius* no inconformismo ministerial, até mesmo quando se almeja o próprio incremento da pena dosada na decisão recorrida.

A propósito:

[...] E, sem embargo da restrição feita por Frederico Marques (cf. Elementos, cit., v. 4, n. 1.103), vamos mais longe. *Entendemos que, interposta apelação, apenas pelo Ministério Público, não pode o Tribunal ficar adstrito à regra do tantum devolutum quantum appellatum.*

Se o Ministério Público apela para agravar a pena, nada obsta possa o órgão ad quem agravá-la, mantê-la, diminuí-la ou, então, absolver o réu. Se este foi condenado pelo órgão de 1º grau por uma infração e absolvido quanto à outra, num simultaneus processus, havendo apenas recurso do Ministério Público objetivando convolar a absolvição em condenação, nada impede possa o Tribunal, entendendo que a condenação foi iníqua, proferir decisão absolutória, malgrado a regra do tantum devolutum quantum appellatum.

[...] Entendem os doutrinadores pátrios – e, ao que parece, sem discrepância – poder o Tribunal, ante apelo exclusivo do Ministério Público, visando à exasperação da pena, agravá-la, abrandá-la, mantê-la ou, até mesmo, absolver o réu, em face até do papel que o Ministério Público representa nas instituições políticas.

Não se deve deslembrar que o Tribunal pode, *ex officio*, conceder *habeas corpus*.

Ademais, se o princípio consubstanciado na parêmia *tantum devolutum quantum appellatum* impedisse a *reformatio in melius*, obviamente, havendo exclusivo recurso da defesa, o mesmo princípio funcionaria como um freio a angustiar a possibilidade de a instância superior decidir contrariamente aos interesses do réu. Assim sendo, a expressa proibição da *reformatio in pejus* no corpo do art. 617 do CPP seria uma excrescência... Como na lei não há palavras inúteis, a expressa referência àquela proibição ultrajaria o princípio proibitivo de inserção de palavras inúteis no texto legal [...]

Desse modo, se Tício foi condenado a 1 ano por determinada infração, e condenado a 3 meses quanto à outra, num *simultaneus processus*, havendo apenas apelo do Ministério Público para agravar a pena quanto à segunda, nada impede possa o Tribunal: a) manter a sentença; b) agravar ou abrandar a pena quanto à segunda infração; c) manter a pena quanto à segunda infração e abrandar a da

primeira; d) manter a condenação, quanto à segunda, e absolver quanto à primeira; e) absolver de ambas.

[...] Por outro lado, se bem atentarmos para o nosso CPP, veremos que diversos dispositivos, como observou o saudoso Prof. Romeu Pires de Campos Barros, consagram a prevalência dos interesses do acusado, a começar pelas normas impondo a defesa como injunção legal (arts. 261-266), a absolvição por insuficiência de prova (art. 386, VI), a vedação da *reformatio in pejus* (art. 617), a existência de recursos privativos da defesa (arts. 609, parágrafo único, e 607) e, finalmente, a regra contida no art. 615, § 1º, todos do CPP (cf. O princípio do *favor rei*, Jurispenal, 18/9).

Aqui, sim, trata-se de um verdadeiro *favor rei*.

E repetimos: se o Tribunal pode conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, por que razão estaria impossibilitado de, ante uma apelação exclusiva da acusação, abrandar mais ainda a situação do réu?

Estamos atravessando uma fase em que tem sido uma constante a crítica severa quanto ao enlerdamento dos processos, tendo os próprios Magistrados, em diversos pronunciamentos, reconhecido o emperramento da Justiça, atribuindo-o, contudo, à avalanche de processos e ao obsoletismo do Direito formal. Embora seja isso uma verdade, indaga-se: que mal haveria em o Tribunal, ante o exclusivo apelo da acusação, pleiteando um agravamento da situação do réu, abrandá-la ou, até mesmo, proferir decisão absolutória? Que mal haveria em conceder no juízo de apelo, se pode fazê-lo no juízo revisional? Não estaria havendo uma contribuição para a agilização da Justiça?

[...] Já registramos a lição do saudoso mestre Romeu Pires de Campos Barros e, com a devida vênia, permitimo-nos acrescentar: o que se deduz do nosso sistema processual penal, inclusive dos textos constitucionais, é a consagração, em termos que não admitem controvérsia, do princípio do *favor rei*. Além daquelas normas já indicadas, vejamos, ainda, as contidas no art. 580 do CPP e, por derradeiro, analise-se a Súmula 160, em que se proscreeve, em recurso da acusação, o conhecimento de nulidade, contra o réu, a menos que alegada.

Por essas razões, pouco importa provenha, ou não, o recurso de apelo do Ministério Público ou do particular. É sempre lícito ao juízo *ad quem* agravar a situação do réu ou mitigá-la, suavizá-la. O que não se permite, o que é defeso, repita-se é a *reformatio in*

pejus, e não a *reformatio in melius* (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24. ed., v. IV, 2002, Saraiva, p. 421-424 – destacou-se).

Nesta alheta, já se manifestou este Areópago Estadual:

TÓXICOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 16 DA LEI N. 6.368/76. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. CONFISSÃO. NULIDADE. *REFORMATIO IN MELIUS*. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

[...] *Se proibição legal é a da reformatio in pejus, e, por óbvio, não se há como proibir a reforma para melhor, ainda mais porque a apelação devolve à Instância Superior toda a matéria decidida, “repugna que o tribunal, verificando estar o acusado sujeito à pena injusta, se sirva de argumentos de lógica, em homenagem exclusiva à técnica e ao formalismo, para deixar perdurarem tão funestas conseqüências da injustiça. Acrescente-se que, realmente, a questão é de puro formalismo mesmo, pois, em assim decidindo, o tribunal apenas adianta ao réu o que fatalmente lhe concederia em revisão. E não há negar que os interesses deste são também sociais, não se podendo submeter a exigências meramente formalísticas”* (Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 8. ed., p. 355) (Ap. Crim. n. 1997.013727-3, Des. Álvaro Wandelli, j. em 10-2-98 – sem grifo no original).

Destarte, chega-se à conclusão de que inexistente prova segura capaz de determinar se Pedro Teodoro Francisco realmente praticou ou participou da mercancia odiosa, portanto sua absolvição com fundamento no inciso VI do art. 386 do Cântone Processual Penal é medida que se desnuda imperativa, devendo, sob o mesmo fundamento, operar-se a devolução das quantias apreendidas e depositadas em conta vinculada ao Juízo (fls. 68 e 69).

2) Do acusado Carlos Roberto Francisco

O apelado Carlos Roberto Francisco foi condenado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, por infração ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, sendo absolvido da imputação referente ao art. 14 da Lei Antitóxicos.

Verifica-se que, embora não haja provas concretas de que Carlos era quem repassava a droga apreendida na residência de Simone, existem outros elementos probatórios a indicar o seu envolvimento no comércio proscrito, quais sejam: o fato de ele já ter sido denunciado anteriormente pela prática do narcotráfico (fl. 135); a imputação feita pelo usuário Arlindo Vidal Agostinho Júnior (fl. 63), que alegou que comprava drogas do “Pequeno”, tendo parado de adquirir deste somente porque ele estava desconfiado de que vinha sendo vigiado pela Polícia; as declarações de Simone (fl. 140), a qual disse que ele era viciado em entorpecentes; e os depoimentos dos agentes públicos (fls. 104 a 108) asseverando terem visto Carlos comercializando estupefacientes, bem como que um dos seus pontos de venda era na casa onde o *crack* foi apreendido.

Contudo, analisando com percuciência a exordial acusatória, verifica-se que o acusado somente foi denunciado como infrator do delito tipificado no art. 14 da Lei n. 6.368/76. Ou seja, a sentença condenou o recorrido por ilícito nem sequer descrito na prefacial, sendo, por corolário, nula de pleno direito no tocante à condenação sobre esse aspecto em relação ao réu Carlos.

Com efeito, inexistente no pórtico inaugural descrição fática passível de enquadrá-lo no âmbito do art. 12 da Lei Antitóxicos, e merecem transcrição os seguintes excertos da denúncia:

O denunciado Carlos também exerce, dentro da associação criminosa acima citada, a função de distribuição da substância entorpecente conhecida por *crack* nos bairros São Paulo e Areia Branca.

Diante de tal fato ter chegado ao conhecimento do setor de inteligência da Polícia Militar, iniciou-se uma investigação na qual se apuraram os elementos acima narrados, tendo sido concedido mandado de busca e apreensão nas casas ocupadas pelos denunciados Pedro Teodoro Francisco, Dulcinéia da Silva e Carlos Roberto Francisco para a venda e guarda se [de] substâncias entorpecentes [...] (fls. 3 e 4).

Como se vê, o aludido réu não pôde se defender da imputação referente ao tráfico, pois a denúncia nem sequer cogitou de enquadrá-lo neste tipo penal. A preambular somente descreve sua participação na associação, conduta preceituada no art. 14 da Lei n. 6.368/76.

A par disso, durante o fluir do feito não foi adotada a providência processual que poderia autorizar a inclusão da nova imputação, qual seja, o aditamento.

Acerca do tema:

Convém acentuar que, se no instante em que for proferida a decisão o Juiz observar que o delito praticado foi outro, bem diverso daquele capitulado no requisitório, é preciso distinguir: se a nova modalidade delituosa surgiu em conseqüência da existência de prova de circunstância elementar, a solução é aquela apontada no art. 384 e seu parágrafo; se não, a conseqüência será a improcedência da denúncia ou queixa, pois o réu não pode ser condenado por fato diverso daquele que se defendeu. Se surgir prova de existência de mais outra infração, também é preciso que se faça uma distinção: se a nova infração não guardar nenhuma relação de conexão ou continência com aquela da qual o réu se defendeu, a solução é dada pelo art. 40 do CPP. Do contrário, nada obsta seja feito aditamento, renovando-se a instrução, quanto a esse novo crime, ou instaurado um segundo processo, dependendo da hipótese concreta.

[...]

No caso de pretender imputar ao réu outra infração conexa ou continente, ou na hipótese de se pretender incluir outro co-réu, é preciso que se tenha em vista que o aditamento não interrompe o prazo prescricional e, assim, se a prescrição estiver iminente, é convinável se instaure processo distinto, aplicando-se, por analogia, o disposto nos arts. 80 ou 408, § 5º, ambos do CPP.

Todas essas providências a que nos temos referido visam, à evidência, a impedir um julgamento *ultra petitum*. Sem elas, ou o Juiz ultrapassaria a área demarcada pela acusação, ou, então, teria de julgar a acusação improcedente, com graves prejuízos, na primeira hipótese, ao direito de defesa e, na segunda, aos interesses da defesa social (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*. 24. ed. Saraiva, 2002. p. 258-259. v. 4).

Diante desse quadro, verifica-se que a decisão vergastada no tocante à condenação por crime de tráfico é *extra petita*, caindo à five-leta o exemplo explorado novamente pelo mestre Fernando da Costa Tourinho Filho:

Tal qual no cível, também não se admite julgamento *ultra, extra* ou *citra petitum*. Sem embargo da advertência feita na Exposição de Motivos que acompanha o CPP, no sentido de que o projeto repudia a proibição de sentença condenatória *ultra petitum*, o que se infere do nosso diploma é que a proibição foi mantida.

Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe um crime de lesão corporal e, na instrução, apura-se que ele cometeu também um crime de furto, a sentença apreciará, apenas, a primeira infração. A outra poderá ser objeto de novo processo. Se apreciasse aquela segunda infração, estaria decidindo *extra petitum*. Se o Promotor oferece denúncia contra Mévio, imputando-lhe duas infrações, a sentença apenas se limita a analisar uma delas, tal decisão é nula, porquanto julgou *citra petitum* (aquém do pedido). Se o Promotor, na denúncia, imputa a Mévio um crime de lesão corporal leve, não pode o juiz condená-lo por lesão corporal grave (*ultra petitum*, além do pedido), sem antes tomar certa providência que, oportunamente, será examinada (*op. cit.* p. 249).

Logo, de ofício, imperioso o reconhecimento da nulidade da sentença em relação à condenação do acusado Carlos Roberto Francisco pelo crime de tráfico. Pode o órgão ministerial, caso assim desejar, intentar nova ação para apurar os fatos referentes ao tipo penal previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

É o quanto basta.

DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, absolve-se, de ofício, Pedro Teodoro Francisco, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, procedendo-se à devolução do dinheiro em espécie apreendido (fls. 68 e 69), também por haver dúvida sobre sua procedência – se legal ou não – ficando prejudicado o recurso ministerial; e concede-se *habeas corpus* de ofício para anular a sentença na parte que

condenou o réu Carlos Roberto Francisco, com imediata comunicação ao Juízo *a quo* para serem libertos os dois acusados, salvo se por *al* mais estiverem presos.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Souza Varella e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 27 de junho de 2006.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Carstens Köhler,
Relator.

Apelação Criminal n. 2006.031849-3, de Joinville

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

PROCESSUAL PENAL – INCONFORMISMO EXCLUSIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO À CONDENAÇÃO DO ACUSADO – VERIFICAÇÃO DE OFÍCIO DE NULIDADE ABSOLUTA DO FEITO NÃO ARGÜIDA PELO *PARQUET* – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA EIVA – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 160 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ÓBICE AO AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU NESTA INSTÂNCIA – MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.031849-3, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público, por seu Promotor, e apelado Jair Luiz Salvador:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público oficiante na 2ª Vara Criminal da comarca de Joinville ofereceu denúncia contra Jair Luiz Salvador, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

Consta do auto de prisão em flagrante que em data de 17 de janeiro de 2003, por volta das 8h30min, o denunciado Jair Luiz Salvador subtraiu para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, dois frascos de colônia Sandy e Júnior (cf. termo de exibição e apreensão de fl. 9) do estabelecimento comercial denominado “Farmácia São José”, localizado na Avenida Getúlio Vargas n. 221, nesta Cidade (fl. 2).

O réu foi preso em flagrante; manteve-se sua prisão (fl. 26) e, posteriormente, foi concedida a liberdade provisória (fl. 32).

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou improcedente a denúncia (fls. 73 a 79) e absolveu Jair Luiz Salvador com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, apelou o Ministério Público (fls. 82 e 93 a 98), aduzindo, em síntese, que é inaplicável o princípio da insignificância, porquanto o apelado responde a diversos processos, todos por crimes contra o patrimônio, e é useiro e vezeiro na prática de furtos.

Com as contra-razões (fls. 105 a 108), os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, e foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer lavrado pelo doutor Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo provimento do recurso (fls. 119 e 120).

VOTO

De início cumpre assinalar que, de ofício, vislumbra-se nulidade absoluta no feito.

A eiva reside na nomeação, pelo Magistrado, de defensor dativo ao réu que contava com procurador constituído, sem adrede consulta ao acusado, de maneira a facultar-lhe a escolha de um novo patrono.

Esse proceder, conforme posicionamento pacífico desta Corte, redundará em nulidade absoluta do processo a partir do despacho que nomeia o causídico.

Aliás, nesse sentido confira-se: Apelação Criminal n. 2004.032039-9, desta relatoria, j. 13-6-06; Apelação Criminal n. 2006.002543-3, rel. Des. Torres Marques, j. 28-3-06; Apelação Criminal n. 2005.022008-5, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 11-10-05; Apelação Criminal n. 2004.032499-5, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 23-11-04; Apelação Criminal n. 2004.017718-6, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 23-11-04; Apelação Criminal n. 2000.000023-0, rel. Des. Jorge Mussi, j. 21-3-00; Apelação Criminal n. 2000.004398-2, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 25-4-00; Apelação Criminal n. 1998.003472-8, rel. Des. Souza Varela, j. 13-10-99.

Todavia, constata-se que em primeira instância o apelado foi absolvido, e o recurso é exclusivo do Ministério Público, que não argüiu a nulidade.

Sendo assim, o reconhecimento da pecha redundaria em flagrante prejuízo ao acoimado, uma vez que, anulado o processo a partir do despacho que nomeou o advogado, outra sentença repousaria nos autos e não estaria vinculada à anterior que o absolveu, deixando livre a apreciação das provas ao Magistrado, que poderia interpretá-las de maneira a condenar o recorrido.

Nesse diapasão, obstada se vê a decretação da nulidade, ainda que absoluta, tendo aplicação a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal, que reza: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

Por outro lado, igualmente não poderá ser agravada a situação do réu nesta instância, o que fatalmente ocorreria com o provimento do recurso ministerial, que objetiva a condenação do acusado, não restando outra alternativa senão a manutenção da absolvição operada no primeiro grau.

Em idêntico norte já decidiu este Areópago Estadual:

PROCESSO PENAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA LIVRE ESCOLHA DO DEFENSOR – VÍCIO INSANÁVEL – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DO PROCESSO, COM REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA EM RECURSO DA ACUSAÇÃO, EM PREJUÍZO DO RÉU – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 160 DO STF – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO (Ap. Crim. n. 2005.021360-2, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 27-9-05).

Do corpo do v. acórdão, extrai-se:

Contudo, mesmo havendo recurso da acusação, para condenar o réu que foi absolvido, se a nulidade de caráter absoluto é prejudicial ao réu e não foi argüida, como, no caso, não pode o condenado ter sua situação agravada, valendo a lição de Ada Pellegrini Grinover e outros:

“[...] se a invalidação favorecer ao réu, como, *in*g, na hipótese de estar condenado e não ter sido regularmente citado, mesmo que a defesa não tenha argüido a nulidade, caberá ao órgão julgador proclamar a nulidade e ordenar a renovação do feito, a partir da citação, pois isso favorece o réu; se, ao contrário, tratar-se de nulidade não argüida pela acusação, mas cujo reconhecimento poderá prejudicar a defesa (como ocorreria, por exemplo, se o réu está absolvido e com a renovação do feito poderá ser condenado, diante de novas provas), aí nada restará ao tribunal senão confirmar a absolvição” (As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38).

Nesse norte, dispõe a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal:

“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

É o caso dos autos, mantendo-se a absolvição do apelado, mas sob outro fundamento.

Dessa forma, a manutenção da absolvição torna-se medida imperativa.

É o quanto basta.

DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, e lavrou parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 10 de outubro de 2006.

Jorge Mussi
PRESIDENTE, COM VOTO

Carstens Köhler
RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2006.042093-2, de Criciúma

Relator: Des. Jorge Mussi

HABEAS CORPUS – ATO INFRACIONAL – ADOLESCENTE – REPRESENTAÇÃO MINISTERIAL ACOLHIDA – INTERNAÇÃO DEFINITIVA DETERMINADA – AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE TOMOU AS PROVIDÊNCIAS QUE ERAM DEVIDAS REQUISITANDO VAGA EM UM DOS CENTROS DE EDUCAÇÃO REGIONAIS DO ESTADO – INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DISPOSITIVO LEGAL QUE IMPEÇA A PERMANÊNCIA DO JOVEM INFRATOR NO CENTRO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ENQUANTO AGUARDA A CONCESSÃO DE VAGA – DEMORA QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA AO JUDICIÁRIO – INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER REPARADO PELA VIA ELEITA.

INTERNAÇÃO DEFINITIVA – AUSÊNCIA DE LOCAL APROPRIADO NO DOMICÍLIO DOS PAIS E FAMILIARES DO MENOR INFRATOR – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE FACULTA SE DÊ O RECOLHIMENTO EM LOCALIDADE MAIS PRÓXIMA DA RESIDÊNCIA DOS PAIS OU RESPONSÁVEIS – EXEGESE DO ART. 124, VI, DA LEI N. 8.069/90 – NÃO OCORRÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL A SER SANADA.

VISITAS SEMANAIS – GARANTIA DO ADOLESCENTE PRIVADO DE LIBERDADE – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS EFETUADAS COM AS FUTURAS VISITAS, NO CASO DE INTERNAÇÃO DO MENOR LONGE DO LOCAL DA RESIDÊNCIA DE SEUS PAIS – MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO RESTRITO DO *HABEAS CORPUS*, CUJO OBJETIVO É ACAUTELAR A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO.

ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2006.042093-2, da comarca de Criciúma (Vara da Infância e da Juventude e Anexos), em que é impetrante Maira Matchulat Ely, e paciente R. da S. R.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Maira Matschulat Ely, advogada, com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e nos arts. 647 e seguintes do CPP, em favor de R. da S. R., contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude e Anexos da comarca de Criciúma, nos autos de Apuração de Ato Infracional n. 020.06.018839-1.

Informa a impetrante que o paciente teve decretada sua internação definitiva em 25-9-2006, em razão de condenação pelo cometimento de ato infracional.

Notícia que até a presente data o paciente não foi transferido para nenhum dos Centros de Educação Regionais do Estado, onde poderiam ser garantidos seus direitos à educação e à capacitação para o futuro, encontrando-se ainda recolhido no Centro de Internamento Provisório de Criciúma, o que é vedado, até porque este estabelecimento nem sequer possui condições de cumprir a determinação prevista no art. 123 do ECA.

Assevera que o ECA é claro ao estabelecer, em seu art. 124, VI e VII, que é direito do adolescente privado de sua liberdade permanecer internado em local próximo ao domicílio de seus pais ou parentes e de receber visitas, ao menos semanalmente.

Assim, e como não há nas proximidades da comarca de Criciúma instituição capaz de garantir os direitos que lhe são assegurados no Esta-

tuto da Criança e do Adolescente, uma vez que os Centros de Educação Regionais estão localizados somente em Lages, São José e Chapecó, entende que a desinternação do paciente é medida que se impõe, “para que cesse o constrangimento ilegal decorrente de recolhimento ao Centro de Internamento Provisório” (fl. 4).

Sustenta, ainda, que, no caso de encaminhamento do paciente a algum dos Centros de Educação Regionais mencionados,

o Estado deverá ser responsabilizado, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na doutrina da proteção integral, pelos valores gastos com o traslado semanal dos familiares/responsáveis do adolescente até o local em que estiver internado definitivamente, sob pena de infração à determinação legal (fls. 4 e 5).

Pelo exposto, requereu a concessão liminar da ordem, com a imediata desinternação do paciente e, em caso de encaminhamento para algum dos Centros de Educação Regionais de SC, que o Estado arque com os gastos dos familiares e/ou responsáveis com seus traslados até o local em que estiver internado definitivamente, confirmando-se a medida ao final, por ocasião do julgamento de mérito do *writ*.

Nada instrui o pedido.

A liminar foi justificadamente indeferida (despacho de fls. 10 e 11).

Oficiada, a autoridade apontada como coatora prestou suas informações (fls. 15 e 16), e juntou os documentos de fls. 17 e 18.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação do *mandamus*.

VOTO

2. A impetração está fundada no suposto constrangimento ilegal de que o paciente estaria sendo vítima em razão da alegada demora no seu recambiamento para instituição apropriada ao cumprimento da medida de internação que lhe foi irrogada pela autoridade impetrada, bem como na aventada inexistência de estabelecimento próprio na comarca onde residem seus pais, pelo

que, no entender da impetrante, deveria ser determinada a sua desinternação, ou, ainda, no caso de internação em local distante da residência de seus pais, que o Estado fosse responsabilizado materialmente pelas despesas com o deslocamento semanal de seus familiares para visitá-lo.

No que toca ao sustentado excesso de prazo para a transferência do paciente do Centro de Internação Provisória de Criciúma, onde se encontra recolhido desde o cumprimento da decisão que decretou o seu internamento provisório, ocorrida por ocasião do recebimento da representação e cumprida em 24-8-2006, para um dos Centros de Educação Regionais, haja vista a sua internação definitiva, em razão de sentença que transitou em julgado em 7-11-2006, das informações da autoridade impetrada retira-se que:

[...] em 16 de outubro de 2006 foi encaminhado ofício à Gerência de Apoio aos Programas Socioeducativos requisitando o encaminhamento do adolescente para um dos Centros de Educação Regionais do Estado, para o qual não houve resposta.

Desse modo, o paciente se encontra internado no Centro de Internação Provisória de Criciúma até a presente data, aguardando a concessão de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da medida aplicada na sentença (fl. 16).

Não obstante o estabelecimento do prazo máximo de 45 dias para a internação provisória, conforme os arts. 108 e 183 do Estatuto da Criança e do Adolescente, porque o legislador quis que, nesse ínterim, fosse concluído o procedimento de apuração de ato infracional, no caso não se cuida mais de internação provisória, mas, sim, de definitiva, ante a prolação de sentença que acolhe a representação formulada pelo órgão ministerial, e, como bem assinalado pelo representante do *Parquet ad quem*, em seu judicioso parecer, na Lei n. 8.069/90 “inexiste dispositivo que vede expressamente a permanência do adolescente no Centro de Internação Provisória, após a sentença final, enquanto é aguardada a vaga para a internação definitiva” (fl. 23).

A propósito, já decidiu esta Corte de Justiça:

HABEAS-CORPUS – ECA (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) – PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL PRE-

VISTO NO ARTIGO 155, § 4º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL – IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 122, INCISO II, C/C A MEDIDA DE PROTEÇÃO DETERMINADA NO ART. 101, INCISO V, DO ECA – CUMPRIMENTO NO CENTRO DE INTERNAÇÃO PROVISÓRIA – CIP – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, EIS QUE A MEDIDA DEVERIA SER CUMPRIDA EM CENTRO EDUCACIONAL DO ESTADO – INTERPOSIÇÃO DO *HABEAS* POR 3 (TRÊS) ADOLESCENTES – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, A UMA, PORQUE O ECA NÃO VEDA EXPRESSAMENTE A PERMANÊNCIA DE ADOLESCENTE NO CIP, APÓS A SENTENÇA FINAL, ENQUANTO É AGUARDADA A VAGA, PARA INTERNAÇÃO DEFINITIVA, JÁ REQUERIDA PELA DRA. JUÍZA DE DIREITO *A QUO*, A DUAS, PORQUE NO CIP NO QUAL OS ADOLESCENTES-PACIENTES ENCONTRAM-SE RECOLHIDOS, APENAS DOIS DELES REÚNEM TODOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 123 DO ECA – TRANSFERÊNCIA DE UM DOS ADOLESCENTES PARA CENTRO EDUCACIONAL JÁ EFETIVADA – *WRIT* PREJUDICADO QUANTO A ESTE, POR FALTA DE OBJETO, E DÊNEGAÇÃO DA ORDEM EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PACIENTES (HC n. 2001.015848-5, de Blumenau, rel. Des. Alberto Costa).

Assim, tendo sido tomadas as providências necessárias pela autoridade impetrada, que requisitou vaga em um dos Centros Educacionais Regionais de responsabilidade do Estado, a fim de que o paciente fosse para lá transferido para cumprir a medida de internação que lhe foi judicialmente imposta, não há falar em constrangimento ilegal, uma vez que a demora, no caso, não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, que fez a sua parte, requisitando a vaga na instituição devida.

Cumprido esclarecer, ademais, que o disposto no art. 124, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro em estabelecer que é direito do adolescente permanecer internado “na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsáveis”, por isso o fato de o menor infrator ter de ser transferido para Centro de Educação Regional distante da comarca de Criciúma, onde residem seus pais e familiares, de forma alguma se traduz em ilegalidade ou constrangimento, já que é o próprio ECA que estabelece que,

nos casos em que inexista referida instituição na localidade de seu domicílio, deverá ser encaminhado para aquela que for mais próxima.

Quanto ao previsto no art. 124, VII, da Lei n. 8.069/90, é certo que a lei garante ao menor privado de liberdade o direito de “receber visitas, ao menos semanalmente”; contudo, no caso de encaminhamento do paciente a algum dos Centros de Educação Regionais existentes em Santa Catarina, todos distantes da comarca de Criciúma, não há, em sede de *habeas corpus*, reconhecer aos familiares/responsáveis pelo paciente o direito à indenização, a ser arcada pelo Estado, pelos valores que vierem a ser despendidos com o traslado semanal até o local em que estiver internado definitivamente, uma vez que para tanto não se presta o *writ*, destinado constitucionalmente a resguardar o direito à locomoção, de forma célere, diante de ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade (art. 5º, LXVIII, da Carta Magna).

DECISÃO

3 – Diante de todo o exposto, a Câmara denega a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 28 de novembro de 2006.

Jorge Mussi
PRESIDENTE E RELATOR

**SEGUNDA VICE PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Recurso Especial na Apelação Cível

Recurso Especial na Apelação Cível no Mandado de Segurança n. 2005.020778-8/0001.00, de Chapecó

Recorrente: Município de Chapecó

Advogado: Dr. Éder Luiz Werlang

Recorrida: Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil

Advogados: Dr. Adilson de Castro Júnior e outros

DESPACHO

O município de Chapecó interpôs recurso especial (alínea *a*) contra acórdão da Primeira Câmara de Direito Público que deu provimento ao apelo (fls. 475 a 486).

Alegou negativa de vigência ao item 79 do Decreto-Lei n. 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/87, bem como à Súmula 138/STJ.

Com as contra-razões (fls. 529 a 549), a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela sua admissão (fls. 593 a 595).

É o relatório.

A alegada contrariedade à Súmula 138 do STJ não pode prosperar. Isso porque o permissivo constitucional apenas autoriza a interposição de recurso especial quando o julgado contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, não contemplando a hipótese de violação à Súmula.

Confira-se:

Alegação de contrariedade à súmula não autoriza a interposição do recurso especial, por isso que é assente o entendimento no sentido de que os verbetes ou enunciados dos tribunais não se equiparam às leis federais para a finalidade prevista no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal (REsp. n. 233.201/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJU 24-6-2002, p. 234).

Todavia, quanto à alegada violação ao item 79 da Lista de Serviços Anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, razão assiste ao recorrente.

Para que incida o ISS, deve o contribuinte exercer a atividade de prestação de serviços arrolada no referido Decreto-Lei. O arrendamento mercantil efetivamente integra a lista de serviços tributáveis a que se refere o aludido decreto, conforme o item 79.

Prescreve o art. 8º e § 1º do Decreto-Lei n. 406:

Art. 8º. O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

§ 1º Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

E no item 79 da Lista de Serviços, com a redação dada pela Lei Complementar n. 56, de 15 de dezembro de 1987, ficou definido: "79 Locação de bens móveis, *inclusive arrendamento mercantil*" (grifei).

Assim, há aparente negativa de vigência ao disposto no item 79 da mencionada Lista de Serviços, que relega, até mesmo, entendimento sumulado pelo STJ, *in verbis*: "O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis".

Dessa forma, verificar se o julgado deu a correta interpretação à matéria é mister que incumbe ao Superior Tribunal de Justiça, responsável pela uniformização do direito federal, notadamente quando se trata de questão controvertida nos tribunais.

Diante do exposto, dou seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 20 de novembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra
2º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial em Apelação Criminal

Recurso Especial em Apelação Criminal n. 2006.004732-9/0001.00, de São Miguel do Oeste

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrida: Vilma Maria Segalin

Advogados: Dr. José Henrique dal Cortivo e outro

DESPACHO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial (alínea *a*) contra acórdão da Segunda Câmara Criminal que negou provimento aos recursos e, de ofício, por maioria de votos, corrigiu a pena.

Sustentou que o emprego da analogia, para aplicar ao caso concreto o artigo 12 da Lei n. 6.8368/76, acabou contrariando o princípio da legalidade, bem como os artigos 1º, 53, 59, II, e 273, § 1º-B, I e VI, todos do Código Penal.

Requeru, ainda, a imediata expedição do mandado de prisão contra a recorrida (fls. 372 a 394).

Contra-razões às fls. 397 a 407.

É o relatório.

Inicialmente deve-se esclarecer ser inadmissível alegar o não-esgotamento das vias processuais ordinárias como requisito essencial para o cabimento do recurso especial, porquanto a decisão hostilizada, embora tomada por maioria de votos, foi favorável ao réu, circunstância que inviabiliza a oposição dos embargos infringentes previstos no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Assim, inaplicável o enunciado da Súmula 207 do STJ.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO *PARQUET* CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR MAIORIA DE VOTOS. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 207/STJ.

Os embargos infringentes e de nulidade, previstos no art. 609, parágrafo único do CPP, só podem ser interpostos em favor do réu, razão pela qual incabível exigir-se o esgotamento da instância quando o inconformismo do *Parquet* objetiva situação mais gravosa (REsp. n. 128.660/SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ 22-9-97).

Inaplicabilidade do Enunciado n. 207-STJ (REsp. n. 611864/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 25-5-2004; e REsp. n. 274541/SP, j. 7-12-2000).

No mais, o recurso deve ascender. Houve, aparentemente, ofensa aos artigos 1º, 53, 59, II, e 273, § 1º-B, I e VI, todos do Código Penal, pois somente pode ser aplicada a analogia quando existir lacuna no ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

"Analogia consiste em aplicar-se a uma hipótese não regulada por lei disposição relativa a um caso semelhante. *Na analogia, o caso não é regido por qualquer norma e, por essa razão, aplica-se um caso análogo*" (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34. v.1, grifou-se).

No caso, o crime de exposição à venda e manutenção em depósito de produto destinado a fins medicinais (Cytotec), sem registro e adquirido sem licença da autoridade competente, encontra tipificação no Código Penal, *in verbis*:

Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa

[...]

§ 1º-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

[...]

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Dessa forma, quando houver norma específica que trata do delito (artigo 273), não é possível aplicar-se outra, qual seja, o artigo 12 da Lei n. 6.368/76, sob o pretexto de desproporção entre a conduta praticada e a pena abstratamente cominada ao delito, em razão do princípio da legalidade.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. APLICAÇÃO DO ARTIGO 157, PARÁGRAFO 2º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231/STJ.

Pelo princípio da estrita legalidade, a aplicação da analogia fica restrita às hipóteses em que não houver disposição no ordenamento jurídico.

Havendo previsão normativa de qualificação do crime de furto praticado em concurso de pessoas (CP, artigo 155, § 4º, IV), inadmissível é a aplicação por analogia da norma do artigo 157, § 2º, II, que trata da causa de aumento de pena no crime de roubo praticado em concurso de pessoas (REsp. n. 724.460/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU 7-11-2005, p. 367).

Por todo o exposto, dou seguimento ao recurso e acolho o pedido formulado pelo representante do Ministério Público (fl. 372) para determinar a extração das peças indicadas à execução imediata da pena privativa de liberdade pelo *quantum* especificado no acórdão, já que inexistente efeito suspensivo que a justifique; muito pelo contrário, a autorização está expressa na Súmula 267 do STJ e em inúmeros prece-

dentos do STF. O direito de apelar em liberdade termina no segundo grau de jurisdição.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de novembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra
2º VICE-PRESIDENTE

Recurso Ordinário no Mandado de Segurança

Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 2006.038559-7/0001.00,
de Timbó

Recorrente: Município de Benedito Novo

Advogados: Dr. Jean Felipe Schütz e outro

Recorrente: Município de Rio dos Cedros

Advogados: Dr. Ricardo Augusto de Oliveira Xavier Araújo e outros

Recorrente: Município de Timbó

Advogados: Dr. Marcos Gadotti e outro

Recorrida: Acadeco – Associação Catarinense de Defesa do Consumidor

Advogado: Dr. Stalin Passos

DESPACHO

Os municípios de Benedito Novo, Rio dos Cedros e Timbó inter-
puseram recurso ordinário contra a decisão unipessoal de fls. 24 a 28 que,
nos autos do mandado de segurança, indeferiu a inicial na forma do art.
8º da Lei n. 1.533/51.

É o breve relatório.

O Superior Tribunal de Justiça, no RMS n. 8784/MA, da lavra do
Ministro Adhemar Maciel (j. em 6-10-97), decidiu que

competem aos Presidentes ou aos Vice-Presidentes dos Tribunais Estadu-
ais ou Regionais proferir o primeiro juízo de admissibilidade do recurso
ordinário. Não satisfeitos quaisquer dos requisitos de admissibilidade,
o recurso deverá ser inadmitido, deixando de ser enviado ao STJ.

A partir desse entendimento, em um primeiro juízo de admissibili-
dade, não reúne o recurso condições de prosseguir.

Dispõe o art. 105 da Constituição Federal:

Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II – julgar, em recurso ordinário:

[...]

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Com efeito, o Tribunal somente terá *decidido em única instância* após a interposição de *agravo regimental* contra a decisão monocrática, nos termos do art. 195, § 1º, do Regimento Interno:

A parte que se considerar prejudicada por decisão do presidente, ou do relator, poderá dela agravar, conforme o caso, para o Tribunal Pleno, para a Câmara competente ou para as Câmaras Cíveis Reunidas, no prazo de quarenta e oito horas, contado da intimação, salvo disposição em contrário.

§ 1º – O prazo para a interposição do agravo será de cinco dias, nos casos previstos nos arts. 8º, parágrafo único, e 13 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Logo, contra a decisão unipessoal que extinguiu o mandado de segurança seria cabível agravo regimental ao Grupo de Câmaras de Direito Público.

Em hipótese análoga, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO PELO RELATOR. DECISÃO MONOCRÁTICA. REGIMENTO INTERNO. PREVISÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO CABÍVEL. UNICIDADE DE RECURSO. ORDINÁRIO DESCABIDO.

Pacífica é a jurisprudência no sentido de que o recurso cabível de decisão monocrática em mandado de segurança de competência de tribunal, se previsto, é o agravo regimental. Precedentes. Assim, não merece ser conhecido o recurso ordinário contra despacho do relator que indeferiu liminarmente o *mandamus*, uma vez que o Regimento Interno do Tribunal *a quo* prevê agravo regimental para a espécie. Decorrência do princípio da unicidade dos recursos. Recurso ordinário não conhecido (STJ, RMS n. 15489/SC, rel. Min. Paulo Medina, j. 9-12-2003).

Alicerçado em tais premissas, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 22 de novembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra
2º VICE-PRESIDENTE

Recurso em Sentido Estrito no *Habeas Corpus*

Recurso em sentido estrito no *Habeas Corpus* n. 2006.025474-2/0001.00, de Itajaí

Recorrentes: Rogério Philippi e Cia. Ltda. e outros

Advogados: Dr. André Antônio Xavier e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

DESPACHO

O recurso em sentido estrito foi interposto por Rogério Philippi e Cia. Ltda., Rogério Ernesto Philippi, Rodrigo Gomes Philippi, Maria Cristina Gomes Philippi, Luciano Gomes Philippi e Fabrício Gomes Philippi, com fulcro no artigo 581, inciso X, do Código de Processo Penal, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal que, por maioria de votos, denegou a ordem de *habeas corpus* (fls. 342 a 354).

Conquanto não seja nominalmente adequado, deve ser admitido diante do princípio da fungibilidade.

Nos termos do artigo 105, inciso II, alínea *a*, da Carta Magna, o remédio cabível, no caso de denegação do *habeas corpus*, decidido em única ou última instância pelos tribunais dos Estados, é o *recurso ordinário*.

No entanto, não havendo má-fé por parte do recorrente e preenchidos os requisitos formais do eventualmente cabível, nada obsta o seu conhecimento, consoante ensina Julio Fabbrini Mirabete:

Adota-se no processo penal o princípio da fungibilidade dos recursos, colocando-se acima da legitimidade formal o fim a que visa a impugnação. Onde não houver má-fé, o juiz deve admitir o recurso interposto por outro em caso de evidente equívoco, mandando processá-lo de acordo com os dispositivos pertinentes quando verificar de imediato a impropriedade do pedido de reexame, independentemente de provocação da parte (*Código de Processo Penal Interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 1.202).

Confira-se:

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRECEDENTES. FUNDAMENTO PARA IMPUGNAÇÃO DO ACÓRDÃO. RATIFICAÇÃO DA EXORDIAL DO WRIT IMPETRADO NA INSTÂNCIA ANTERIOR. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. ARTIGO 83, V, DO CÓDIGO PENAL.

1. A interposição de recurso em sentido estrito contra decisão de tribunal denegatória de habeas corpus enseja a aplicação do princípio da fungibilidade, devendo ser conhecido como recurso ordinário em habeas corpus (precedentes) (RHC n. 17.433/PE, Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 26-4-2005) (grifei).

Diante disso, recebo-o como recurso ordinário (art. 30 da Lei n. 8.038/90), e determino sua remessa ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 29 de novembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra
2º VICE-PRESIDENTE

TERCEIRA VICE PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Medida Cautelar no Recurso Especial em Mandado de Segurança

Medida Cautelar no Recurso Especial em Mandado de Segurança n. 2006.032692-6/0002.00, da Capital

Requerente: Denor Trust Reg.

Advogados: Dr. João Casillo e outro

Requerido: Ernest Ulrich Prill

Advogado: Dr. João Carlos Graf

DESPACHO

I – Denor Trust Reg. aforou medida cautelar incidental, com pedido liminar, objetivando a suspensão do *decisum* que deu provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão concessiva de liminar no Mandado de Segurança n. 2006.032692-6, que determinou o afastamento do requerido da administração da empresa Americana Granitos do Brasil Ltda., da qual são sócios.

Alegou a requerente, em síntese, ter o requerido causado prejuízos à referida empresa, desviando recursos em proveito próprio e de terceiros, a não justificar seu retorno à administração, mormente porque detentor de 23,52% do capital social, apenas.

Aduziu, ainda, embora reformada a decisão que julgou procedentes os pedidos de exclusão de sócio, referido *decisum* manteve a liminar proferida no respectivo processo cautelar para afastar o requerido da administração da empresa.

Juntou documentos (fls. 23 a 346).

É o necessário relatório.

II – A concessão de efeito suspensivo por esta Vice-Presidência é medida reservada à situação de absoluta excepcionalidade, para coibir abuso manifesto ou teratologia, aliados à extrema urgência do provimento.

Ab initio, cumpre esclarecer os fatos ocorridos no processo.

A requerente propôs a presente medida cautelar contra a decisão proferida no agravo regimental que extinguiu o mandado de segurança por si impetrado.

Pretendeu a requerente, por meio do *mandamus*, obter efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 2006.031869-9, que interpôs contra a decisão proferida na Execução Provisória n. 023.06.005733-8, na qual o ilustre Magistrado determinou o retorno do requerido à administração da empresa Americana Granitos do Brasil Ltda.

No caso em exame, entretanto, não se vislumbra a presença destes pressupostos, uma vez que não demonstrado que a decisão proferida pela Seção Civil desta egrégia Corte se constituiu em ilegalidade, a justificar a imediata suspensão dos seus efeitos.

Ademais, reputa-se ausente o *fumus boni juris*, pois, com a extinção do mandado de segurança pelo *decisum* proferido pela Seção Civil, no dia 27-9-06, não mais subsiste a liminar nele concedida, permanecendo íntegra, conseqüentemente, a decisão que determinou o retorno do requerido à administração da empresa (autos da Execução Provisória n. 023.06.005733-8), a qual, frise-se, deve ser respeitada em todos os seus termos.

Merece destaque, neste aspecto, a advertência chancelada pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, 2º Vice-Presidente deste Pretório, ao analisar pleito similar ao dos presentes autos, *verbis*:

[...] atender à pretensão na forma como está postulada é criar nova instância sem característica de recurso no decorrer do processamento do pleito especial ou extraordinário, sem justificativa legal, excepcional ou relevante, o que contraria o espírito do Estatuto Processual (Medida Cautelar Incidental em Recurso Especial e Extraordinário no Agravo de Instrumento n. 2004.007355-0/0001.01, DJ n. 11694, de 21-6-05).

E do Superior Tribunal de Justiça, registra-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL – MEDIDA CAUTELAR – RECURSO ESPECIAL – EFEITO SUSPENSIVO – INADMISSIBILIDADE – *FUMUS BONI IURIS* – *PERICULUM IN MORA* – NÃO COMPROVAÇÃO – PROVA – REEXAME – VEDAÇÃO – SÚMULA 7/STJ.

A concessão de efeito suspensivo a recurso especial exige, como pressupostos, a necessária demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que quando do provimento final não tenha mais eficácia o pleito deduzido em juízo, bem como, a caracterização do *fumus boni iuris*, ou seja, que haja plausibilidade do direito alegado.

Incumbe, portanto, ao requerente da medida demonstrar a verossimilhança do que alega, bem como a possibilidade de acolhimento do recurso especial a que pretende dar efeito suspensivo.

Se em sede de apelo extremo dirigido a esta Corte Superior não se admite a análise de matéria fático-probatória, com muito mais razão se lhe veda esse ângulo cognitivo na via acessória cautelar, ante o Verbete Sumular 7, do STJ (MC n. 6698-0/RS, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 9-3-04).

Não é preciso ir além, já que evidente a inépcia da inicial.

Sobre o tema, colhe-se da orientação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“[...] Verificando o juiz que o pedido é juridicamente impossível, deve indeferir a petição inicial por inepta. Esse indeferimento pode ocorrer de plano, pois não pode ser sanado o vício por emenda da petição inicial” (*Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 680).

III – Pelo exposto, indefere-se a inicial e, conseqüentemente, julga-se extinto o processo cautelar (arts. 267, I; e 295, parágrafo único, III, do CPC).

Após, apensem-se estes autos ao processo principal, a teor do art. 809 do CPC.

Custas na forma da lei.

Publique-se e intímem-se.

Florianópolis, 4 de outubro de 2006.

Des. Wilson Augusto do Nascimento
3º VICE-PRESIDENTE

Recursos Especiais em Apelações Cíveis

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2001.012177-8/0001.00, de Criciúma

Recorrente: Banco Bradesco S. A.

Advogados: Dr. Milton Baccin e outros

Recorridos: Rosimeri Venâncio Redivo e outro

Advogados: Dra. Clotilde Bernadete Zanzi e outro

DESPACHO

I – Banco Bradesco S. A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 176 a 185 que, por votação unânime, negou provimento à apelação cível ajuizada pelo recorrente e deu provimento ao apelo adesivo dos ora recorridos para adequar a sentença aos limites do pedido inicial formulado; excluir da decisão o que se refere ao seguro habitacional, o qual deve permanecer de acordo com os moldes do contrato de mútuo; e, de ofício, reduziu para 2% (dois por cento) a multa contratual.

O recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 18, § 2º, da Lei n. 8.177/91, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Asseverou, ainda, haver divergência jurisprudencial no tocante à impossibilidade de conhecimento *de ofício* da matéria relativa aos encargos financeiros; utilização da TR como indexador do contrato; *tabela price* e exclusão da multa contratual.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 239 a 246.

II – A insurgência relacionada aos arts. 18, § 2º, da Lei n. 8.177/91 e 51, IV, do CDC deve ser admitida porquanto presentes todos os requisitos de admissibilidade: a decisão recorrida é de última instância, o recurso encontra-se tempestivo, preparado e estão suficientemente fundamentadas

as razões acerca da alegada contrariedade aos dispositivos citados, tendo esses sido devidamente submetido ao prequestionamento.

Contudo, o recurso tem sua admissibilidade vedada pela alínea *c* no que se refere à impossibilidade de conhecimento *de ofício* da matéria relativa aos encargos financeiros, pois a aplicação de norma de ordem pública (Código de Defesa do Consumidor) não resulta julgamento *extra petita*.

Nesse diapasão, decidiu o STJ:

CONTRATO BANCÁRIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITADOR. TAXA PACTUADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDIMENSIONAMENTO. I – Questões de ordem pública contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, podem e devem ser conhecidas, de ofício, pelo julgador. Por serem de ordem pública, transcendem o interesse e se sobrepõem à vontade das partes. Falam por si mesmas e, por isso, independem de interlocução para serem ouvidas [...] (AgRg no REsp. n. 720439/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU de 5-9-05, p. 407).

Deve o reclamo ser admitido pela alínea *c*, no tocante às demais divergências apontadas, pois o recorrente comprovou o dissenso pretoriano suscitado e procedeu ao cotejo analítico entre o acórdão atacado e paradigmas, isto é, demonstrou as circunstâncias que assemelham os casos confrontados, explicitando em que consistiriam as alegadas divergências jurisprudenciais, acostando as cópias integrais desses, com declaração de autenticidade, conforme determina o § 2º do art. 255 do RISTJ.

III – Ante o exposto, admite-se o recurso, nos termos supracitados, e determina-se sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2007.

Des. Wilson Augusto do Nascimento
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2005.026269-8/0002.00, de Criciúma

Recorrente: Banco ABN Amro Real S. A.

Advogados: Dr. Paulo Guilherme Pfau e outros

Recorrido: Ricardo Simiano Albino

Advogada: Dra. Fernanda Barcelos Medeiros

DESPACHO

I – Banco ABN Amro Real S. A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 163 a 266 que, por maioria de votos, deu parcial provimento à apelação cível para aplicar o Código de Defesa do Consumidor, limitar os juros remuneratórios em 12% (doze por cento) ao ano, excluir a comissão de permanência e a capitalização de juros, bem como conceder ao ora recorrido o benefício da assistência judiciária.

Opostos embargos declaratórios às fls. 274 a 285, estes foram rejeitados pelo acórdão de fls. 290 a 301.

O recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 535, II, do Código de Processo Civil; 104, 122, 174 e 175 do atual Código Civil; 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil; 2º, 4º, VI e IX, e 9º, da Lei n. 4.595/64; 73 da Lei n. 9.069/95; 7º da Lei n. 6.099/74 e 51, IV, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor; as Resoluções n. 1.064 e 1.129 do Bacen e a Súmula 296 do STJ.

Asseverou, ainda, haver divergência jurisprudencial no tocante à capitalização de juros.

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 338).

II – Em relação ao art. 535, II, do CPC, o reclamo não pode ser admitido, uma vez que não houve omissão desta Corte acerca de questão sobre a qual deveria ter emitido algum juízo de valor, e que

foram devidamente explicitados os motivos que redundaram no parcial provimento da apelação cível.

Haure-se precedente:

Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial se não houve omissão do acórdão a ser suprida. Desnecessidade de se abordar dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto *a quo* (AgRg no REsp. n. 740.516/SP, Min. José Delgado, DJU de 1º-8-05, p. 356).

A insurgência também tem sua admissibilidade vedada no que tange à sustentada afronta ao art. 6º, § 1º, da LICC, pois não compete ao Superior Tribunal de Justiça

analisar a suposta afronta ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, com fundamento na Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, arts. 2º, § 1º e 6º *caput* e § 2º, porquanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estes institutos alçaram *status* constitucional (art. 5º, XXXVI), sendo nela expressamente previstos (REsp. n. 437.747/SC, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 12-5-03, p. 328).

Deve ser observada, neste caso, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no art. 102, III, da CF/88.

Outrossim, no tocante às Resoluções n. 1.064 e 1.129 do Bacen, o reclamo não pode ascender, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça

já firmou entendimento no sentido de que as portarias ministeriais, circulares, resoluções, instruções normativas e outras disposições administrativas não estão inseridas no conceito de lei federal, não ensejando, portanto, a interposição de recurso especial (REsp. n. 514.775/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 5-9-03, p. 465).

Do mesmo modo, o recurso tem sua admissibilidade vedada quanto à Súmula 296 do STJ, pois "os verbetes ou enunciados dos tribunais não se equiparam às leis federais para a finalidade prevista

no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal" (AgRg no Ag n. 543.233/PE, rel. Min. Félix Fischer, DJU de 29-3-04, p. 268).

No que diz respeito à alegada violação aos arts. 2º, 4º, VI e IX, e 9º da Lei n. 4.595/64 e 51, IV e § 1º, III, do CDC, a insurgência não pode ser admitida, uma vez que a limitação dos juros em 12% (doze por cento) ao ano foi embasada também nos arts. 1º do Decreto n. 22.626/33, 1.062 do CC/02, 406 e 591 do CC/02 e 161, § 1º, do CTN e, no entanto, estes dispositivos não foram impugnados nas razões do recurso especial, ensejando a aplicação analógica da Súmula 283 do STF: "É inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

A ascensão do reclamo pela alínea *a*, quanto à suscitada ofensa ao art. 122 do CC/02, é vedada pelo teor da Súmula 284 do STF, aplicável analogamente ao presente caso, porquanto deficitária sua fundamentação, na medida em que o insurgente não especificou precisamente de que forma o referido dispositivo infraconstitucional teria sido violado, o que impossibilitou a exata compreensão da controvérsia. Com efeito, para viabilizar a ascensão do reclamo especial não basta o mero inconformismo da parte, é necessário explicitar de que forma ter-se-ia dado a suposta violação.

Dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

Percebe-se que a insurgência especial não versa precisamente as razões pelas quais o aresto estadual objurgado teria vulnerado tal dispositivo de lei federal. Sendo assim, a mera alegação genérica da violação, sem a exposição de fundamentos jurídicos para tanto, é insuficiente para o conhecimento do recurso, pois as razões do recurso especial (fls. 42 a 50) devem exprimir, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais as recorrentes visam à reforma do *decisum*. Portanto, o referido artigo não encontra argumentação jurídica na peça recursal que possa levar à compreensão de sua afronta (AgRg no Ag n. 388.155/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 7-12-05).

Igualmente, a insurgência não reúne condições de ascender quanto aos arts. 104, 174 e 175 do CC/02; 73 da Lei n. 9.069/95 e 7º da Lei n. 6.099/74, pois ausente um de seus requisitos específicos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento dos referidos dispositivos infraconstitucionais, em razão de o acórdão recorrido não ter-se manifestado sobre eles, incidindo, assim, o teor da Súmula 282 do STF.

É da jurisprudência:

Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos (Ag. Rg. no REsp. n. 264.210/PB, Ministra Eliana Calmon, DJU de 10-6-02, p. 178).

Por fim, em relação à alínea *c*, no que tange ao dissídio acerca da capitalização de juros, o recurso especial também não pode ser admitido, uma vez que o julgado dito paradigma não guarda a necessária similitude jurídica com a decisão guerreada, porquanto observa-se que a vedação ao anatocismo no acórdão atacado, ao contrário do julgado paradigma, deu-se com base no art. 4º do Decreto n. 22.626/33, e não no art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36/01.

Acerca da matéria, já se manifestou a Corte Superior:

I – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

II – O conhecimento do recurso especial fundado na alínea *c* do permissivo constitucional requer – além da juntada de certidões ou cópias autenticadas das decisões divergentes, ou a citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que as mesmas foram publicadas – que exista similitude jurídica entre os arestos confrontados. A norma contida no art. 105, III, *c*, da CF/88 exige a existência de interpretação divergente acerca de lei federal, não bastando a mera identificação fática entre decisões supostamente discrepantes (AgRg no Ag n. 624.572/RS, relatora MIna. Denise Arruda, DJU de 14-3-05, p. 212).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 23 de outubro de 2006.

Des. Wilson Augusto do Nascimento
3º VICE-PRESIDENTE

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro

CEP: 89830-000 — Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 — Centro

CEP: 89970-000 — Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro

CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro

CEP: 89245-000 — Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro

CEP: 88900-000 — Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Antônio David Filet, s/n — Centro

CEP: 88740-000 — Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro

CEP: 89138-000 — Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados

CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro

CEP: 88390-000 — Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 — Centro

CEP: 88160-000 — Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha

CEP: 89036-200 — Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro

CEP: 88680-000 — Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro

CEP: 88750-000 — Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, s/n — Centro

CEP: 88350-051 — Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro

CEP: 88020-901 — Florianópolis

Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha

CEP: 88040-400 — Florianópolis

Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 — Estreito

CEP: 88075-310 — Florianópolis

Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro

CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro

CEP: 89670-000 — Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 — Chapecó

Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Dr. Maruri, 865 — Centro

CEP: 89700-000 — Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
 CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
 Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porã
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval do Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro

CEP: 89610-000 — Herval do Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
 Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
 CEP: 89140-000 — Ibirama
 Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
 Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
 CEP: 88820-000 — Içara
 Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
 Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
 CEP: 88770-000 — Imaruí
 Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
 Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
 CEP: 88780-000 — Imbituba
 Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
 Rua Tiradentes, 111 — Centro
 CEP: 89130-000 — Indaial
 Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
 Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
 CEP: 89790-000 — Ipumirim
 Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
 Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
 CEP: 89760-000 — Itá
 Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro

CEP: 89340-000 — Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí

Rua Uruguai, 222 — Centro

CEP: 88301-902 — Itajaí

Telefone: (47) 3341-0500

Fórum da Comarca de Itapema

Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes

CEP: 88220-000 — Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga

Rua São José, 10 — Centro

CEP: 89896-000 — Itapiranga

Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte

CEP: 89249-000 — Itapoá

Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro

CEP: 88400-000 — Ituporanga

Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei

CEP: 88715-000 — Jaguaruna

Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova

CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba

Rua Salgado Filho, 160 — Centro

CEP: 89600-000 — Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville

Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguçu

CEP: 89201-900 — Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro

CEP: 88501-902 — Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro

CEP: 88790-000 — Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller

Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro

CEP: 88880-000 — Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis

Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro

CEP: 89515-000 — Lebon Régis

Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaiá
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaiá
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro

CEP: 88130-220 — Palhoça

Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro

CEP: 89887-000 — Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro

CEP: 89370-000 — Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro

CEP: 89870-000 — Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 — Centro

CEP: 89107-000 — Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras

Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro

CEP: 88380-000 — Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 — Centro

CEP: 89683-000 — Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro

CEP: 88210-000 — Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro

CEP: 89400-000 — Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Kurt Hering, 14 — Centro

CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo

Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro

CEP: 89850-000 — Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo

Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro

CEP: 89198-000 — Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste

Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro

CEP: 89180-000 — Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul

Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América

CEP: 89160-000 — Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara

Rua do Comércio, 171 — Centro

CEP: 89770-000 — Seara

Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro

CEP: 88960-000 — Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro

CEP: 89190-000 — Taió

Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará

Rua Luís Menoncin, s/n — Centro

CEP: 89642-000 — Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas

Rua Florianópolis, 130 — Centro

CEP: 88200-000 — Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó

Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro

CEP: 89120-000 — Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central

Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova

CEP: 89176-000 — Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO PENAL

348-5 (STF) – Santa Catarina..... 209

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2004.034465-0 – Capital.....269
 2006.018675-5 – Palhoça283

AÇÕES RESCISÓRIAS

2002.011604-7 – Capital.....458
 2003.026751-4 – Capital.....433
 2006.026797-6 – Mafra.....328

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2006.041338-4 – Laguna.....317

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2006.030148-1 – Blumenau323

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2004.003248-0 – Capital.....309

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2005.040245-0 – Itá.....537
 2006.005605-0 – Capital.....494
 2006.011769-5 – Itapema.....638
 2006.034504-3 – Joinville466

APELAÇÕES CÍVEIS

1999.019890-1 – Jaraguá do Sul.....420
 2001.010381-8 – Concórdia.....519
 2002.008365-3 – Sombrio.....528

2002.018411-5	– Capital.....	409
2002.021668-8	– Canoinhas.....	364
2003.007276-4	– Tangará.....	612
2003.010973-0	– Blumenau	650
2003.025455-2	– Blumenau	507
2004.000554-7	– Joinville	357
2004.007301-1	– Blumenau	477
2004.008487-0	– Chapecó.....	549
2005.018131-2	– Lages	451
2005.026068-7	– Santa Rosa do Sul.....	619
2006.018591-1	– Concórdia.....	602
2006.023674-4	– Capital.....	593

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

2006.017508-2	– Rio do Sul.....	645
2006.019112-7	– Blumenau	632

APELAÇÕES CRIMINAIS

2006.004628-6	– Lages	679
2006.020493-6	– Santa Rosa do Sul.....	663
2006.023132-8	– Capital.....	703
2006.024873-2	– Itapiranga	715
2005.041507-9	– Navegantes.....	725
2006.031849-3	– Joinville	743
2006.039248-2	– Curitiba.....	687
2007.001932-3	– Araranguá.....	695

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

59.577 (STJ)	– Santa Catarina.....	249
--------------	-----------------------	-----

EMBARGOS DE DECLARÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.996-7 (STF) – Santa Catarina..... 225

EMBARGOS INFRINGENTES

2005.023125-3 – Criciúma..... 566

2006.033909-5 – Blumenau..... 655

2006.037393-2 – Balneário Camboriú..... 487

2006.048782-2 – Herval do Oeste..... 338

HABEAS CORPUS

45.929 (STJ) – Santa Catarina..... 256

88.245-5 (STF) – Santa Catarina..... 235

2006.042087-7 – Santo Amaro da Imperatriz..... 514

2006.042093-2 – Criciúma..... 747

MANDADOS DE SEGURANÇA

1996.005203-8 – Capital..... 294

2002.021083-3 – Capital..... 580

2004.003248-0 – Capital..... 309

2006.014998-4 – Capital..... 302

MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2006.032692-6 – Capital..... 769

RECURSO DE AGRAVO

2006.023740-9 – Capital..... 672

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NO *HABEAS CORPUS*

2006.025474-2 – Itajaí..... 764

RECURSO ORDINÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA

2006.038559-7 – Timbó 761

RECURSOS ESPECIAIS

575.671 (STJ) – Santa Catarina 261

2001.012177-8 – Criciúma 773

2005.020778-8 – Chapecó..... 755

2005.026269-8 – Criciúma 775

2006.004732-9 – São Miguel do Oeste 757

REVISÃO CRIMINAL

2007.006532-0 – Balneário Camboriú..... 659

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO COMINATÓRIA

– Condomínio edilício – Aposição de grades externas nas janelas de unidade habitacional. Alteração de fachada. Necessidade de segurança se sobrepuja ao óbice estético. Possibilidade. Animal de estimação. Veto na convenção. Proibição. Provimento parcial. Maioria de votos..... 409

AÇÃO DE COBRANÇA

– Ação proposta por pessoa jurídica estrangeira – Representação processual regular. Dívida expressa em marco alemão. Conversão para moeda nacional na data do efetivo pagamento. Recurso da ré desprovido. Apelação da autora provida..... 507

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Inconstitucionalidade – Afronta aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Constituição Estadual, arts. 4º e 16. Recurso provido..... 283

– Art. 10, § 1º, da Lei Complementar n. 254/03 – Equiparação e vinculação entre cargos dos grupos de Segurança Pública. Vício material inexistente. Arts.12, I, e 15 da mesma Lei Complementar. Aumento aos delegados de polícia em detrimento dos demais servidores. Diploma normativo sem característica de revisão anual. Inconstitucionalidade afastada. Recurso desprovido..... 269

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

– Concessionária de energia elétrica – Blecaute seguido de sobretensão na corrente elétrica. Incêndio em estabelecimento comercial. Ausência de prova para o evento danoso. Responsabilidade objetiva. Recurso desprovido. Maioria de votos. 612

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

– Acidente de trânsito com morte – Responsabilidade objetiva. Desprendimento da banda de rodagem do pneu. Fabricante não prova a ausência de falha de fabricação nem a culpa exclusiva da vítima. Dever de indenizar. Recursos providos parcialmente. 364

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

– Plano de saúde – Colocação de prótese. Cobertura facultativa. Cláusulas restritivas. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Recurso desprovido..... 593

AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO

– Processo civil – Ações conexas. Competência. Matéria decidida pelo STJ. Remessa para o TRT. Decisão anulada. 650

AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO

– Família – Declaratória de união estável. Procedência na origem. Inconformismo. Convivência duradoura, pública e contínua. Prova documental segura. Reconhecimento. Sentença mantida. Recurso desprovido. 451

AÇÃO ORDINÁRIA

– Concessionária e cooperativa de energia elétrica – Morte por eletrolessão. Descarga provocada por fios caídos na via pública. Responsabilidade objetiva e solidária. Obrigação de indenizar. Recursos parcialmente providos. Maioria de votos. 619

– Entrega de coisa incerta – Consórcio. Quitação total das parcelas. Obrigação da administradora não cumprida. Mora injustificada. Recurso desprovido..... 519

AÇÃO PENAL

– Pública – Contratação emergencial de advogados pelo município. Licitação. Art. 37, XXI, da CF. Dispensa de licitação não configurada. Inexigibilidade pela notória especialização dos profissionais. Previsão legal. Ação penal improcedente. 209

AÇÃO RESCISÓRIA

- Julgamento antecipado que impede a atividade instrutória – Abstenção de prova encampada como razão de decidir. Cerceamento de defesa configurado. Desconstituição da sentença prolatada na ação de cobrança de corretagem. Rejulgamento da causa originária. 433
- Exoneração de alimentos contra ex-esposa – Reconhecimento do pedido pela ré. Trânsito em julgado de sentença. Rescisória. Admissibilidade. Coação. Vício não comprovado. Ação improcedente. 485
- Violação a literal dispositivo de lei – Rediscussão de matéria em rescisória. Impossibilidade. Litigância de má-fé. Inocorrência. Pedido improcedente... 328

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- *Vide* Recurso.

ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM COMUM

- Alienação de coisa comum – Condomínio. Extinção. Bem indivisível. Venda possível. Sentença mantida. Recurso desprovido. 357

ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO

- Transação efetuada em execução – Alegação de fraude contra credores. Vício não demonstrado. Simulação. Prova contundente. Admissibilidade. Anulação. Apelo adesivo prejudicado. Recurso provido. 421

CÓDIGO CIVIL

- Art. 85 409
- Art. 135 (1916) 549
- Art. 178, § 10, II (1916) 338
- Art. 186 477
- Art. 187 477
- Art. 235, III e IV (1916) 549

– Art. 394	619
– Art. 397	619
– Art. 558	409
– Art. 632 (1916)	357
– Art. 927	477
– Art. 955 (1916)	619
– Art. 1.063 (1916)	364
– Art. 1.168 (1916)	549
– Art. 1.174 (1916)	549
– Art. 1.322	357
– Art. 1.518 (1916)	364
– Art. 1.521, III (1916)	328
– Art. 1.537, I (1916).....	364

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

– Art. 2º	364
– Art. 6º, VIII	364
– Art. 12	364
– Art. 14.....	612, 364
– Art. 22, parágrafo único	612
– Art. 51, IV	593
– Art. 54, § 4º	593

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

– Art. 12, VI.....	507
– Art. 17	328

– Art. 20	364
– Art. 20, § 3º	507
– Art. 20, §§ 3º e 4º	433
– Art. 20, § 4º	328
– Art. 21	364, 409
– Art. 125, I	433
– Art. 128	549
– Art. 236, § 1º	433
– Art. 264	549
– Art. 267, IV	645, 507
– Art. 267, § 3º	519
– Art. 273	466, 494
– Art. 284	433
– Art. 330, I	433, 328
– Art. 332	421
– Art. 333, I	328
– Art. 333, II	519, 364
– Art. 334, III	466
– Art. 335	421
– Art. 364	514
– Art. 396	364
– Art. 397	364
– Art. 458, II	433
– Art. 471, I	409
– Art. 485, <i>caput</i>	433

– Art. 485, V	328
– Art. 485, V e VII	433
– Art. 485, VIII	485
– Art. 486	485
– Art. 488, II	485
– Art. 492	433
– Art. 494	433, 328
– Art. 500, I	364
– Art. 525, I	317
– Art. 527, parágrafo único	494
– Art. 530	487
– Art. 530, segunda parte	566
– Art. 557, <i>caput</i>	317
– Art. 557, § 1º	433, 323, 317
– Art. 602, <i>caput</i>	364
– Art. 602	328
– Art. 649, IV	487
– Art. 649, X	537
– Art. 798	421
– Art. 799	421
– Art. 808	108
– Art. 878	519
– Art. 879	519
– Art. 880	519
– Art. 882	519

– Art. 1.056.....	519
– Art. 1.059.....	519
– Art. 1.080.....	519
– Art. 1.103.....	357
– Art. 1.111.....	357
– Art. 1.112, IV.....	357
– Art. 1.117, II.....	357

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

– Art. 41.....	715
– Art. 226.....	663
– Art. 386, III.....	743
– Art. 386, III e VI.....	715
– Art. 386, VI.....	725, 703
– Art. 406.....	696
– Art. 484, parágrafo único, II e III.....	687
– Art. 492, I.....	687
– Art. 563.....	655
– Art. 593, III, d.....	679
– Arts. 647 e seguintes.....	747

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

– Art. 306.....	679
– Art. 311.....	679

CÓDIGO PENAL

– Art. 14, II.....	687, 679
--------------------	----------

– Art. 15	679
– Art. 29, <i>caput</i>	696
– Art. 33	679
– Art. 33, § 2º, a, e § 3º	687
– Art. 43, IV.....	715
– Art. 44, § 2º	715
– Art. 44, II, c	687
– Art. 59.....	687, 663
– Art. 61, I.....	663
– Art. 61, II, l.....	687
– Art. 63	663
– Art. 64, I.....	663
– Art. 69, <i>caput</i>	696
– Art. 69.....	687, 659
– Art. 71, <i>caput</i>	659
– Art. 83, parágrafo único	672
– Art. 121, <i>caput</i>	687
– Art. 121	672
– Art. 121, § 2º, II e IV.....	687
– Art. 121, § 2º, V.....	679
– Art. 129, § 3º	687, 725
– Art. 129, § 4º	725
– Art. 155, <i>caput</i>	743
– Art. 157, <i>caput</i> e § 3º, <i>in fine</i>	696
– Art. 157, § 2º, I, II e V.....	663

– Art. 158, § 1º.....	703
– Art. 211	696, 672
– Art. 213	672, 235
– Art. 214	659, 235
– Art. 224, a	659
– Art. 225, § 1º, II	659
– Art. 226, II e III	659
– Art. 299	715
– Art. 331	703

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

– Mandado de segurança – Ensino superior. Universidade estadual. Suspensão de exigência de mensalidade. Matrícula. Sistema de ensino estadual. Competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.	249
---	-----

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

– Art. 4º.....	283
– Art. 16	283
– Art. 23, V	269
– Art. 39, XV	294
– Art. 40, X.....	294
– Art. 59, III	645
– Art. 59, IX.....	645
– Art. 113	645

FEDERAL-1988

– Art. 1º, III	466
– Art. 5º, <i>caput</i>	466
– Art. 5º, XXVI	537
– Art. 5º, XXXV, LIV, LXVII e LXVIII.....	514
– Art. 5º, LIV e LV	466
– Art. 5º, LV	433
– Art. 5º, LXVIII.....	747
– Art. 7º, IV, parte final.....	619
– Art. 37	283
– Art. 37, XI.....	294
– Art. 37, XIII	269
– Art. 37, XXI	209
– Art. 37, § 6º	619, 612, 603
– Art. 71, III	645
– Art. 105, III, a e c.....	261
– Arts. 127 e seguintes.....	158
– Art. 182	82
– Art. 183	82
– Art. 192, § 3º.....	528
– Art. 196	466
– Art. 225, § 1º, VII	703
– Art. 226, § 3º	451

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- Embargos infringentes – Preliminar de nulidade. Ausência de defesa preliminar. Prejuízo não demonstrado. Embargos rejeitados. Maioria de votos. VOTO VENCIDO..... 655
- Réu denunciado como incurso no art. 14 da Lei 6.368/76 e condenado pelo art. 12 da mesma lei – Inexistência na exordial acusatória, descrição fática passível de enquadramento de crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Não aditamento. Anulação parcial da sentença. Habeas corpus de ofício..... 725

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentados violentos ao pudor em concurso material – Reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos. Rediscussão da matéria. Inviabilidade. Crime hediondo. Adequação de ofício do regime inicial de cumprimento da pena. Recurso não conhecido. 659

CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

- Farra do boi – Materialidade dos maus tratos não configurada. Ausência de provas quanto à obstrução para fiscalização dos agentes públicos. Impossibilidade de condenação. Extorsão. Carência de elementos indicadores da ação ilícita. Absolvição. Desacato. Fluência de lapso temporal da pretensão punitiva do Estado na forma retroativa. Recurso desprovido. 703

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATOS JURÍDICOS

- Cessão e transferência de cotas sociais de ascendentes para descendentes
- Ausência de consentimento de todos os herdeiros. Compra e venda não configurada. Doação. Desnecessidade da exigência. Ato válido. Recurso desprovido..... 549

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso em sentido estrito no *habeas corpus* – Decisão que, por maioria de votos, denegou a ordem. Alegação de que deve ser admitido pelo

- princípio da fungibilidade. Ausência de má-fe. Admissibilidade. Recurso recebido como ordinário. Remessa ao STJ..... 764
- Recurso especial na apelação cível no mandado de segurança – Decisão que deu provimento ao apelo. Alegação de negativa da vigência da LC n. 56/87 e da Súmula 138 do STJ. Competência do STJ para uniformização do direito federal. Prosseguimento do recurso..... 755
- Recurso ordinário em mandado de segurança – Decisão que indeferiu a inicial do mandado de segurança. Recurso cabível em decisão monocrática de competência do tribunal é o agravo regimental. Seguimento ao recurso negado. 761
- Recurso especial na apelação criminal – Decisão que negou provimento aos recursos e, de ofício, por maioria de votos, corrigiu a pena. Alegação de que o emprego da analogia para o caso concreto do art. 12 da Lei n. 6.368/76 contraria o princípio da legalidade, bem como os arts. 1º, 53, 59, II, e 273, § 1º – B, I e VI, todos do Código Penal. Não esgotamento das vias processuais ordinárias. Pedido acolhido. Prosseguimento do recurso. ... 757

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial em apelação cível – Decisão que deu, por maioria de votos, provimento parcial à apelação cível para aplicar o CDC, limitando os juros remuneratórios em 12% ao ano. Fundamentou em violação de leis específicas, bem como em divergência jurisprudencial no tocante à capitalização de juros. Impossibilidade. Recurso inadmitido..... 775
- Recurso especial em apelação cível – Decisão que negou provimento à apelação cível. Fundamentou que o acórdão violou leis específicas e o CDC, bem como ponderou haver divergência jurisprudencial no tocante à impossibilidade de conhecimento de ofício da matéria relativa a encargos financeiros. Possibilidade. Recurso admitido. 773
- Medida cautelar no recurso especial em mandado de segurança – Decisão que concedeu liminar determinando o afastamento do requerido da administração da empresa da qual é sócio. Alegação de o requerido ter causado prejuízos e desvio de recursos. Indeferimento da inicial e extinção do processo. 769

DOCTRINA

- A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas – Mauro Ferrandin, Juiz de Direito em Santa Catarina. 127
- O direito fundamental à moradia e à humanização da justiça – Janine Stiehler Martins, mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí — Univali/SC e Juíza de Direito Titular da comarca de Navegantes/SC..... 82
- Legitimidade do Ministério Público e as garantias constitucionais – Renato Guilherme Gomes Cunha, Juiz de Direito Substituto em Santa Catarina. 158
- IPTU: um estudo sobre sua estrutura jurídica – Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Juiz de Direito em Santa Catarina. 23
- As causas de cessação da eficácia das medidas cautelares e os direitos indisponíveis – Marcelo Volpato de Souza, Juiz de Direito em Santa Catarina, e Lionardo José de Oliveira, assessor judiciário em Santa Catarina. .. 108
- Reengenharia do Poder Judiciário: alternativa para uma justiça ágil – Silvio Dagoberto Orsatto, Juiz de Direito Em Santa Catarina. 167
- Revisão criminal: uma retrospectiva histórica no direito pátrio – Rafaella Zanatta Caon, advogada em Santa Catarina. 140

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- Contrato de confissão de dívida – Recurso especial julgado monocraticamente pelo ministro do STJ. Título líquido, certo e exigível. Recurso adesivo prejudicado pela extinção do processo. Recurso do credor parcialmente provido. 528

EMBARGOS INFRINGENTES

- *Vide* Recurso e Recurso Crime.

EMENDA CONSTITUCIONAL

- N. 29/2000 632

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

– Art. 112	127
– Art. 123	747
– Art. 124, VI e VII	747

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

– Art. 85	580
-----------------	-----

EXECUÇÃO

– Embargos infringentes – Penhora de imóvel adjudicado pelo credor em reclamatória trabalhista. Impenhorabilidade. Recurso provido.....	487
---	-----

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

– Devedores proprietários de dois lotes rurais contíguos – Matrículas autônomas. Possibilidade de penhora individual. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.	537
--	-----

FALSIDADE IDEOLÓGICA

– Inépcia da inicial por ausência de descrição da conduta delituosa – Inocorrência. Prova documental e testemunhal. Prejuízo de terceiros. Crime formal. Condenação. Sanção corporal substituída por restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido.....	715
--	-----

FURTO

– Inconformismo do Ministério Público – Verificação de nulidade absoluta do feito não argüida pelo <i>Parquet</i> . Inteligência da Súmula 160 do STF. Manutenção da absolvição. Recurso desprovido.	743
---	-----

HABEAS CORPUS

- Ato infracional – Adolescente. Representação ministerial acolhida. Inter-
nação definitiva determinada. Requisição de vaga em centros de educação
regional. Inexistência de vaga. Demora que não pode ser atribuída ao
judiciário. Inocorrência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. 747
- Prisão civil – Ilegalidade. Paciente que não assumiu expressamente o
encargo de depositário judicial. Concessão da ordem. 514
- Crimes de estupro e atentado violento ao pudor – Forma simples.
Configuração. Crimes hediondos. Precedentes. Recurso denegado. Por
maioria. VOTO VENCIDO. 235
- Processual penal – Recurso especial admitido sem as contra-razões.
Ilegalidade. Resposta ao recurso devidamente protocolizada dentro do
prazo legal. Cerceamento de defesa. Ordem concedida. 256

HOMICÍDIO

- Júri – Admissão do crime na forma tentada. Prejudicada quanto à tese
da desistência voluntária. Reconhecimento da tentativa. Decisão de acordo
com a prova dos autos. Soberania do Conselho Popular. Adequação do
regime inicial da pena. Recurso desprovido. 679

INDENIZAÇÃO

- Danos materiais – Realização de aterro em propriedade particular.
Soterramento de árvores de erva-mate. Responsabilidade civil objetiva.
Dever de indenizar. Recurso provido. 602

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

- Exame laboratorial – Início de gestação. Diagnóstico negativo de rubéola.
Nascimento do feto com rubéola congênita. Improcedência. Ausência
de nexo causal entre o resultado do exame e a infecção da demandante.
Inexistência de tratamento. Recurso desprovido. 477

LATROCÍNIO

- Desclassificação para homicídio – Crime contra o patrimônio que não se configurou à míngua de subtração. Competência do Tribunal do Júri. Impossibilidade nesta instância. Recurso parcialmente provido..... 696

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETOS

- N. 866/1996 294
 – N. 2.112/2001 Art. 6º 593
 – N. 2.112/2001 Art. 12..... 593
 – N. 2.112/2001 Art. 15, II 593

LEIS

- N. 3.318/1962 261
 – N. 3.812/1966 225
 – N. 6.745/1985
Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina
 – N. 11.348/2000 225

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

- N. 22.626/1933 Vide Lei de Usura.
 – N. 83.080/1979 580

DECRETOS-LEIS

- N. 167/1967 528
 – N. 413/1969 528
 – N. 857/1969 507

LEIS

- N. 1.060/1950 Vide Lei da Assistência Judiciária.

– N. 4.591/1964	Vide Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias.	
– N. 6.368/1976	Vide Lei Antitóxicos.	
– N. 6.439/1977		580
– N. 6.840/1980		528
– N. 7.210/1984	Vide Lei de Execução Penal.	
– N. 8.009/1990	– Art. 4º, § 2º	537
– N. 8.069/1990	Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
– N. 8.072/1990	Vide Lei dos Crimes Hediondos.	
– N. 8.078/1990	Vide Código de Defesa do Consumidor.	
– N. 8.245/1991	Vide Lei do Inquilinato.	
– N. 8.429/1992	Art. 10.....	566
– N. 8.429/1992	Art. 12, II	566
– N. 8.666/1993	Vide Lei de Licitação.	
– N. 8.971/1994		451
– N. 8.987/1995	Art. 25.....	619
– N. 9.278/1996		451
– N. 9.437/1997	Art. 10, § 3º	672
– N. 9.503/1997	Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
– N. 9.605/1998	Vide Lei do Meio Ambiente.	
– N. 9.714/1998		715
– N. 9.784/1999		302
– N. 9.784/1999	Art. 54.....	645
– N. 9.868/1999	Art. 27.....	225
– N. 10.257/2001		82
– N. 10.409/2002		655
– N. 10.792/2003		672
– N. 11.382/2006		487

– N. 11.481/2007.....	82
LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976).....	655
– Art. 12, <i>caput</i>	725
– Art. 12	679
LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)	
– Art. 4º, § 1º	487
– Art. 12	357, 364, 458
– Art. 14.....	725
– Art. 18, III.....	725
LEI DE CONDOMÍNIO E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS (Lei n. 4.591/1964)	
– Art. 10, I.....	409
LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)	
– Art. 96	672
– Art. 98	672
– Art. 112	679, 672
LEI DE LICITAÇÃO (Lei n. 8.666/1993)	
– Art. 25, § 1º	209
– Art. 49, § 3º	302
– Art. 78, parágrafo único	302
LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)	
–	528

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

– Art. 57	466
– Art. 59, § 1º	466
– Art. 63	466
– Art. 64	466

LEI DO MEIO AMBIENTE (Lei n. 9.605/1998)

– Art. 15, a e d	703
– Art. 32	703
– Art. 69	703

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

– Art. 1º	235
-----------------	-----

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

– Art. 2º, § 1º	679, 672, 659
-----------------------	---------------

LEIS COMPLEMENTARES

– N. 109/2001 (Federal)	338
– N. 254/2003 (Estadual) Art. 10, § 1º	269
– N. 254/2003 (Estadual) Art. 12, I	269
– N. 254/2003 (Estadual) Art. 15	269
– N. 434/2003 (Município de Blumenau)	632

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE

– Júri – Desclassificação. Concurso material com tentativa de homicídio qualificado pelo motivo fútil. Redução de pena. Inviabilidade. Agravante genérica de embriaguez preordenada aos dois delitos. Acolhimento. Adequação da pena. Recurso desprovido	687
--	-----

MANDADO DE SEGURANÇA

- Aposentadoria – Modificação do *quantum* percebido. Decadência. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Ato determinado pelo plenário do Tribunal de Contas. Mero cumprimento. Carência de ação. Reexame necessário provido. 645
- IPTU – Alíquota progressiva. Admissibilidade, após a Emenda Constitucional n. 29/00. Direito líquido e certo não demonstrado. Recurso desprovido. 632
- Servidora pública aposentada – Averbação de tempo de serviço prestado, sob o regime celetista, em condições insalubres. Acréscimo de vinte por cento para efeito de aposentadoria. Direito adquirido. Certidão do INSS. Inexigência. Concessão da segurança. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 580
- Licitação – Ausência de renovação do prazo após modificação do edital de concorrência pública. Anulação do contrato com empresa vencedora. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Segurança parcialmente concedida. 302
- Teto remuneratório dos servidores estaduais – Fixação de valor. Decreto n. 866/96. Ato do governador. Ato exclusivo da Assembléia Legislativa. Ameaça de lesão a direito líquido e certo. Segurança concedida. 294
- Licitação – Desclassificação de empresa concorrente. Ato considerado abusivo e ilegal. Não comprovação. Procedimento incompatível com a via estreita do mandado de segurança. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada. 309

NOTICIÁRIO

- Discurso proferido pelo Des. Alcides Aguiar em comemoração do 115º aniversário de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 187
- Discurso de posse do Dr. Hilton Cunha Júnior no cargo de Desembargador 183

RECURSO

- Agravo de instrumento – Ação cautelar inominada. Revogação da liminar. *Fumus boni juris* inexistente. Viabilidade. Caráter satisfativo de um dos pedidos. Impossibilidade relativa. Extinção do feito nesta parte. Recurso desprovido..... 638
- Agravo de instrumento – Despejo. Imóvel residencial. Contrato por prazo indeterminado. Antecipação da tutela. Possibilidade. Locadores idosos. Necessidade premente de alienação do imóvel para tratamento de saúde. Caução. Desnecessidade ao caso concreto. Recurso desprovido. .. 466
- Agravo de instrumento – Ação declaratória de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização. Distribuição de combustíveis. Antecipação de tutela. Deferimento. Reintegração de bens cedidos em comodato. Rescisão do comodato com prévia notificação. Reversibilidade da medida. Recurso desprovido..... 494
- Embargos infringentes – Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ex-prefeito municipal. Tipologia do art. 10 da Lei n. 8.429/92 não caracterizada. Improcedência da ação. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO..... 566
- Embargos infringentes – Previdência privada. Reserva de poupança em favor dos empregados. Resgate. Devolução extrajudicial a menos. Cobrança da diferença devida corrigida. Prescrição quinquenal. Prevalência do voto vencido. Recurso provido. Por maioria. VOTO VENCIDO..... 338
- Agravo regimental em agravo de instrumento – Pedido de reconsideração em decisão proferida no agravo regimental. Procedimento não previsto na legislação. Pretensão não acolhida. 323
- Agravo em agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso. Ausência de peça obrigatória. Cópia de ato de nomeação do procurador municipal. Desnecessidade. Requisitos de admissibilidade preenchidos. Recurso provido. Por maioria. 317
- Embargos de declaração na ADIn – Alegações improcedentes de nulidade do julgamento. Falta de intimação do Procurador do Estado para o julgamento. Nulidades inexistentes. Embargos rejeitados..... 225

RECURSO CRIME

– Agravo – Crime definido como hediondo. Possibilidade de progressão do regime da pena. Necessidade da realização de exame criminológico. Crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Interpretação concomitante com o art. 83, parágrafo único, do Código Penal. Recurso provido. 672

RECURSO DE AGRAVO

– *Vide* Recurso e Recurso Crime.

RECURSO ESPECIAL

– Pensão previdenciária – Dissídio jurisprudencial não configurado. Governador de Santa Catarina. Discussão sobre ilegitimidade passiva da autoridade apontada coatora em face do Ipsc. Acolhimento. Recurso provido. 261

REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– Art. 255 e parágrafos 261

REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

– Art. 83 225

ROUBO QUALIFICADO

– Concurso de agentes – Roubo triplamente circunstanciado. Preliminar afastada. Materialidade e autoria comprovadas. Declarações da vítima e testemunhas de acordo com o conjunto probatório. Réu reincidente. Retificação da pena. Recurso da defesa desprovido e ministerial provido..... 663

SÚMULAS-STF

– N. 121 528
 – N. 160 743
 – N. 54 364, 603

– N. 291.....	338
– N. 295.....	528
– N. 304.....	514
– N. 306.....	619
– N. 338.....	127

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

– *Vide* Crime contra a saúde pública.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alcides Aguiar.....	187, 537, 549
Amaral e Silva	655
Anselmo Cerello.....	487
Arnaldo Esteves Lima	261
Carlos Britto.....	245
Carmen Lúcia.....	222, 243
Cesar Abreu	566, 580
Cláudio Barreto Dutra.....	755, 757, 761, 764
Edson Ubaldo.....	519, 528
Eros Grau.....	209, 245
Francisco Oliveira Filho.....	589, 638, 645
Gilmar Mendes.....	246
Herman Benjamin.....	249
Hilton Cunha Júnior	183
Irineu João da Silva	703, 715
Jaime Ramos	579, 592
Janine Stiehler Martins	82
Jânio Machado.....	494
Joaquim Barbosa	224, 245
Joel Dias Figueira Júnior	421
Jorge Mussi.....	679, 747
José Carlos Carstens Köhler.....	725, 743
Laurita Vaz	256
Lionardo José de Oliveira	108
Luiz Antônio Zanini Fornerolli	23
Luiz Carlos Freyesleben	328, 338
Luiz César Medeiros.....	283, 650
Marcelo Volpato de Souza.....	108

Marco Aurélio.....	235
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi.....	563
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	409, 433
Marli Mosimann Vargas	323
Mauro Ferrandin	127
Monteiro Rocha.....	451, 458
Newton Janke	312, 619
Orli Rodrigues	294, 302, 574
Paulo Roberto Camargo Costa	543
Rafaella Zanatta Caon	140
Renato Guilherme Gomes Cunha.....	158
Ricardo Fontes.....	507, 514
Ricardo Lewandowski	223, 244
Rui Fortes	309
Salete Silva Sommariva.....	350, 466, 477
Sepúlveda Pertence	225, 221
Sérgio Paladino	658, 687, 696
Sérgio Roberto Baasch Luz	357, 364
Silvio Dagoberto Orsatto	467
Solon d'Eça Neves.....	663, 672
Torres Marques.....	659
Vanderlei Romer.....	603, 632
Victor Ferreira	317
Volnei Carlin	269, 574, 593
Wilson Augusto do Nascimento.....	769, 773, 775

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idalete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Litz Eli de Lima Cunha Silva
Maria Carlota de Medeiros
Maria Fernandes Bez
Osvaci Amaro Venâncio Júnior
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

Projeto gráfico e direção de arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE